

CESAR AUGUSTO MODENA

**MEDIDA PROVISÓRIA
E CONTROLE PARLAMENTAR**

Dissertação apresentada ao curso de
Pós-Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção de grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Mérlin Clève

Caxias do Sul - RS
2000

TERMO DE APROVAÇÃO

Banca Examinadora

Professor Doutor Clèmerson Merlin Clève (orientador)



Professora Doutora Regina Maria Macedo Nery Ferrari



Professor Doutor Paulo Ricardo Schier

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr (suplente)

À minha família,
Eliza e Augusto.

“...Mientras tanto trepan los hombres por el sistema solar...Quedan huellas de zapatos en la luna... Todo lucha por cambiar, menos los viejos sistemas... La vida de los viejos sistemas nació de inmensas telarañas medievales... Telarañas más duras que los hierros de la maquinaria... Sin embargo, hay gente que cree en un cambio, que ha practicado el cambio, que ha hecho triunfar el cambio, que ha florecido el cambio... ¡ Caramba!... ¡ La primavera es inexorable!”

(Pablo Neruda, Confieso Que He Vivido. Plaza & Janés Ed. p.434)

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	viii
RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - A DESCENTRALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA	5
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO	
MODERNO	6
1.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O LIBERALISMO	6
1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES E O ESTADO DE DIREITO	8
1.3 SEPARAÇÃO RELATIVA DE PODERES	10
1.4 REGIME DE GOVERNO E SEPARAÇÃO DE PODERES	12
2 AS TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEAS EM RELAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E A DESCENTRALI- ZAÇÃO LEGISLATIVA	16
2.1 O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL	16
2.2 RELAÇÃO ENTRE OS PODERES E REGIME DE GOVERNO NO	

ESTADO CONTEMPORÂNEO	20
2.2.1 Relação Entre os Poderes	20
2.2.2 Regime de Governo	22
2.3 DISTRIBUIÇÃO DO PODER DE LEGISLAR NAS ESFERAS ESTADUAL E MUNICIPAL	26
2.3.1 Nos Estados-Membros	26
2.3.2 Nos Municípios	30
2.4 OUTRAS FORMAS DE DESCENTRALIZAÇÃO NORMATIVA	31
3 A ATUAÇÃO LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO	35
3.1 A PARTICIPAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA LEI ORDINÁRIA	35
3.1.1 Iniciativa	35
3.1.2 Deliberação do Poder Executivo	37
3.1.2.1 Sanção	37
3.1.2.2 Veto	38
3.1.2.3 Promulgação	40
3.1.2.4 Publicação	41
3.2 A ELABORAÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO	43
3.2.1 A Elaboração Normativa Secundária	43
3.2.1.1 Os Regulamentos	43
3.2.2 A Elaboração Normativa Primária	45
3.2.2.1 As Leis Delegadas	45

3.2.2.2	A Legislação de Urgência	48
PARTE II – LIMITES PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA		51
1	ORIGEM	52
1.1	DECRETO - LEI E MEDIDA PROVISÓRIA	52
1.2	DECRETO-LEGGE E MEDIDA PROVISÓRIA	56
2	REGIME JURÍDICO	61
3	PRESSUPOSTOS PARA EDIÇÃO	69
3.1	PRESSUPOSTOS FORMAIS	69
3.2	PRESSUPOSTOS MATERIAIS	70
3.2.1	A Determinalidade dos Requisitos	71
3.2.2	Relevância	73
3.2.3	Urgência	74
4	EFICÁCIA	77
4.1	TEMPO DE EFICÁCIA	77
4.2	FORÇA DE LEI	80
4.3	REEDIÇÃO	82
5	LIMITES MATERIAIS PARA EDIÇÃO	88
5.1	RESTRICÇÕES A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO	88
5.2	MATÉRIA PENAL	91
5.3	MATÉRIA TRIBUTÁRIA	93

PARTE III – CONTROLE PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA	98
1 SOBRE A NECESSIDADE DE CONTROLE DA MEDIDA PROVISÓRIA	99
1.1 A DESCONSIDERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL	99
1.2 A CONVÊNIA DOS DE MAIS PODERES	103
2 A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA MEDIDA PROVISÓRIA	105
2.1 CONTROLE DOS PRESSUPOSTOS DE EDIÇÃO	105
2.2 CONTROLE DOS LIMITES MATERIAIS	108
2.3 CONTROLE DA MATÉRIA PROPRIAMENTE DITA	109
2.4 CONTROLE DA LEI DE CONVERSÃO	109
3 O CONTROLE PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA	113
3.1 O CARÁTER JURÍDICO DO CONTROLE POLÍTICO	113
3.2 POSSIBILIDADE DE EMENDA	115
3.3 LEI DE CONVERSÃO	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AR - Agravo Regimental
- CDCCP - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política
- CF - Constituição Federal
- CN - Congresso Nacional
- DJU - Diário de Justiça da União
- DL - Decreto-lei
- DOU - Diário Oficial da União
- EC - Emenda Constitucional
- LEX - LEX Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- LICC - Lei de Introdução ao Código Civil
- MP - Medida Provisória
- MS - Mandado de Segurança
- RDA - Revista de Direito Administrativo
- RDP - Revista de Direito Público
- RDT - Revista de Direito Tributário
- RE - Recurso Extraordinário
- RIL - Revista de Informação Legislativa
- RT - Revista dos Tribunais
- RTDP - Revista Trimestral de Direito Público
- RTJSTF - Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- STF - Supremo Tribunal Federal

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar que o sistema constitucional pátrio oferece limites à edição de Medidas Provisórias pelo Poder Executivo, pois os poderes Judiciário e Legislativo são co-responsáveis pelo excesso normativo do Presidente da República. Instituídas pelo art. 62 da Constituição Federal, o constituinte brasileiro foi motivado pelo *Decreto Legge* da Constituição da Itália (art. 77), com vistas a superar os malefícios democráticos ocasionados pelo Decreto-lei da Constituição pátria de 1967 e Emenda Constitucional nº 01 de 1969, período de ditadura militar no Brasil. No entanto, mesmo fazendo parte de um ordenamento que preza os preceitos democráticos, o exagerado número de medidas provisórias adotadas durante a primeira década de vigência da atual Carta Magna, e a inobservância dos requisitos autorizadores (relevância e urgência) à edição do instituto, tem ferido o princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, os postulados do Estado Democrático de Direito. Alguns autores criticam o mecanismo alegando que foi criado mediante o regime parlamentarista de governo, ou ainda, que é necessário regulamentar o instituto através de Emenda Constitucional. Acredita-se, entretanto, que o modelo italiano não pode ser simplesmente transplantado para o ordenamento jurídico brasileiro aplicando-se a mesma interpretação atribuída na Itália. Faz-se necessário considerar todo o sistema constitucional pátrio, através de hermenêutica sistemática. Além disso, a Constituição de 1988 oferece mecanismos de controle da ação legislativa do Poder Executivo, pois na esteira do regime parlamentarista de governo, o constituinte fortaleceu o Poder Legislativo. Embora não tenha vigorado o referido regime, o Estado Contemporâneo tem estreitado o relacionamento entre os Poderes visando à harmonia e equilíbrio entre os mesmos. Os poderes Judiciário e Legislativo são solidários (e também responsáveis) pela atuação legislativa do Executivo atribuída pelo art. 62 da C.F. Assim, os exageros ocorrem pela conivência dos Ministros do STF e, principalmente, do Congresso Nacional para com as políticas governamentais. A aplicação constitucional depende da atuação positiva dos poderes Legislativo e Judiciário para garantir o equilíbrio entre os Poderes e a conseqüente efetividade do Estado Democrático.

ABSTRACT

The present study intends to demonstrate that the national constitutional system offers limits to the edition of the Provisional Measures by the Executive Power. Therefore, the Judiciary and the Legislative are co-responsible for the excessive normativeness of the President of the Republic. Instituted by article 62 of the Federal Constitution, the Brazilian constituent was motivated by the Decreto Legge of the Italian Constitution (article 77), in an attempt to overcome the democratic harms caused by the Decree-Law of the national Constitution of 1967 and Constitutional amendment 01 of 1969, the military dictatorship in Brazil. However, although belonging to an ordinance that values the democratic precepts, the exaggerated number of provisional measures adopted during the first decade of the operation of the current Carta Magna, and the non observance of the requirements authorizing the edition of the established law (relevance and urgency) has offended the principle of separation of the powers and, consequently, the postulates of the Democratic State of Law. Some authors criticize the mechanism claiming that it was created through the parliamentarist regime of the government, or yet, that it is necessary to regulate the established law (institute) by the Constitutional Amendment. We believe, however, that the Italian model cannot simply be transplanted to the Brazilian juridical ordinance applying the same interpretation as in Italy. It is necessary to consider the whole national constitutional system, through systematic hermeneutics. Besides, the 1988 Constitution offers mechanisms that control the legislative action of the Executive Power, since in the wake of the parliamentarist regime of the government, the constitution strengthened the Legislative Power. Although the referred regime was not in force, the Modern State has improved the relationship among the Powers aiming at harmony and equilibrium among them. The Judiciary and Legislative are solidary (and also responsible) for the legislative performance of the Executive attributed by article 62 of the Federal Constitution. Therefore, the exaggerations occur because of the connivance of the Ministers of the Federal Supreme Court and, mainly, the National Congress with the governmental politics. The constitutional application depends on the positive performance of the Legislative and Judiciary powers to guarantee the equilibrium between the Powers and the consequent effectiveness of the Democratic State.

INTRODUÇÃO

O princípio da Separação de Poderes que atinge seu apogeu a partir da formulação de MONTESQUIEU, embora não tenha professado uma rígida separação, sofreu grandes alterações com o advento do Estado Social. Superada a visão clássica de uma ilusória rígida separação preconizada por LOCKE, o poder de veto atribuído ao Executivo não é entretanto, a sua única interferência na esfera do Poder Legislativo.

A interdependência entre os poderes, que comporta o veto, a interferência do Legislativo nas atividades administrativas, determinada descentralização legislativa em favor do Judiciário e a atividade legislativa do Poder Executivo, dentre outras, preconizam também atividades de controle e responsabilidade, que conformam significantes alterações nos regimes de Governo e conduzem a uma preocupação entre os doutrinadores quanto à essência funcional de cada órgão supremo (poder).

A morosidade nas decisões parlamentares face à necessidade de celeridade nas ações estatais contemporâneas e as crescentes demandas do poder executivo confirmam a ampliação de seu poder a qual, respeitadas as peculiaridades de cada Estado, induziu alguns países a direcionar o regime parlamentarista no sentido de um semipresidencialismo ou, como alude CANOTILHO, para um regime

parlamentar-presidencial¹, conforme apresentação ou não da supremacia do Poder Executivo. O presidencialismo de vários países direcionou-se para incrementar ao Executivo a atividade de legislar² a qual exigiu, na sistematização constitucional, maior fundamentação para o controle parlamentar.

O processo histórico não retrocede e, conseqüentemente, impossibilita o retornar a um Estado Minimalista à época do liberalismo (Estado Moderno), em que a intervenção estatal era reduzida ao máximo para que o mercado se auto regulamentasse. Atualmente, mesmo que essa racionalidade tivesse um importante papel na formação do constitucionalismo oitocentista, não atenderia aos interesses da nossa época.

A atividade legislativa do Poder Executivo torna-se importante premissa nos Estados desenvolvidos, e, juntamente com os acontecimentos sociais ocorridos neste final de século, vêm alterando substancialmente a própria concepção de lei, que passa, além de um comando geral e abstrato para uma concepção específica adaptada às novas tarefas, as quais o Estado é compelido a desenvolver.

No Brasil, a Medida Provisória, ato normativo primário do Poder Executivo, apresenta-se no sistema constitucional como uma evolução do decreto-lei, mal afamado pelo caráter antidemocrático do regime militar em que estava inserido. No entanto, embora situada no rol dos atos integrantes de uma constituição que preza o Estado Democrático de Direito, a Medida Provisória ainda não superou os abusos emanados do Executivo. Consubstanciada no art. 62 da Constituição Federal de 1988, tem como fonte inspiradora o postulado italiano, o *decreto-legge* (art. 77 da C.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra Editora, 1991. p.12-14. Os autores procuram caracterizar o novo regime, porém admitem ser oriundo do parlamentarismo.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.301. Roga o autor que a atividade de governar implica também legislar.

l.), e vem suscitando largo questionamento na doutrina pátria, sendo unânime a opinião dos autores sobre o abuso de sua utilização. O número excedente de Medidas Provisórias editadas em relação ao número de leis emitidas pelo Legislativo, além da inobservância dos requisitos de extraordinariedade, que justificam sua edição, têm aumentado a desconfiança dos juristas e motivado a revisão do instituto, até mesmo, sua eliminação do contexto constitucional.³ Porém, destacando a complexidade que envolve o tema, sua simples supressão da magna carta não presume o restabelecimento dos preceitos democráticos de direito. Os atos normativos com força de lei, excepcionalmente emitidos pelo Poder Executivo, compreendem as mais recentes e desenvolvidas constituições contemporâneas.

A busca da satisfação de uma complexa diversidade de demandas atribuídas ao Executivo deve convergir para a observância dos mais amplos postulados da democracia. Assim, o controle por via judicial e legislativa, com o devido respeito também às minorias no congresso, torna-se uma das prioridades do direito constitucional.

Contudo, o poder congressual de sustação dos atos normativos do Poder Executivo, com a atual amplitude, é recente no sistema constitucional brasileiro.⁴ Nessa esteira, a Constituição de 1988 ampliou o poder parlamentar, de modo que, superar a intimidação do Poder Legislativo face à mencionada ampliação do Poder Executivo, em especial da herança do período ditatorial, buscando sua intervenção

³ CLÈVE, Clémerson Mèrin. *Medidas provisórias*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.169 e ss. Onde o autor apresenta resoluções, projetos de lei e propostas de emendas constitucionais que visam à alteração do instituto; porém, não atingiram ainda um consenso congressual.

⁴ FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Conflito entre os poderes: o poder congressual de sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994. p.62.

efetiva na atividade legiferante do Governo, é premissa essencial para preservar a máxima de MONTESQUIEU que visa controlar o poder através do próprio poder.

Parte I - A DESCENTRALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO MODERNO

1.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O LIBERALISMO

O princípio da Separação dos Poderes, mais genialmente formulado por MONTESQUIEU (1748)⁵, seguindo a trilha de John LOCKE (1690) e baseando-se também na experiência inglesa (revolução de 1688), conseguiu atingir uma adesão absoluta. Para LOCKE, a divisão acata três funções: poder legislativo, poder executivo e poder federativo. Como resultado, ocorreu duas representações, pois, para o pensador, embora “os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”⁶. Na sua doutrina, destaca a prerrogativa em favor do executivo, o que possibilita sua atuação independentemente da lei, quando esta deixa um espaço sem regulação. Ou quando se posiciona contra a lei, se atinge um resultado insatisfatório, alega:

⁵ Cabe a ressalva de que MONTESQUIEU, ao formular a clássica doutrina do Princípio da Separação dos Poderes, partiu de uma pré concepção teórica que já vinha se consolidando ao longo da história. Vide ARISTÓTELES, *A política*. Trad. de Nestor Silveira Chaves. 7.ed. São Paulo: Atena, 1963. p.260-262. Também Platão, Políbio, Heródoto e Xerofonte se preocuparam em propor formas de governo que visavam a obtenção da limitação do poder pelo próprio poder, Cfe. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p.19-20.

⁶ LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p.172.

“Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. Em alguns governos, o poder encarregado de legislar não existe permanentemente, e em geral é exercido por muitos e é muito lento em vista da celeridade exigida na execução; além disso, como também é impossível prever e, portanto, ter um provimento de leis para atender a todos os acidentes e todas as urgências que podem dizer respeito aos negócios públicos.”⁷

MONTESQUIEU identificou três funções, e nenhuma delas podia ser exercida pelo mesmo órgão:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.”⁸

Na iminência de superação das atrocidades do absolutismo e na amplitude de abrangência da racionalidade liberal, os doutrinadores, para além da limitação do poder pelo próprio poder, utilizaram o princípio, não apenas como princípio organizacional, mas como um postulado do próprio constitucionalismo.

Embora, em MONTESQUIEU, a liberdade apareça como pressuposto da teorização do princípio, sua adaptação à ideologia dominante do liberalismo não é atribuída ao doutrinador. Ele não era um burguês, mas um aristocrata intencionado em exteriorizar uma fórmula de utilização moderada do poder, porém, caudilho da supremacia da classe a que pertencia⁹. Sua obra, concebida com o intuito de limitação do poder absolutista, “teve um êxito extraordinário devido a simples e clara formulação, e foi acolhida pelos constituintes revolucionários da América do Norte, em 1787; e da França em 1789-91”¹⁰.

⁷ Idem, p.182.

⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.149. (Os Pensadores).

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder...*, p.23.

¹⁰ BISCARETTI DI RUFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1984. p.161.

Observa-se que, na sua gênese, o Estado Liberal é orientado por um constitucionalismo norteado pelo direito fundamental de liberdade, considerado como anterior ao próprio Estado, e pela tripartição de poderes. Carl SCHIMITT denomina este Estado de Estado Burguês de Direito, em que seu constitucionalismo contém uma decisão no sentido da liberdade burguesa: liberdade pessoal, propriedade privada, liberdade de contratação e liberdade de indústria e comércio, insurgindo o Estado como servidor, submetido a um sistema jurídico rigorosamente controlado¹¹. Esta concepção de liberdade que conduziu o constitucionalismo não teve um estreito apego à democracia, porquanto não visou à participação dos cidadãos na esfera de condução política do Estado, como imaginaram os estudiosos da antigüidade, mas sim um sentido egocêntrico que vislumbrava a autonomia e os interesses privados, muitas vezes contrapostos aos interesses do próprio Estado.

Ao delinear-se o Estado Liberal de Direito, o princípio da Separação de Poderes tornou-se um postulado integrante do conceito material de Constituição, completando sua definição formal como norma fundamental superior em hierarquia e em força de lei ativa e passiva a todas as demais¹². Teve sua proclamação universal, em 1789, pela Assembléia Nacional da França, consubstanciando-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹³.

1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES E O ESTADO DE DIREITO

¹¹ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. México: Editora Nacional, 1981. p.145.

¹² GARCIA ROCA, Javier. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo con rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.27, p.7, abr./jun. 1999.

¹³ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.11. Informação também citada por vários autores, CLÈVE, Clemerson Mèrlin, *Atividade legislativa do poder...*, p.25.

No absolutismo, embora existiam leis, e mesmo complexos normativos, é com a conformação constitucional advinda do princípio da Separação dos Poderes que se insurge o Estado de Direito, pois no Estado Absoluto, as regras vinculavam a autoridade monárquica. Sendo que:

“[...] várias ordens paralelas concorriam, posto que havia um código de juridicidade que vinculava os nobres, outro para o clero, outro para o terceiro estado, sem contar o fato de que as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e também a inexistência de um sistema jurídico unificado.”¹⁴

A submissão do poder estatal ao direito apresentou-se como antídoto às inseguranças relativas aos preceitos jurídicos absolutistas, em que a intenção clara foi o estabelecimento de um “governo da lei e não um governo de homens”¹⁵. Este enunciado atribui uma supremacia da lei sobre o governante, o que confere uma importância especial ao poder legislativo, principalmente porque seria através da função desse poder que a autoridade do monarca estaria submetida.

O Legislativo consolidou o Estado de Direito, pois foi considerado o poder supremo, especialmente porque a legitimidade de intervenção estatal somente era aceita se realizada através da lei e por ser o poder representante da sociedade. Essa análise, vinculada à ânsia de redução dos poderes do governante (e mesmo a previsão dos doutrinadores John LOCKE e MONTESQUIEU da supremacia do poder), o legislativo tornou-se alvo de interesse da classe em ascensão, a burguesia, pois com seus valores e ideologia dominantes no seio da sociedade restava a ela ser a classe dirigente¹⁶.

Nota-se que o Estado de Direito utiliza-se, na sua essência, do princípio da

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder...*, p.23.

¹⁵ MARIOTTI, A. *op. cit.*, p.12. Nesta obra o autor menciona a disputa pela autoria do enunciado, vide nota nº 32. (“*government of law and not a government of men*”)

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder...*, p.23. Vide nota nº 21

Separação dos Poderes e do princípio da legalidade para atingir seus fins. No entanto, o elemento político característico do modelo da racionalidade liberal está na delimitação da ação do poder. As potencialidades individuais seriam resguardadas pelo direito de liberdade. Assim, a interferência do Estado seria a mínima possível, e esta ideologia deu origem ao Estado Mínimo. Entretanto, isso não era suficiente para a garantia da permanência da classe burguesa no topo do desenvolvimento econômico. "Se fazia necessário que essa interferência fosse previsível, o que só se obteria subordinando os atos individuais e concretos do Poder Executivo e Judiciário às regras gerais e abstratas fixadas previamente pelo poder Legislativo"¹⁷, de modo que, devido ao voto censitário, o parlamento fosse constituído por proprietários burgueses. É fácil entender por que não legislavam contra seus interesses, garantindo sua liberdade, seu direito de propriedade e conseqüentemente sua permanência no poder econômico, através da produção de normas gerais e abstratas.

1.3 SEPARAÇÃO RELATIVA DE PODERES

A supremacia do poder legislativo, extremamente influenciada por John LOCKE, não admitia a transferência do poder de legislar do legislativo. Para ele o princípio da separação dos poderes era resguardado pelo princípio da indelegabilidade:

"O poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar; ele detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros. Só o

¹⁷MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 1998. p.29.

povo pode estabelecer a forma de comunidade social, o que faz instituindo o poder legislativo e designando aqueles que devem exercê-lo.”¹⁸

Para o pensador, a separação de poderes somente pode ser compreendida no sentido de impedimento da concentração do poder e da tirania, situação que ocorre quando o detentor do poder se submete ao direito. Entretanto, uma concepção rígida da separação dos poderes é desprovida de sentido histórico. Com efeito, alguns estudiosos, ao perceberem da inviabilidade da separação absoluta, teceram críticas ao princípio¹⁹.

Ficamos em princípio com as contribuições de DUGUIT e EISENMANN os quais, nesta ordem cronológica, denunciaram o erro da interpretação da separação rígida de poderes. Leon DUGUIT, no final do século XIX (1893), ao analisar o princípio na França, diz que o parlamentarismo francês não se baseia na separação de poderes, evidenciando a existência de colaboração e de solidariedade entre os mesmos, assegurando que uma interpretação acolhedora de uma absoluta separação entre os poderes é fruto de maus entendimentos da doutrina de MONTESQUIEU, de tal sorte que uma hermenêutica dessa ordem acarreta o despotismo do Monarca ou a tirania da Assembléia. Segundo o autor, o cumprimento da função estatal é traduzida por um acordo de vontades que implica no concurso de vários órgãos constituintes do aparato estatal²⁰.

Para Charles EISENMANN, a interpretação é semelhante, pois, além da necessidade do concurso de diversos órgãos para o cumprimento da função estatal, a delimitação de uma esfera própria de cada poder, o executivo não poderia apresentar projetos de lei, os ministros não teriam responsabilidade política alguma

¹⁸LOCKE, J., *op. cit.*, p.168. No mesmo sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed. São Paulo. Saraiva. 1995, p.112.

¹⁹ Sobre nota às críticas da teoria, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do poder...*, p.28-31.

²⁰ GARCIA ROCA, Javier, *op. cit.*, p.9.

perante o parlamento, não haveriam processos políticos perante as câmaras e a anistia não existiria²¹.

Além das críticas à doutrina da Separação dos Poderes e do reconhecimento dos autores com relação à inviabilidade de uma exegese que delimite rigidamente as funções dos três poderes, o próprio MONTESQUIEU, no capítulo VI do livro XI de O Espírito das Leis, prevê: “[...]se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes”²².

A relatividade do princípio, através da intervenção do Poder Executivo no processo legislativo pelo veto, não demonstra apenas um interesse de MONTESQUIEU pela colaboração entre os poderes legislativo e executivo, mas introduz na sua teoria uma consistente preocupação em limitar o poder do legislativo e, tacitamente, em evitar grandes conflitos entre os poderes, estabelecendo um vínculo entre os mesmos, e mantém (esse vínculo) dentro de razoáveis limites pelo princípio da autonomia dos poderes.

1.4 REGIME DE GOVERNO E SEPARAÇÃO DE PODERES

Conforme mencionado anteriormente, houve uma sobrevalorização do poder legislativo em prol da limitação dos poderes do monarca. Como bem explica Manoel

²¹ *Idem*, p.10.

²² MONTESQUIEU, *op. cit.*, p.152.

Gonçalves FERREIRA FILHO, o regime jurídico dominante era o parlamentarismo, pois confundia-se com a democracia representativa, cujo próprio nome indica a supremacia do parlamento, que atingiu seu ponto culminante na França, com a junção do poder legislativo ao constituinte através da constituição da terceira república²³, tornando-se o órgão supremo do Estado.

O Presidencialismo introduzido nos Estados Unidos, e estendido aos países da América Latina, pressupunha uma rígida separação de poderes, pois, inerente ao regime, estaria implícita a idéia de fortalecimento do poder executivo. No entanto, não logra êxito a mencionada rigidez, pois “[...]no erigir al Presidente en un nuevo Monarca electo y republicano, sometiendo su poder al contrapeso de otros poderes – en especial, el Senado y el Poder Judicial – y fijando límites – singularmente, un mandato temporal improprio de un monarca – y controles a su actuación”²⁴, a integração entre os poderes e os vínculos característicos da relativa separação estão conformados no novo regime. Além disso, a garantia de direitos que propiciem a soberania dos Estados no interior da União, concebendo a descentralização vertical, se apresenta como um novo contexto na estrutura da divisão do poder.

Cabe salientar que o constitucionalismo do regime presidencialista, desde os seus primórdios conclama a existência do veto, a possibilidade de intervenção do Congresso na criação de Tribunais inferiores, a faculdade do presidente firmar tratados, nomear magistrados da suprema corte, além de diversas outras inferências em outras esferas, porém com o consentimento do legislativo.²⁵ Não é pois diferente

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo...*, p.116

²⁴ ROCA, Javier, Garcia, op. cit., p.11

²⁵ São pertinentes, também aqui as palavras de GARCIA ROCA na complementação da demonstração da relatividade da divisão de poderes no presidencialismo: “[...]que el Vicepresidente de la República preside el Senado; que existe un impeachment o juicio de residencia del Presidente

a posição relativa quanto à separação dos poderes no regime presidencialista se comparado ao parlamentarismo, embora existam importantes diferenças entre os regimes. O parlamentarismo, como regra geral, aponta para uma aprovação do Gabinete no que se refere a aceitação do seu programa através de eleição da maioria parlamentar; sendo que o chefe do Gabinete é o primeiro ministro, que indica os demais ministros, embora sejam nomeados pelo Chefe de Estado²⁶. O Gabinete é formado por representantes do partido ou por coligações partidárias majoritárias, possibilitando, assim, a participação dos ministros ou de seus secretários nos debates parlamentares. Embora o parlamento tenha a faculdade de interpelar os membros do Gabinete, principalmente em plenárias de discussão de assuntos que envolvam os últimos (desconfiança ou censura), também há a possibilidade de que haja dissolução antecipada do Congresso pelo Chefe de Estado com o consentimento ou proposta do primeiro ministro.²⁷ Nota-se uma estreita relação entre o Gabinete e as câmaras na função legislativa, “seja quanto à iniciativa das leis, seja quanto ao processo de sua elaboração”.²⁸

No sistema presidencialista, normalmente o Presidente da República acumula as funções de Chefe de Estado e Governo (um regime monista), e é eleito

posee un derecho de veto o solicitud de reenvío para un nuevo examen parlamentario de las leyes; que el Congreso puede crear Tribunales inferiores al Tribunal Supremo y disponer cuando deba convocarse la milicia nacional para hacer cumplir las leyes; que el recuento de las actas de cada Estado para la elección presidencial debe hacerse en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes; que el Presidente está facultado por la Constitución para suspender la ejecución de las sentencias y conceder indultos, y para firmar tratados y efectuar determinados nombramientos de ciertos cargos – embajadores, Magistrados de la Corte Suprema, funcionarios superiores del Estado...- com el consejo y consentimiento del Senado; que, periódicamente, el Presidente debe informar al Congreso sobre el estado de la Unión, recomendando la adopción de las medidas que estime necesarias[...]. Idem, p.11.

²⁶ O Chefe de Estado pode ser ou presidente, eleito pela assembléia nacional, se numa República ou monarca, se numa Monarquia.

²⁷ RÁO, Vicente. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad, 1966. p.36.

²⁸ Idem, p.37.

por maioria popular²⁹, possui funções próprias, nomeando e demitindo livremente os ministros, sem a interferência do legislativo. Não existe a dissolução antecipada do Congresso pelo executivo: o presidente pode ser representante de um partido ou coligação partidária que não corresponda ao partido ou coligação majoritária do Congresso. A participação do executivo, na atividade legislativa, está vinculada, em geral, à iniciativa das leis, ao veto ou sanção, promulgação e publicação, cabendo tomar a iniciativa no que diz respeito às leis orçamentárias e de aumento das despesas.³⁰

Considerando a ressalva de que não há uma uniformidade na prática de nenhum dos sistemas, em que pese a identificação pelas diferenças entre ambos, a relação de integração entre o governo e o parlamento por intermédio de mecanismos racionalmente empregados correspondem a uma homogeneidade entre os mesmos, enfim um toque de semelhança.

²⁹ Em alguns países que adotaram o sistema presidencialista, como é o caso do Brasil, nem sempre houve eleições diretas do povo para escolha do presidente, em determinados períodos históricos, o voto pertencia apenas aos parlamentares.

³⁰ RÁO, Vicente, *op. cit.*, p.37-38.

2 AS TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEAS EM RELAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E À DESCENTRALIZAÇÃO LEGISLATIVA

2.1 O ADVENTO DO ESTADO SOCIAL.

A ideologia político-liberal foi dominante nos séculos XIII e XIX, embora, como não é de se estranhar, não haja uma data específica para a superação dessa doutrina no contexto jurídico, até mesmo porque a herança deixada por ela ainda está impregnada na racionalidade da sociedade. Um exemplo disso é a ordem econômica, especialmente nos países periféricos, onde existe uma tensão entre a intervenção do Estado e o interesse das grandes empresas corporativas. No entanto, sabemos que um retorno ao chamado Estado mínimo, como nos primórdios do liberalismo, é incompatível com os novos tempos, especialmente depois do advento do Estado Social.

O controle do Estado pelo liberalismo consistente na elaboração de leis que resguardassem a eficiência do mercado e na fiscalização da eficácia dessas leis, conduziu para uma acentuada concentração do capital. O crescente apego ao

patrimônio, oriundo de uma concepção inadequada de liberdade, encarregou-se de aprofundar as desigualdades sociais, expondo:

“[...]no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.”³¹

A busca incessante da melhoria dos meios de produção capitalistas, que foram substituindo a produção artesanal, atinge uma nova concepção no conceito de concorrência mercadológica. Os pequenos produtores não conseguem competir com as empresas detentoras das elevadas tecnologias de produção, sucumbindo perante a crescente acumulação de capital, por um número cada vez mais reduzido de detentores. Com o capitalismo em crise, a orientação estatal tomou outro rumo, intervindo na esfera econômica mais efetivamente, limitando a autonomia da vontade nos negócios interprivados, criando empresas estatais, regulando e participando do processo econômico através da promoção do desenvolvimento.³² Na esfera social, visando assumir funções de distribuição, o que antes se resumia a garantias, como a vida, a liberdade (de expressão, de propriedade, de contratação, dentre outras) e a segurança, passa a ter uma orientação crescente na direção de direitos relativos à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho; alterando drasticamente o sentido de sua existência, evoluindo de uma atuação negativa para um Estado de prestações ou “Estado Providência”.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.59.

³² CLÈVE, Clemerson Mèrlin, *Atividade legislativa do poder...*, p.36. “Emerge o Estado empresário, o Estado regulador, o Estado Fomentador, etc.”

O Estado Social não é apenas uma evolução do conceito de Estado de Direito, é antes o resultado de uma série de conflitos emanados das classes oprimidas pela escassez de dignidade oferecida pelo Estado Liberal.³³

O parlamento que, pelo poder conferido ao legislativo, era dominado pela classe burguesa, passou, com o advento do sufrágio universal, a incorporar representantes também de outras classes sociais,³⁴ o que propiciou que o parlamento se transformasse e em local de crescentes debates políticos. Neste contexto, o Direito ao acompanhar as profundas modificações por que passara o Estado, busca conciliar a nova ideologia democrática ao liberalismo. E, da busca doutrinária por uma nova dogmática jurídica capaz de satisfazer a essa necessidade de conciliação emerge o Estado Social de Direito, que visa atender também interesses das classes que não dispunham anteriormente de cadeira cativa nas decisões políticas, e que, no erigir do novo Estado, não se contentam em acentuar a convivência do aparato público com os interesses de um grupo privilegiado economicamente.

Porquanto, no século XIX, o Estado tinha como tarefa principal o estabelecimento de regras que garantiam a liberdade dos indivíduos para a busca de seus objetivos pessoais e assegurava a observância de normas de convivência social. Já no século XX a garantia de um mínimo para as pessoas passa a ser

³³ Lutas que compreendem todo o aparato histórico do surgimento do socialismo no oriente até a revolução russa de 1917 e o surgimento do sindicalismo, orientados pela disseminação da doutrina marxista. Neste aparato, acrescentam-se as interferências religiosas como: a Encíclica Rerum Novarum (1891), posteriormente acrescida da Encíclica Quadragésimo Anno (1931) e finalmente a Encíclica Mater et Magistra (1961).

³⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. A lei no estado contemporâneo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.21, p.127, out./dez. 1997. Cabe salientar que a conquista do sufrágio universal também ocorreu sob insistente tenção entre os adeptos do liberalismo (classe economicamente dominante) e a população.

aferido, em grande parte, pelo ônus público.³⁵ Até mesmo a atividade privada de produzir riquezas, que anteriormente reclamava a abstenção da interferência estatal, passa a solicitar ação do Estado, visto que, principalmente nos países periféricos, o desenvolvimento da atividade industrial quase sempre dependeu de recursos públicos. E como é o poder Executivo o encarregado da ação finalista, em que pese também tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário como integrantes do poder estatal soberano serem co-responsáveis pela ação do Estado, é o Executivo que vem se agigantando em relação aos demais órgãos supremos.

Assim sendo, embora, como já foi visto anteriormente, uma rígida separação de poderes não tenha sido postulado por MONTESQUIEU, o epicentro do princípio da separação de poderes passa ainda mais a ser a assertiva de que existem as funções executivas, legislativas e jurisdicionais que são atribuídas a órgãos (poderes) com competência principal, mas não de caráter exclusivo. A transposição das atividades reclamam definições no que tange aos núcleos essenciais de competência de cada poder.³⁶ Entretanto, não se pode negar que, além do poder Legislativo julgar e do poder Judiciário intervir na esfera administrativa, o Executivo legisla.

Quanto aos postulados democráticos, o parlamento não é o único detentor da legitimidade político-representativa. No século XX, o voto popular também legitimou o Poder Executivo, seja através de eleições diretas, como no

³⁵ MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.18. O autor diz que: "Aos direitos individuais afirmados a partir das declarações de direitos americana e francesa agregam-se, nas Constituições do México (1917), de Weimar (1919) e nas que se seguiram, direitos sociais. Estes últimos exigem principalmente ação estatal, voltada à construção de uma igualdade material entre os cidadãos, em vez da abstenção, que é suficiente, na maioria dos casos, para assegurar a efetividade dos primeiros."

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.246, nota nº 16.

Presidencialismo, seja através de definição pelo parlamento, como no Parlamentarismo.

2.2 RELAÇÃO ENTRE OS PODERES E REGIME DE GOVERNO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.

2.2.1 Relação Entre os Poderes

Novos órgãos constitucionais têm surgido à margem dos poderes, dentre os quais podem-se citar, como nos casos da Itália e Espanha, os Conselhos Superiores da Magistratura, com integrantes eleitos por outros órgãos constitucionais e na Alemanha insurgem os Tribunais Constitucionais. Esses órgãos aparecem como aparatos do poder e localizam-se no ápice do judiciário para garantir a divisão constitucional dos poderes, especialmente através do controle de constitucionalidade. No Brasil não é muito diferente, porque tais competências dizem respeito ao Supremo Tribunal Federal (STF) conforme art. 102, I, a da Constituição Federal.(C.F.). Nesta ótica, não mais se interpretam as leis sob o enfoque estritamente jurídico, mas por operadores flexíveis que integram outras categorias e resistem a apoiarem categorias jurídicas precisas. Eles concretizam a interdisciplinariedade, dentre outros motivos, pelo conhecimento de critérios políticos e também através de comissões especializadas.

A lógica da democracia, já não aceita mais a restrita visão liberal, nem mesmo o desprezo pelas minorias, eis que: *“El barco del Estado no puede navegar hoy a toda vela y sin ancla exclusivamente impulsado por el viento de la regla de la*

*mayoría: los derechos fundamentales de las minorías limitan la velocidad y el ritmo de la travesía.*³⁷

Para CANOTILHO, a separação de poderes, atualmente comporta “duas dimensões complementares: (1) a separação como divisão, controlo e limite do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”³⁸. Nesse sentido, a relação entre os poderes deve ser entendida como uma ordenação controlante e cooperante de funções. Para o mesmo autor, essa relação não se reduz apenas

“[...]a conceitos como balanço de poderes ou limitação recíproca de poderes, nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e funções materiais. O que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.”³⁹

A transposição de funções entre os poderes, quer seja a interferência do legislativo na esfera administrativa, ou o exercício de funções administrativas pelo judiciário, quer seja ainda, a atividade legislativa do governo, precisa ser analisada no seu contexto constitucional concreto, por não coincidirem com contextos apriorísticos. Por outro lado, se ao transpor as linhas divisórias das funções, o núcleo essencial do poder é violado, “pode estar em jogo todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controlo e sanção, definido no texto constitucional”.⁴⁰ A definição desses desvios funcionais, pela caracterização do núcleo essencial de competência dos poderes, é que se apresenta como uma incógnita, reclamando por debate permanente, em especial entre o executivo e o legislativo, e mesmo entre maioria e minorias no interior do parlamento.

³⁷ GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit.*, p.16.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, p.244

³⁹ *Idem*, p.245.

⁴⁰ *Idem*, p.246.

A função de controle na dimensão negativa da separação de poderes, por sua vez, compreende duas categorias: (1) controle primário, como sendo o poder reconhecido pela constituição a órgãos de soberania, que permite a reestruturação de outros órgãos, e (2) controle secundário, que incide sobre os atos dos órgãos, no sentido de revogação ou confirmação dos atos administrativos viciados. Assim, pode-se dizer que, no Parlamentarismo, a Assembléia exerce um poder primário sobre o Governo, bem como o presidente o exerce sobre o primeiro ministro. Já o controle secundário pode ser exemplificado através do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.⁴¹

O controle primário relacionado à responsabilidade política, aqui deve ser entendida como a contrapartida do controlado face ao controlador que, por receber a confiança do controlador, responde pelos efeitos e conseqüências políticas de sua atividade. Já sob o prisma jurídico e político, o titular do órgão em questão tem responsabilidade perante o órgão controlador, conseguindo conduzir as relações entre governo e parlamento. A intensidade dessas relações conformam e delinham os regimes de governo.⁴²

2.2.2 Regime de Governo

Conforme analisamos anteriormente, no Estado Liberal não houve homogeneidade entre os países quanto à sua forma de governo, assim como nos Estados monárquicos e republicanos sempre se destacaram tendências peculiares.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional...*, p.513.

⁴² Idem, p.514.

Alguns pensadores separam por famílias ou grupo de países, as tendências a um ou outro regime de governo, de acordo com características análogas, considerando a origem de cada modelo. Atualmente, embora encontramos em vários autores diversas subdivisões⁴³, três têm sido os regimes adotados nas constituições, quais sejam: o presidencialismo, com protótipo nos Estados Unidos, o parlamentarismo oriundo da Europa e o semipresidencialismo introduzido na França por ocasião da constituição de 1958 e perpetuado na constituição de 1962. Contudo, Giovanni SARTORI, em criteriosa análise histórico-política classifica o sistema da República de Weimar (Alemanha) de 1919 como semipresidencialista, mesmo que na época não houvesse a noção dessa estrutura. “Na ocasião o sistema de Weimar era tido como um sistema parlamentarista contrabalançado por uma presidência forte. Os redatores da constituição viam com perplexidade a Terceira República francesa, e sua grande preocupação era evitar o governo por assembléia”.⁴⁴

Definir o semipresidencialismo, diferenciando-o dos demais sistemas, não é tarefa fácil,⁴⁵ visto que é característica dos Estados contemporâneos a aproximação entre os poderes legislativo e executivo, a própria concepção de um sistema misto

⁴³ VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 6.ed. Milano: Giufre, 1967. p.90-100. O autor faz uma análise esquemática dos modelos adotados em diferentes países: estrutura dualista monárquico-representativa, estrutura presidencial, estrutura diretorial e estrutura parlamentar republicana. A doutrina é aproveitada por CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional...*, p.514-531. Que acrescenta a estrutura mista parlamentar-presidencial; realizando um estudo sobre a variante portuguesa do padrão básico.

⁴⁴ SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996. p.143.

⁴⁵ CANOTILHO define a estrutura mista com os seguintes caracteres: o parlamento e o presidente são eleitos por eleições diretas; o gabinete apresenta responsabilidade perante o parlamento e o presidente da república; diversamente ao parlamentarismo e ao presidencialismo, o presidente tem autonomia para dissolver o parlamento; em conformidade com o sistema presidencial, o presidente da república possui direção política própria, o que difere do parlamentarismo; e há existência de autonomia do governo (gabinete) analogamente ao parlamentarismo. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, p.518-519). Porém, Giovanni SARTORI aprofunda a análise e conclui que nesse sistema o presidente pode ser eleito de forma direta ou indireta; mesmo tendo autonomia perante o parlamento, o presidente deve direcionar sua vontade através do gabinete; o gabinete não tem responsabilidade perante o presidente, mas tem perante o parlamento; além disso, o semipresidencialismo permite oscilações de poder no interior do executivo, subsistindo a autonomia de cada órgão do poder. (SARTORI, *op. cit.*, p.147).

denota claramente essa idéia. Em que pesem as divergências doutrinárias⁴⁶ em relação às peculiaridades dos países que adotam sistema misto de governo, quer seja semipresidencial, quer seja parlamentarista-presidencial, porquanto não existam sistemas iguais, cada Estado tem respeitado suas características próprias.

Embora reconheçamos a importância de aprofundar a análise com relação a esse tema para uma maior compreensão do comportamento das relações entre os poderes nos diferentes Estados Contemporâneos, nosso presente estudo ensaiará apenas a co-responsabilidade entre o parlamento e o governo nas ações estatais como característica da atualidade. O sistema misto de governo, quer demonstre, em determinados Estados, a supremacia do legislativo, em outros, a supremacia do executivo, ou, quer ainda, em outros, um estrito balanço entre ambos, exemplifica bem essa tendente preocupação com o equilíbrio do poder entre as funções estatais.

Para SARTORI, o sistema em evidência tem sua estrutura baseada em um poder executivo com dupla autoridade, sendo que a autoridade principal oscila em conformidade com as combinações majoritárias. "Com uma maioria unificada,⁴⁷ o presidente predomina de forma decisiva sobre o primeiro-ministro, e a norma

⁴⁶ Além das diferenças nas observações mencionadas em nota anterior, seguem na própria denominação do sistema. Para CANOTILHO e Vital MOREIRA, a definição "semipresidencialismo" confere supremacia ao presidencialismo, motivo pelo qual denomina a república portuguesa de parlamentar-presidencial: "[...]a primeira enfatiza o elemento dominante, a segunda dá relevo ao caráter híbrido." (CANOTILHO, J.J.Gomes e MOREIRA, V. *Os Poderes do Presidente da República*, p.18.) Divergem também em relação aos exemplos de países que adotam o sistema, SARTORI, diverge de DUVERGER, que inclui entre os sistemas semipresidencialistas a França, República de Weimar, Portugal, Sri Lanka, Finlândia, Austrália, Islândia e Irlanda, excluindo da lista, a Irlanda, a Islândia e a Áustria. (SARTORI, *Engenharia constitucional...* p.141-142). Para CANOTILHO, o regime vigora nos países citados por SARTORI, acrescentando a Áustria, sendo que "recentemente foi adoptado por alguns países do 'ex-bloco socialista', como a Polónia, Roménia, Bulgária, Lituânia e Eslovénia." (CANOTILHO, J.J.Gomes *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p.523)

⁴⁷ Maioria que comporta a presidência da república e também o parlamento, visto que, no sistema, ambos são eleitos por sufrágio direto, analogamente ao presidencialismo.

aplicada é a da prática constitucional. Inversa e alternativamente, com uma maioria dividida, quem predomina é o primeiro-ministro, apoiado pela sua própria maioria parlamentar”.⁴⁸ Não passa despercebido que essa alternância de poder no interior do executivo pode levar o poder ao impasse, dividido contra si próprio; porém, “deve-se reconhecer que nessa fórmula o problema das maiorias divididas encontra uma solução pela ‘mudança de cabeça’, reforçando a autoridade de quem obtiver a maioria”.⁴⁹

A relativização da dicotomia orgânica entre Governo e Parlamento aumenta, e a relação de debates em torno da separação de poderes se altera para uma discussão entre maiorias e minorias⁵⁰. No Brasil, onde o sistema eleitoral tem pluralidade de partidos, a busca de consenso no interior do parlamento tem sido prejudicada, e, com isso, agrava-se ainda mais o obstrucionismo do poder Legislativo. Esse aparato preconiza uma ampla concentração de atribuições ao executivo e, por conta disso, há predominância do presidente, o que, por vezes, é relacionado a um governo autoritário. Essa tendência presidencial na América Latina leva críticas aos sistemas presidencialistas desses países, pois o Brasil, na iminência de reduzir suas tensões políticas, além do período imperial, buscou o parlamentarismo nas constituições de 1946 e 1961.⁵¹

⁴⁸ SARTORI, *op. cit.*, p.139.

⁴⁹ *Ídem*, p.140.

⁵⁰ Sobre a busca por consensos majoritários, SARTORI desenvolve sua obra, crítica o sistema presidencialista alegando que somente nos Estados Unidos tem funcionado adequadamente. Propõe o semipresidencialismo em países como o Brasil (e outros da América Latina), bem como México e Israel, sob a alegação de que existem nesses Estados, de um lado, o obstrucionismo do poder Legislativo e de outro, conseqüentemente um governo por decreto. Criticando desse modo, a distância existente entre o parlamento e o governo, especialmente em épocas de crise, quando consensos entre as atividades do Executivo e do Legislativo não ocorrem; ou pior, quando o presidente da república não detém maioria no congresso. (*Op. cit.*, p.100-102).

⁵¹ Sobre as mudanças constitucionais em relação ao sistema de governo no Brasil, ver REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.

Não obstante, não são apenas as variações estruturais que tem alterado o clássico cenário da separação de poderes, mas, antes, uma nova dimensão das funções, pois na busca por melhores resultados, o estabelecimento dos fins não é apenas tarefa normativa, nem apenas executiva. A partir do advento do Estado Social, a atividade normativa do poder Executivo tem crescido substancialmente, tanto por regulamentos, como por disposições de urgência com força de lei. O que se observa é que a descentralização da atividade legislativa atinge amplo grau na contemporaneidade.

2.3 DISTRIBUIÇÃO DO PODER DE LEGISLAR NAS ESFERAS ESTADUAL E MUNICIPAL

2.3.1 Nos Estados-Membros

Ao tratarmos sobre a descentralização da atividade legislativa, sabemos que a transposição das fronteiras entre os poderes, admitindo que o executivo também legisla, no sentido de criação da lei primária e, em consequência disso, alterando o ordenamento através de sua inferência. E não apenas em caráter secundário, ou seja, de criação de mecanismos legais para cumprir o mandado da atividade primária, não esgota o tema. Distante disso, e antes da abordagem do tema central, notamos que a distribuição de competências entre a União e os Estados-Membros, no âmbito espacial, demandam boa parte de estudos dos constitucionalistas.

Desde o início do século XX, a referida distribuição de competências alimentou sucessivas modificações, passando de inabalável em um período histórico

sem inovações, para uma constante renovação jurídica no que tange ao Estado Federal. Essa inovação técnico-constitucional teve sua origem na constituição austríaca de 1920⁵², e foi admitida em várias constituições durante o transcorrer do século XX.

A Constituição da Áustria, em especial atenção à legislação de princípios, confere aos Estados-Membros prazo para regulamentação complementar, sendo que há a transferência dessa competência de aplicação à Federação em caso de inobservância do prazo. Essa prerrogativa possibilita uma atividade legislativa compensatória ao Estado componente da Federação, além de respeitar as peculiaridades locais à aplicabilidade da legislação fundamental. A Constituição alemã de 1949 superou a centralização da constituição de Weimar (1919), ampliando a autonomia dos Estados-Membros.

Apresenta-se como uma forte tendência nos Estados Contemporâneos a superação da competência de poderes reservados, revelando o aprimoramento da competência concorrente, pressupondo atividade legislativa da União e dos Estados-Membros sobre a mesma matéria, embora com intensidade diversa.

“O Federalismo de Bonn e o Federalismo austríaco permitem fixar a moderna tendência que se consolida no sistema federal, qual seja, a de explorar, em favor dos Estados-Membros o setor da legislação concorrente, com manifesto reforçamento da atividade legislativa do Estado Membro.”⁵³

A autorização da legislação primária ao Estado-Membro guarda significativa importância, principalmente no que concerne à inércia legislativa, não obstante o exercício da competência concorrente permita resguardas a Federação (art. 72 da Constituição Alemã de 1949), e um amplo campo de concorrência (art. 74 da mesma Carta).

⁵² HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p.366.

⁵³ Idem, p.368.

No constitucionalismo norte-americano, se pode conferir que a organização do Estado-Membro origina a técnica constitucional de garantir que as normas dirigidas aos estados componentes não contrariem o sistema federal. “Esse dualismo governamental [...], constitui a peculiar contribuição norte-americana para a ciência e a arte política”,⁵⁴ permitindo, inclusive, que remanescesse constituições de Estados-Membros originários anteriormente à elaboração da mais atual Constituição Federal. Nem sempre foi assim, no âmbito do Estado Liberal, pois o constitucionalismo dos Estados Unidos não escapou ao crescimento do poder centralizado e à conseqüente restrição da autonomia estadual.

No Brasil, o advento do Estado intervencionista acarretou a centralização do poder em prol da União, principalmente a partir da Constituição de 1934, mas, deslocou matérias que somente poderiam ser legisladas pela União para o âmbito da concorrência dos estados, descaracterizando a privatividade e admitindo a dupla ação legislativa. A Constituição de 1937 manteve essa característica de Estado unitário, embora referenciando o Estado Federal em seu artigo 3º, e, por conseguinte, facultando aos estados legislar matérias de competência da União, com os estreitos fins de supressão de lacunas da legislação federal e atendimento às peculiaridades locais na obediência de lei federal. Tais disposições, entretanto, não lograram êxito aos entes da federação e seguiram como letra morta naquele período.

A Constituição de 1946 trouxe novamente o caráter complementar à legislação estadual, embora uma retraída disposição fosse admitida aos Estados-Membros, já que as normas fundamentais não traziam o caráter de norma geral com

⁵⁴ Idem, p.373.

o âmbito hoje conhecido, e ampliou a legislação em caráter geral sobre: previdência social, direito financeiro, seguro educação, mineração, energia, etc.⁵⁵

Durante o período constitucional de 1967, houve a redução de algumas, já poucas, disposições elencadas na constituição de 1946, condicionando a lei estadual à prévia existência de lei federal (art. 8º, § 2º). A emenda constitucional n.º 7, de 1977, ampliou a competência estadual e foi por seu intermédio que ocorreu a inclusão de normas gerais orçamentárias. Entretanto, a crise do federalismo na constituição é evidente: a existência de regras de proibição e a previsão exacerbada de princípios constitucionais resultaram na intransposição da centralização. Este círculo antifederativo levou doutrinadores a exauridas críticas ao sistema.

“Tão acanhado é o domínio legislativo dos nossos Estados que os seus legisladores inclinados a decalcar a Constituição Federal se verão forçados a possuir uma coleção de leis complementares formada, às vezes, de um único exemplar. A verdade é que, promulgadas aquelas leis, nossas Assembléias Legislativas não terão de ocupar-se cada ano, senão com votar o orçamento e decidir sobre nomeações sujeitas à sua aprovação.”⁵⁶

A Constituição de 1988 remodelou a estrutura federalista do país (Conforme art. 21, I a XXV, art. 22, I a XXIX, art. 23, I a XII e art. 24, I a XVI da C.F.) e, como incursão ímpar, beneficiou o município como importante ente da federação, como veremos de forma breve em seguida.

É conveniente observar que, como no sistema de governo, não há homogeneidade entre diferentes países federalistas na utilização de mecanismos de descentralização legislativa. O grau de descentralização, que está diretamente relacionado à autonomia dos estados no processo de elaboração das leis, é vinculado à Constituição Federal, que permanece como vínculo de unidade

⁵⁵ Idem, p.358.

⁵⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo legislativo*. 2.ed. Atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.141.

sistemática às diferentes demandas dos Estados-Membros.⁵⁷ Daí a necessidade de uma constituição rígida,⁵⁸ pois, se for flexível, a produção normativa ficará subordinada ao legislador ordinário.

O princípio da supremacia constitucional representa um princípio condicionador da constituição do Estado-Membro, porquanto o próprio princípio da separação dos poderes (art. 2º da C.F. de 1988) atua como fonte organizacional do Estado componente e assegura a não invasão de matéria exclusiva de lei ordinária. As soluções dessas controvérsias de competências no interior da federação são também desafios do Estado Contemporâneo.

2.3.2 Nos Municípios

Com a emergência da sociedade técnica, ocorre também o crescimento da urbanização. Na sua esteira, os conglomerados urbanos acatam avassaladora invasão nos bairros e conseqüentes problemas, como os de habitação, de proteção ambiental e carências de serviços públicos essenciais (saúde, saneamento, educação, etc.). Verdade é que ao município compete importantes

⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.310. O autor confirma: "O Estado Federal caracteriza-se pelo fato de que o Estado componente possui certa medida de autonomia constitucional, ou seja, de que o órgão legislativo de cada Estado componente tem competência em matérias referentes à constituição dessa comunidade, de modo que as modificações nas constituições dos Estados componentes podem ser efetuadas por estatutos dos próprios Estados componentes. Essa autonomia constitucional dos Estados componentes é limitada. Os Estados componentes são obrigados por certos princípios constitucionais da Constituição Federal."

⁵⁸ IVO, Gabriel. *Constituição Estadual: competência para elaboração do estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.86-94. Sobre a classificação em constituições rígidas e flexíveis de Lord Bryce, esclarece BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 65-66, são rígidas as que não podem ser modificadas da mesma maneira, que as leis ordinárias. "Demandam um processo de reforma mais complicado e solene". Flexíveis são as que "não exigem nenhum requisito especial de reforma", são emendadas ou revistas pelo mesmo processo da lei ordinária.

responsabilidades de organização de serviços, de urbanização, de controle e fiscalização, por estarem geograficamente na linha de frente, portanto, administrativamente próximos ao desenvolvimento e aos acontecimentos sociais.

A modernização da repartição das competências, pelo constituinte de 1988, instituiu o poder de auto-organização municipal através da Lei Orgânica,⁵⁹ anteriormente adotada somente no Rio Grande do Sul desde 1897. Detendo competência privativa, pode legislar com respeito a assuntos de interesse local (art. 30, I da C.F.), e, para demonstrar a importância de sua autonomia, a C.F./88 ampliou a margem de participação dos impostos através dos artigos 158 e 159, § 3º.

Extremamente tímida a autonomia nas constituições anteriores⁶⁰, o município sempre integrou a Federação brasileira, mas é com a Constituição de 1988 que a valorização da esfera municipal atinge seu *status* de ente federativo, superando inclusive constituições de outros países, como: Estados Unidos, Canadá e México, da América do Norte; Argentina e Venezuela da América Latina; Áustria, Alemanha, Índia, Suíça e Austrália, de outros continentes.⁶¹

Nota-se que o federalismo de equilíbrio é proposto pela atual Constituição brasileira, de modo que a descentralização política, legislativa e econômica procurem se conformar à nova ordem. Uma aplicação concreta desses princípios compete aos três poderes do historicamente mais esquecido ente da federação.

2.4 OUTRAS FORMAS DE DESCENTRALIZAÇÃO NORMATIVA

⁵⁹ HORTA, R. M. *Estudos de Direito Constitucional*, p.524.

⁶⁰ Ver a respeito do estudo, em relação à autonomia municipal, MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁶¹ Neste sentido HORTA, R. M *Estudos de Direito Constitucional*, p.523, e MEIRELES, H. L., *op. cit.*, p.45 e ss.

Como percebemos, a descentralização legislativa ocorre em todas as instâncias no Estado Contemporâneo, tanto na distribuição de funções entre os poderes, quanto na ramificação de competências concorrentes e complementares entre os entes federativos: União, Estados-Membros e Municípios. A diversidade de entes dotados de capacidade legislativa que compõe a complexidade do ordenamento jurídico atual preconiza um constitucionalismo dotado de extrema soberania para compor a unidade interna do sistema.

Ao judiciário, conforme já mencionado, também é conferida a ação normativa, como exemplificado pelo artigo 96, I, "a" da C.F. de 1988, que caracteriza a criação de lei no sentido material, não apenas por elaborar seu próprio regimento interno, mas também por interferir na legislação processual. Igualmente interfere na esfera legislativa quando, ao expedir instruções, o Tribunal Superior Eleitoral exige recurso especial para os casos de suas inobservâncias. A disposição que se refere sobre a divisão eleitoral (art. 137, II da C.F. de 1967) também compõe função normativa; na Constituição atual, o artigo 121, permite, sob a forma de lei complementar, a emissão normativa genérica na complementação das responsabilidades definidas em lei pela Justiça Eleitoral.

Outro órgão jurisdicional, cuja atuação implica no exercício da função legislativa, é a justiça do trabalho que, para além da supressão de lacunas da lei (restrição da Constituição anterior), apoiada no artigo 114, § 2º da atual C.F, pode estabelecer condições e normas para a consecução dos dissídios coletivos.⁶²

Quanto ao controle de constitucionalidade das leis, embora apresente uma estreita comunicação entre os poderes judiciário e legislativo, e alguns autores

⁶² CLEVE, Clemerson Mèrlin. *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.84.

defendam ser este uma atividade descentralizada da atuação normativa,⁶³ atualmente essa é uma tarefa jurisdicional. É o que vemos em alguns países europeus os quais, na sua origem, o controle de constitucionalidade era exercido politicamente, hoje já é considerada uma tarefa do judiciário.⁶⁴ Neste particular, o judiciário visa à garantia das normas constitucionais.

O Mandato de Injunção (art. 5º LXXI da C.F.), que preconiza a concessão legislativa ao judiciário, quando a ausência de norma inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, ou quando inexistirem pressupostos que condicionam a nacionalidade, a cidadania e a soberania, o STF relaciona com o controle de constitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da C.F.). Porquanto o mencionado dispositivo enseja mais um a suprir lacunas omissas em casos concretos, não constitui ação legislativa ao poder judiciário.⁶⁵

Inobstante a pretensão liberal de atribuição exclusiva ao Estado da atividade legiferante, além dos exemplos citados em favor do judiciário e da convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XXVI), anteriormente mencionada, que a própria CLT, através do artigo 611, classifica como atividade normativa, certas relações sociais contemporâneas, autorizadas pela Constituição Federal, constituem outra forma de descentralização legislativa. É o caso da contribuição para custeio do sistema confederativo de representação sindical fixada em assembléia da categoria profissional para desconto em folha de pagamento (art. 8º, IV da C.F.).

Embora esses exemplos não configurem aprofundado estudo sobre a atuação descentralizada da atividade normativa⁶⁶, por não ser objeto principal do

⁶³ KELSEN, H. *Teoria geral do direito...*, p.266. O autor, na obra adita: "Já vimos que os tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais".

⁶⁴ CLÉVE, Clemerson Mèrin. *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.80.

⁶⁵ Idem. p.87.

⁶⁶ Para aprofundamento do estudo, inclusive desses exemplos e de outros, idem, p.72-91.

corrente trabalho, o condão desses é demonstrar brevemente a complexidade e a amplitude dos preceitos do Estado de Direito. Além dos mecanismos de racionalidade e celeridade do poder Legislativo, como a formação de comissões especializadas, a descentralização atinge a esfera social em decorrência da própria concepção de democracia, e a esfera de outros poderes, porquanto já visto, o executivo vem sendo, a partir do advento do Estado Social, o órgão preferido pela referida descentralização.

3 A ATUAÇÃO LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO

3.1 A PARTICIPAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA LEI ORDINÁRIA

3.1.1 Iniciativa

É desnecessário reafirmar que a relação de interdependência entre os poderes conforma o regime de governo. Entretanto, tanto no sistema parlamentarista, quanto no sistema misto, ou mesmo no presidencialista, o executivo tem participação no processo de criação de leis.

No parlamentarismo, como representante da maioria parlamentar, o Governo segue as diretrizes do grupo (partido ou coligação) majoritário e, com isso, a integração entre executivo e legislativo permite uma atuação política de apoio do parlamento ao Governo, de modo que as técnicas de controle parlamentar sobre os atos do Executivo, são, mormente utilizadas em situações de crise política. Neste ínterim, o Governo, normalmente, tem a primazia na iniciativa da atividade legislativa. Em alguns casos, há determinada exclusividade de iniciativa pelo Executivo, como na Inglaterra.⁶⁷ Em outros, na Itália, por exemplo, existe um equilíbrio entre o número de iniciativas do parlamento e do Governo, talvez pela

⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.98.

influência da forma republicana parlamentarista, conquanto vigora o sistema monarquista na Inglaterra.

No sistema misto de governo, como na França, também há um crescente aumento de iniciativas pelo Governo. Não obstante, a França consagrou a iniciativa pelo Executivo na Constituição de 1799, dando origem a este ato (iniciativa) aos governos⁶⁸, mesmo antes da conformação do sistema híbrido.

O sistema presidencialista, embora preconize uma mais nítida separação de poderes, e não permite, na sua origem, a iniciativa legiferante pelo Governo, nos países da América Latina essa atividade sempre foi exercida pelo Executivo. E mesmo nos Estados Unidos, onde não há disposição formal que permita ao Presidente provocar a criação da lei, hoje, a maior parte dos projetos apreciados pelo congresso, são originários do Governo⁶⁹: ou pelo encaminhamento de projetos através de parlamentares do mesmo partido, ou pelo envio de “mensagens” ao congresso. Essas mensagens têm o condão de manter o legislativo informado quanto à atuação do executivo, tanto no acompanhamento do programa de governo quanto no de atividades isoladas.

O Brasil, em praticamente todos os seus períodos constitucionais, adotou a possibilidade de iniciativa pelo Executivo, com menor intensidade em tempos de parlamentarismo (1946 e 1961), e com maior nos períodos autoritários (1937 e 1964). Na Constituição de 1967, o artigo 57 dispunha sobre matérias de iniciativa exclusiva do Presidente da República. A constituição de 1988 manteve a

⁶⁸ FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*, p.140.

⁶⁹ *Idem*, p.140. Ilustra o autor: “[...]embora formalmente falando, nos Estados Unidos, o Presidente não tenha iniciativa de leis, nada menos de 80% da nova legislação, como ao tempo do New Deal, se origina da Casa Branca ou de entidades governamentais”.

exclusividade de iniciativa legislativa do governo em determinadas matérias, como, por exemplo, as do artigo 61, § 1º da C.F.

É tendência nos Estados Contemporâneos, independentemente do sistema de governo adotado, a liderança do Executivo na iniciativa de elaboração de leis, como é de praxe no contexto das mais acentuadas democracias.

3.1.2 Deliberação do Poder Executivo

3.1.2.1 Sanção

Como formalização do inter-relacionamento entre os poderes executivo e legislativo, o primeiro sanciona os projetos de lei aprovados pelo último. Evidencia-se que esta fase do processo legislativo concentra maior significância no presidencialismo, visto que, nesse sistema, o executivo não tem o poder de dissolver o parlamento. Já no parlamentarismo, tal atribuição vem perdendo importância, porque o Chefe do Gabinete é escolhido pela maioria parlamentar e, por consequência, torna-se conivente com as ações do legislativo.

A sanção pode ser, segundo Alexandre de MORAES, expressa quando há a manifestação favorável do presidente no prazo de 15 (quinze) dias, ou tácita, em caso de não manifestação do representante do Executivo,⁷⁰ podendo, assim como o veto, ser parcial ou total.

No presidencialismo, a sanção é requisito para que a lei seja considerada

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas. 1999. p.490.

perfeita.⁷¹ No entanto, por razões dedutíveis⁷², não se submetem à sanção as leis delegadas e as medidas provisórias. Às últimas cabe o ato sancionatório em caso de conversão em lei.

Conforme o disposto no artigo 66 da C.F. de 1988, o Executivo, em aquiescendo, sancionará a lei, após aprovação do projeto pelo Legislativo. A sanção pode ser positiva ou negativa, e, neste caso, o constituinte denomina de veto que segundo Michel TEMER, é cabível em lei complementar e em lei ordinária.⁷³

O ato sancionatório, para além da simples concordância do Executivo em relação ao texto que concebe a lei, constitui o comprometimento do Governo para com a lei criada, e conseqüentemente a convergência da vontade do Executivo em concurso com o Legislativo, cujo conjunto (de ambas as vontades) é preceito constitucional para a existência da lei.

3.1.2.2 Veto

O poder⁷⁴ de veto (negativa de sanção), oriundo das primeiras constituições monárquicas, era considerado absoluto, pois o monarca podia impedir o legislativo quando lhe conviesse, reafirmando o absolutismo. Mas este passou a ser combatido, especialmente com o desenvolvimento do parlamentarismo.

⁷¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.144.

⁷² As Leis Delegadas e as Medidas Provisórias são atos legislativos do poder Executivo (como veremos em seguida), ou seja não há necessidade de o presidente sancionar o que ele próprio elaborou.

⁷³ TEMER, Michel, *op.cit.*, p.149.

⁷⁴ A doutrina não é unânime quanto a natureza jurídica do veto: poder, direito ou poder-dever do presidente. Utilizamos "poder" sem induzir a uma escolha definitiva, pois a constituição de 1988 exige maioria absoluta para rejeição do veto, de modo que uma lei aprovada por maioria simples dificilmente atingirá maioria absoluta para rejeitar o veto. Destaca-se aqui, a situação privilegiada do

O veto constitui dispositivo existente em largo período histórico no Brasil, desde a constituição imperial (1824). Todavia, foi na Constituição de 1891, depois da Proclamação da República, que recebeu maior influência do modelo norte-americano. A aceitação do veto parcial passou a ocorrer com a reforma de 1926.⁷⁵ Está também, assim como a sanção, disposto no artigo 66 da C.F. de 1988, admite a rejeição parcial do projeto de lei, caso o presidente considere em parte o projeto incompatível ao interesse público. Nos Estados Unidos, o veto parcial surgiu em constituições estaduais⁷⁶ e somente é admitido, como no Brasil, se devidamente motivado, momento em que o presidente explica as razões da discordância.

Conforme ensina Alexandre de MORAES, a constituição, além de exigir que o veto seja expresso e motivado, concebe também, que tenha caráter supressivo, erradicando artigo, parágrafo, inciso ou alínea (artigo 66, § 2º C.F.), impedindo a adição de parte nova no texto. Também pode ser superável, no sentido de não mais permitir que seja absoluto, mas que tenha caráter de relatividade (suspensivo), conquanto pode ser revertido pelo congresso.⁷⁷ Porém, cabe salientar que, conforme informação anterior, no parlamentarismo (Itália) ou mesmo no sistema misto de governo (França), há um consenso de aceitação quando houver decisão de maioria simples para deliberação sobre projeto ou parte vetada. Já no presidencialismo, a rejeição do veto executivo exige maioria qualificada (normalmente dois terços). Ocorre que no parlamentarismo, ou sistema de origem parlamentarista, o Governo

presidente na deliberação legislativa. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*, p.153. No mesmo sentido CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.111.

⁷⁵ CLÈVE, Clèmerson Mèrlin, *A atividade legislativa do poder executivo*, p.109.

⁷⁶ SAMPAIO, N. S., *op. cit.*, p.82–83.

⁷⁷ MORAES, A., *op. cit.*, p.492. O caráter suspensivo é unânime nos Estados contemporâneos, já que as concepções democráticas da atualidade repudiam o absolutismo. Neste sentido, também FERREIRA FILHO, M. G., *Do processo legislativo*, p.152.

conta com a maioria parlamentar e dificilmente o parlamento contraria decisão do Executivo.

O veto parcial se reveste de especial importância, pois permite que o presidente vete parte de uma lei, sem contudo paralisar a máquina estatal se esta for fundamentalmente importante para o andamento das políticas governamentais. É o caso da lei orçamentária, que regula a arrecadação (tributos) e a despesa (autorização), em que o veto total poderia impedir o andamento das ações administrativas, motivo que levaria o Executivo a sancionar projeto de lei repleto de inconveniências.⁷⁸ Entretanto, além da lei orçamentária, pode o veto parcial incidir sobre qualquer matéria de lei.

Embora seja considerado um instrumento que oferece ao Executivo um grande poder para conduzir sua vontade política, o veto, principalmente no presidencialismo, tem importante função de estabelecer o contrapeso em favor do controle do poder de legislar pelo Executivo, uma vez que a possibilidade (ou mesmo ameaça) de rejeição de projeto de lei pelo governo tem servido como interessante meio de negociação entre os dois poderes (legislativo e executivo).

3.1.2.3 Promulgação

Depois da sanção, de acordo com o artigo 84, IV da C.F., cabe ao presidente, também, promulgar e fazer publicar as leis, com a finalidade de participar comunicado e exigir o cumprimento da lei. Podem ser promulgadas todas as leis que correspondem à sanção do presidente (artigo 48 da C.F.). Cabe, no entanto,

⁷⁸ FERREIRA FILHO, M. G., *Do processo legislativo*, p.154.

observar que nem todas as atividades legislativas são promulgadas pelo representante do Executivo, como, no Brasil, é o caso das emendas constitucionais, em conformidade com o disposto no artigo 60, § 3º, são promulgadas pelo Congresso Nacional.

O presidente do Senado e o presidente da Câmara dos Deputados também promulgam as leis que disciplinam matérias de competência exclusiva de cada respectiva casa. Assim ocorrem com as Resoluções (art. 51 e 52 da C.F.) e com os Decretos Legislativos (art. 49 da C.F.): enquanto os primeiros se referem a matérias de privativa competência do Senado ou da Câmara dos Deputados, os últimos referem-se a competência do Congresso Nacional.

A constituição de 1988 concede prazo de 48 (quarenta e oito) horas (artigo 66 §7º), a partir da comunicação da rejeição do veto, para promulgação, de modo que, mesmo com a derrubada do veto presidencial, este pode promulgar a lei. Se findar o prazo e o presidente não houver se pronunciado, será transferida a competência ao presidente do Senado que, por sua vez, terá o mesmo prazo para promulgação e se, mesmo assim, não ocorrer a promulgação, então, o ato caberá ao vice-presidente da mesma casa.

Constituindo-se em mais um momento de integração entre os poderes legislativo e Executivo no processo de criação da lei, a promulgação integra a eficácia da norma, atestando sua existência.

3.1.2.4 Publicação

Tendo em vista que é a publicação “condição de eficácia do ato normativo”,⁷⁹ transmite aos destinatários a promulgação da lei, seu conteúdo e comprova sua existência.

É ato de competência do presidente da república, regido pela Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, segundo FERREIRA FILHO e, não há na disposição legal prazo para publicação da lei a partir de sua promulgação.⁸⁰ Normalmente, consta na própria lei a data de sua entrada em vigor (em geral imediatamente); porém se não constar no texto de sua publicação, a vigência iniciará decorridos 45 (quarenta e cinco dias) dentro do país e três meses depois da publicação no estrangeiro (artigo 1º LICCB).

Torna-se imprescindível esclarecer que o Executivo, em sua deliberação na atividade normativa, durante o processo de criação da lei pelo legislativo influencia sobremaneira, em especial através da iniciativa e do veto. Não ocorre, todavia, na promulgação e na publicação com a mesma intensidade. Entretanto, a multiplicidade de fontes normativas bem como a proliferação de normas editadas trazem graves inconvenientes, pois não é difícil que a desobediência a uma norma esteja atrelada ao seu desconhecimento.

O reconhecimento de que a divulgação da prática legiferante não preconiza qualquer publicidade antes da edição do próprio texto da lei levou o congresso britânico a admitir que o indivíduo alegue a ausência de divulgação ao tempo do acontecimento, em casos de descumprimento das normas.⁸¹ Este exemplo demonstra que, na atualidade, mesmo a publicação apresenta polêmica no contexto normativo.

⁷⁹ Idem, p.242.

⁸⁰ Idem, p.242 e MORAES, A., *op. cit.*, p.493.

⁸¹ FERREIRA FILHO, M.G. *Do processo legislativo*, p.167.

3.2 A ELABORAÇÃO NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO.

3.2.1 A Elaboração Normativa Secundária

3.2.1.1 Os Regulamentos

Como verificamos nos itens anteriores, o poder Executivo tem múltiplas interferências no processo de elaboração legislativa que vai desde a liderança da iniciativa dos projetos, permeia pelo veto com substancial relevância no controle do poder legiferante e finaliza com a promulgação e publicação da lei, consoante a vontade do Legislativo. Porém, maior ainda é sua autonomia no Estado contemporâneo, quando recebe também um poder de editar normas.

A edição de regulamentos tem sido atribuída ao Executivo desde os primórdios da organização estatal. Em que pese a divergência doutrinária com relação à natureza jurídica do regulamento, antes do surgimento do constitucionalismo moderno (século XVIII), não faria muita diferença se se tratasse de ato normativo ou administrativo, já que no absolutismo todas as normas advinham do monarca. A partir do Estado Moderno, entretanto, esta distinção passou a fazer sentido.

Em que pese ser um ato de cunho administrativo, eis que “o Governo, no momento que emana o regulamento, não exerce função legislativa”.⁸² Temos, antes,

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.221. No mesmo sentido FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo*, p.157.

por conta da atual doutrina, uma classificação do regulamento como um ato administrativo normativo. Sob o aspecto material é considerado norma, por ser genérico e abstrato. Porém, no aspecto formal, é ato administrativo, pois advém da função administrativa e não da legislativa.

O regulamento é aceito em caráter secundário, visto que tem como principal função propiciar a própria execução da lei. “É esse o gênio do regulamento típico, o regulamento de execução”.⁸³ Mas, é preciso levar em conta que nem todo o regulamento é editado para o estrito cumprimento ou para aplicação da lei; existem regulamentos que inovam a ordem jurídica, embora, não do mesmo modo que a lei. “A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, proibindo-se [...] os regulamentos modificativos, suspensivos ou revogatórios das leis”.⁸⁴

Os regulamentos, embora apresentem generalidade e abstração, no sentido da possibilidade de serem aplicados a inúmeras matérias, não constituem atos legislativos, como vimos, pois estas características não são necessárias para a definição do último (ato legislativo). De outra parte, estes atributos não são os únicos pilares da distinção entre ato administrativo executivo e ato administrativo normativo, no entanto, para a configuração do regulamento são indispensáveis. O ato administrativo executivo se apresenta como um caso concreto decidido, e constitui a submissão a uma norma. Já, o regulamento (regra ou norma jurídica) constitui critério material para decisão nos casos em concreto.

Os regulamentos, devido à atividade diretiva do presidente da República no contexto da administração federal, vêm tomando grande conotação no Estado

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, p.158.

⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional ...*, p.732–33.

hodierno, se revestindo de larga importância, de modo que são veiculados por decretos, e devem ser publicados no Diário Oficial da União.

Na França, o dispositivo encontra “suporte diretamente na Constituição e não em uma eventual lei regulamentada. Não obstante esse dado, a verdade é que os regulamentos autônomos⁸⁵ não se encontram no mesmo grau hierárquico da lei,”⁸⁶ pois essa competência regulamentar autônoma é peculiaridade da Constituição Francesa.⁸⁷ Já no Brasil, o regulamento é, no entendimento da doutrina majoritária, aferido como subordinado a lei, dito regulamento de execução, nos termos do artigo 84, IV da C.F. de 1988. Neste sentido, ele pode, até mesmo, inovar o ordenamento jurídico, mas não com a mesma intensidade que a lei (que o faz originariamente), ou seja, de modo limitado, subordinando-se a ela.

3.2.2 A Elaboração Normativa Primária

3.2.2.1. As Leis Delegadas

Nas constituições contemporâneas as leis delegadas têm sido admitidas amplamente. Por lei delegada entende-se a autorização para a criação de norma jurídica que verse sobre matéria determinada. Assim observado o âmbito da autorização (parâmetros estabelecidos pelo Legislativo), o Executivo edita o correspondente ato legislativo primário.⁸⁸ Na lição de Pietro VIRGA, é: “[...] *il*

⁸⁵ A melhor doutrina tem classificado sob vários tipos os regulamentos, sob essa classificação ver CLÈVE, Clemerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo...*, p.240-56.

⁸⁶ *Idem*, p.240.

⁸⁷ No entanto, já foi cogitada pela doutrina brasileira. (MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.34.)

⁸⁸ Porém, na Alemanha (exceção entre os países com ordenamento de origem Romano-Germânica), o referido ato legislativo do executivo permanece num patamar da cadeia hierárquica inferior a lei. (MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.27.)

conferimento temporaneo ed eccezionale che un organo faccia ad un altro organo della potestà."⁸⁹

Com origem nos países de regimes parlamentaristas, a "delegação legislativa, de início, aparece disfarçada nos regulamentos editados pelo Executivo e fundados no uso de seu poder regulamentar".⁹⁰ Por atentar ao princípio da separação dos poderes, a prática da delegação, inicialmente, foi combatida, porém, com o aumento das demandas estatais admitidas, passa a ser aceita dentro de razoáveis limites. Na Inglaterra, teve dupla classificação: a normal, para atender a celeridade e complexidade do exercício legiferante; e a de crise, para atender a circunstâncias excepcionais⁹¹. Mesmo hodiernamente, nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra, a delegação legislativa suscita resistências no seio do parlamento, por não conceber *standarts* de limitação aos poderes do presidente. Assim, desde 1983, a delegação legislativa vem sendo negada pela Suprema Corte Norte-Americana, em sucessivas declarações de inconstitucionalidade.⁹²

Na Itália, a "*legge de delega*" é prevista no artigo 76 da Constituição de 1947 que aceita a transferência por tempo limitado e para matérias definidas pelo parlamento.⁹³

No direito espanhol, existe a delegação para leis de bases e para leis ordinárias; as primeiras na formação de "textos articulados", e as segundas para

⁸⁹ VIRGA, Pietro, *op. cit.*, p.357. O autor, na obra define delegação como sendo: "[...] transferência temporária e excepcional que um órgão faz a outro do poder" (traduzimos).

⁹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: ...* p.104.

⁹¹ MORAES, Alexandre, *op. cit.*, p.565.

⁹² RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994. p.24. No mesmo sentido, HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito....*, p.566.

⁹³ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Medidas Provisórias*, p.24. e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes....*, p.107.

“refundir vários textos legais em um só”.⁹⁴ São veiculadas por decreto legislativo e previstas no artigos 82 e seguintes da Carta Magna daquele país.

Em Portugal, as leis autorizadas (art. 168 da C.P. de 1976) habilitam o executivo a editar atos com força de lei.⁹⁵

No Brasil, a delegação legislativa foi discutida na Constituinte de 1946 devido ao abuso da utilização da atividade normativa do poder Executivo no período que a antecedeu (Estado Novo), no entanto a não previsão do instituto na referida Constituição é fortemente criticada por Miguel REALE,⁹⁶ por constituir-se uma necessidade nos Estados Contemporâneos. Assim, a Emenda Constitucional n.º 4 à Constituição de 1946, promulgada em 1961 permitiu o reingresso, no ordenamento pátrio, da legislação delegada, durante um dos períodos de incursão do sistema parlamentarista no país. Porém, foi fortemente marcante sua utilização desde os primórdios constitucionais, nas cartas de 1824 e 1891⁹⁷, mas somente foi formalmente admitida no ordenamento de 1937, antes de ser abolida em 1946.

Consustanciada na Constituição de 1967 e reforçada na emenda de 1969, a lei delegada é atualmente (na constituição de 1988) objeto integrante no rol das normas que compreendem o processo legislativo brasileiro. Disciplinada no artigo 59, IV da C.F., é regulamentada pelo artigo 68 da mesma carta; no parágrafo primeiro, são determinados seus limites materiais, e os aspectos formais nos parágrafos segundo e terceiro.

⁹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre poderes...*, p.107.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional ...*, p.670. Em que o autor adita: “A concessão de autorizações legislativas integra-se na competência legislativa da A.R. [Assembleia da República]. [...] devem, em princípio, coincidir com o objecto próprio da função legislativa do Parlamento”. Na seqüência, dita as matérias excluídas da delegação: funções de fiscalização e controle (art. 162 e 163) e as de competência política (art. 161).

⁹⁶ REALE, Miguel. *Parlamentarismo Brasileiro*, p.26.

⁹⁷ MARIOTTI. Alexandre, *op. cit.*, p.30.

Sem discutir a natureza jurídica da lei delegada (ato de delegação e ato do executivo), importa considerar que as normas produzidas pela delegação encontram-se imediatamente inferiores às normas constitucionais no que se refere ao seu nível de eficácia e, embora condicionado, inova o ordenamento jurídico, configurando-se, portanto, um ato normativo primário.

Percebe-se claramente a disponibilidade de utilização da legislação delegada nos Estados contemporâneos que, em virtude dos limites e diretrizes fixadas pelo legislativo, não ferem o princípio da separação dos poderes e nem o do Estado Democrático de Direito. No entanto, o dispositivo tem sido tratado e conduzido, em nosso país, como letra morta na Constituição de 1988, o que nos permite deduzir que outro dispositivo, a Medida Provisória, largamente utilizado, é editado com extrema facilidade pelo Executivo, muito embora esteja legalmente vinculado a pressupostos de excepcionalidade. Este é, no presente trabalho, nosso principal objeto de estudo, o nosso recorte para análise.

3.2.2.2. A Legislação de Urgência

As crises do início do século XX ocasionadas pela necessidade de intervenção do Estado e principalmente pela primeira grande guerra, além de inúmeros outros conflitos em esferas regionais do planeta, acabaram por conduzir a lei a uma concepção de urgência e necessidade não considerada pelos constituintes oitocentistas⁹⁸.

⁹⁸ Muito embora: "Apesar de o Estatuto Albertino de 1848 não haver previsto tal forma de legislação, em 1859, foram expedidos vários decretos-leis, a que chamavam de *Ordinanze d'urgenza*. Tal procedimento foi muito utilizado na prática, em que pese a divergência ocasionada na doutrina

Com a finalidade de assegurar a ordem pública, restabelecer serviços e atender à população desabrigada, foi admitida como forma extraordinária de legislação adotada pelo governo. O decreto-lei, forma primeira de transferência da atividade legiferante do parlamento ao Executivo, tinha, pois, como seu pressuposto a necessidade e a urgência para resolver determinado problema vigente.

Durante o período da guerra, o dispositivo foi também adotado na França (1918) e, devido à resistência parlamentar para sua implantação naquele Estado, passou a exigir ratificação parlamentar. A Constituição de 1958 buscou determinado equilíbrio entre a lei e o regulamento (controle entre legislativo e executivo), já que o segundo também inova o ordenamento. “Normalmente o ato regulamentar e a lei se encontram em pé de igualdade, porquanto regem ambos domínios diferentes, sendo limitada a competência da lei”.⁹⁹

Na Itália, embora utilizado empiricamente desde o final do século XIX, mesmo que o Estatuto Albertino não prevesse o Decreto-lei, segundo Carlo CERETTI, foi expressamente reconhecido na Lei de 1926. “*Nel 1926 con apposita legge costituzionale venne riconosciuta la straordinaria potestà del governo di legiferare a mezzo de decreti legge*”.¹⁰⁰

No constitucionalismo português, a incursão do decreto-lei não foi muito diferente. A Constituição de 1911 consagrou a criação legislativa pelo Governo na forma autorizada pelo legislativo.

“A Constituição de 1933, na sua versão primitiva, continuou a prática dos decretos-leis no uso de autorização legislativa, iniciada como vimos, em 1911, mas apresenta também uma

constitucional de então. A justiça considerou-os válidos o mais das vezes.” O que demonstra que o constituinte italiano de 1908 não partiu do nada para instrumentalizar o executivo na, então, nova ordem. RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*, p.22.

⁹⁹ RANGEL, Leyla Castello Branco. O Poder Legislativo na França. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. n.9, p.249, 1996.

¹⁰⁰ CERETI, Carlo. *Corso di Diritto Costituzionale Italiano*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli Editore. 1958. p.386. No mesmo sentido, VIRGA, Pietro, *op. cit.*, p.365.

inovação importante: a possibilidade de o Governo emanar decretos-leis sem qualquer autorização legislativa, nos casos de urgência e necessidade."¹⁰¹

A Constituição de Weimar adotava medida semelhante para garantir a presença do Estado em casos de grave perturbação ou ameaça da ordem pública.

No Brasil, surgiu com a Constituição de 1937, como forma autoritária do Executivo, com limites fixados por ato de autorização (art. 12) e quando de recesso parlamentar ou dissolução da Câmara de Deputados¹⁰². Com exclusão da Constituição de 1946, foi reeditado pelo Ato Institucional número 2, de outubro de 1965, e previsto na Constituição de 1967.¹⁰³

Nota-se que o inspirador italiano da Medida Provisória brasileira teve sua designação alterada de Decreto-Lei, para "*provvedimenti provvisori com forza di legge*", provavelmente para reduzir o cunho autoritário emanado pelo antiga terminologia adotada durante o fascismo, embora o § 3º do art. 77 da Constituição Italiana o denomine decreto. Do mesmo modo ocorre no Brasil, passando de Decreto-Lei da C.F. de 1967 para Medida Provisória pelo constituinte de 1988.

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional ...*, p.695.

¹⁰² HORTA, Raul Machado. *Estudos...*, p.563.

¹⁰³ *Idem*, p.564.

Parte II - LIMITES PARA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

1 ORIGEM

1.1 DECRETO-LEI E MEDIDA PROVISÓRIA

O Decreto-lei, antecedente constitucional da Medida Provisória, tem sua incursão definitiva no sistema constitucional brasileiro pelo constituinte de 1967. Também a Constituição de 1937, permitia larga competência legislativa ao poder Executivo, influenciada por um período histórico completo de nuances autoritárias, especialmente marcado pelas páginas nazista (Alemanha) e fascista (Itália), portanto época de acentuadas desconfianças. E, acabou por não vigorar no Brasil.¹⁰⁴

Suprimidos da Constituição de 1946, juntamente com a delegação legislativa, os decretos com força de lei ressurgem na Carta de 1967 (art. 58), visando a acentuar os poderes do presidente. Posteriormente foram reforçados pela Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 (art. 52 e seguintes).

Essa Emenda permitia a utilização do instituto em matérias que versassem sobre: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, e criação de cargos públicos. No entanto, a persistente violação desses limites, transformou o decreto-lei no principal instrumento de arbítrio, conduzindo a ordem jurídica ao autoritarismo experienciado pelo empirismo pátrio. Essa arbitrariedade do Executivo levou as forças políticas a atuarem em favor da transição do dispositivo para uma

¹⁰⁴ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.37

nova conotação democrática que resultou, com a Constituição de 1988, na Medida Provisória.¹⁰⁵

A natureza jurídica do Decreto-lei apresenta explícitas distinções face à Medida Provisória. Torna-se importante salientar que a própria sistematização constitucional de 1967 era distinta da constituição de 1988; porquanto sua interpretação à guisa dos princípios que regem cada sistema apresenta carga valorativa diferenciada, bem como observações particularizadas, por vigorarem em momentos históricos adversos, embora se possa também identificar características análogas.¹⁰⁶ Não obstante, o constituinte de 1988 ampliou a atuação do Congresso Nacional, em especial na função de controle.

“A expressão [decreto-lei] não possui sentido unívoco em diferentes países, nem mesmo no país em diferentes épocas”,¹⁰⁷ além de ser usada para designar os atos legislativos do governo, ora para veicular regulamentos, ora para leis delegadas e ora para legislação de urgência.¹⁰⁸

Analisando apenas sob o último enfoque, vejamos algumas distinções entre o Decreto-lei e a Medida Provisória:

- Os pressupostos que autorizavam a edição do Decreto-lei eram ou a urgência ou o relevante interesse público, admitindo-se apenas um deles. É o que se deduzir pela utilização da expressão “ou” (art. 55 C.F. de 1967, *caput*). A Medida Provisória exige relevância e urgência, aceitando aplicação apenas em

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Fran. As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n.110, p 38–139, 1990.

¹⁰⁶ DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos da Medida Provisória*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica. 1997. p.51. Em relação ao constitucionalismo brasileiro, o autor diz que: “As Medidas Provisórias atualmente consagradas pela Constituição de 1988, em quase nada diferem dos Decretos-Leis, o que, aliás, é reconhecido pela melhor doutrina italiana e espanhola”.

¹⁰⁷ SAMPAIO, Nelson de Souza, *op. cit.*, p.79.

¹⁰⁸ Idem.

casos que envolvam o concurso de ambos os pressupostos (art. 62 C.F. de 1988).

- Através do Decreto-lei era permitido ao Executivo o aumento da despesa pública (art. 55 *caput* da C.F. de 1967); quanto a Medida Provisória o constituinte não se pronunciou no mesmo sentido.

- O período de eficácia do Decreto-lei era de sessenta dias a partir da publicação (art. 55 § 1º da C.F. revogada), enquanto que na Medida Provisória a eficácia é de trinta dias.

- O Decreto-lei, em conformidade com o art. 51, §3º da C.F. anterior, cuja redação foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 22 de 1982, na ausência de manifestação do Congresso Nacional durante o prazo de sua vigência (sessenta dias), era considerado aprovado pelo parlamento (aprovação tácita) e conseqüentemente convertido em lei. Difere da Medida Provisória, pois esta perde sua eficácia "*ex tunc*", ou seja, desde a sua edição, em caso de não conversão em lei pelo Congresso Nacional no prazo de sua vigência, em conformidade com o artigo 62, § único da atual C.F.

- Nos casos em que o Congresso Nacional rejeitasse o Decreto-lei durante o prazo da sua vigência, não eram anulados os atos praticados sob sua égide, nem mesmo era exigida a regulação posterior dos efeitos desses atos, uma vez que permaneciam eficazes. Porém, os efeitos dos atos praticados em obediência à Medida Provisória, em caso de sua não conversão em lei dentro de trinta dias, devem ser regulados pelo Congresso Nacional (art. 62, § único, parte final da C.F. de 1988).

- As matérias suscetíveis de regulamentação pelo Decreto-lei eram definidas na Carta Magna, ou seja, questões relativas à segurança nacional,

criação de cargos públicos e fixação de seus vencimentos, e ainda questões de finanças públicas, incluindo matéria tributária (art. 55, I, II e III da C.F. de 1967) Já o constituinte de 1988 não se pronunciou quanto à definição de matérias pertinentes à regulamentação através de Medida Provisória.

- Por fim, o texto constitucional revogado não admitia qualquer espécie de emenda ao instituto da legislação de urgência no ato de conversão. Em não se manifestando a respeito do assunto, a Constituição de 1988 confere a larga doutrina à possibilidade de se pronunciar favoravelmente na aceitação de emenda no processo de conversão da Medida Provisória em lei.¹⁰⁹

Diante do exposto, é notória a diferenciação existente entre o antigo Decreto-lei e a atual Medida Provisória. Embora se possa afirmar que o instituto do Decreto-lei havia explícito os seus limites materiais, o que permite uma definição mais específica de seu perfil constitucional, a Medida Provisória resguarda melhor o princípio Democrático do Estado de Direito, porquanto a participação do Poder Legislativo no processo de conversão em lei é obrigatório. Em não ocorrendo (essa participação), não há conversão, e a Medida Provisória perde sua eficácia desde a sua concepção. Esta diferença é fundamental para a observação da evolução de um instituto em relação ao outro. Cresce a interdependência entre os poderes, aumenta o poder de controle do parlamento e oferece mais subsídios para a participação do judiciário no controle de constitucionalidade dos atos legislativos do poder Executivo. Portanto, a superação da cultura autoritarista é substancialmente relevante para levar a cabo os preceitos democráticos oferecidos pela Carta atual, até mesmo porque a jurisprudência do STF entendia que os pressupostos de urgência ou de

¹⁰⁹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Emendas em Medida Provisória. *Revista de Direito Público*, p.145, jan./mar., 1990. No mesmo sentido, dentre outros, CLÈVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.39 e 128.

relevante interesse público compreendia discricionariedade do Executivo, o que lhe atribuía total liberdade no que se refere à edição do Decreto-lei.¹¹⁰

1.2 DECRETO-LEGGE E MEDIDA PROVISÓRIA

O artigo 77 da Constituição italiana de 1947 prevê que, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo possa emitir "*provvedimenti provvisori com forza di legge*". O ato legislativo de urgência que inspirou o constituinte brasileiro de 1988 é um dispositivo criado no sistema parlamentarista, conquanto o Poder Constituinte pátrio elaborava uma constituição para o referido regime de governo.

Evidencia-se que há notória semelhança entre o dispositivo italiano e a Medida Provisória¹¹¹, em especial no que se refere aos quesitos procedimentais e aos efeitos normativos. Todavia, é pertinente o destaque das distinções, no sentido de caracterização da Medida Provisória frente ao mecanismo italiano. Inobstante as

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 62.739 Relator: Ministro Alidiomar Baleeiro *Revista Trimestral de Jurisprudência, (Brasília)*, v.44, p.54, abr. 1968. Do: "Decreto-lei no regime da Constituição de 1967: 1. A apreciação dos casos de 'urgência' ou de 'interesse público relevante', a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso."

No mesmo sentido, do mesmo relator: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 62.731 Relator: Ministro Alidiomar Baleeiro *Revista Trimestral de Jurisprudência, (Brasília)*, v.62, p.819, dez. 1972. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 74.096 Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro: "Imposto de Importação. Majoração decorrente do D.L. 333 – 67 aprovado pelo Congresso Nacional. Os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário".

¹¹¹ HORTA, Raul Machado. *Estudos...*, p.580. O autor analisa: "Basta a comparação entre o art. 62 e seu parágrafo da Constituição do País e o art. 77 da Constituição Italiana: a denominação do ato legislativo, a força de lei, a apresentação imediata, a convocação extraordinária em caso de recesso, a reunião no prazo de cinco dias, a perda da eficácia desde o início ou da edição, a conversão em lei, em prazo a contar da publicação, a regulamentação das relações jurídicas decorrentes da Medida não convertida".

diferenças entre os sistemas constitucionais em que estão inseridos, outras distinções são passíveis de identificação.

Não é preciso reafirmar que um sistema constitucional carrega princípios fundamentais que remontam a peculiaridades históricas e culturais do país em que está inserido. A determinabilidade de conceitos existentes no texto normativo segue hermenêutica sistemática própria. "Alguns princípios são fundamentais na linguagem da própria estrutura constitucional".¹¹²

Além das peculiaridades sistemáticas, observam-se algumas divergências testamentárias: o tempo de eficácia, que no Brasil perdura por trinta dias, na Itália perdura por sessenta, a contar da publicação da medida. Enquanto os pressupostos italianos para edição dos "*provvedimenti provvisori con forza di legge*" fundamentam-se na extraordinária necessidade e urgência, para a Medida Provisória são a urgência e a relevância.¹¹³ Outra diferença reside na atuação parlamentar nos casos de não conversão da medida de urgência em lei. O ordenamento brasileiro obriga o Poder Legislativo a regular as relações produzidas pela Medida Provisória não convertida, ao passo que o ordenamento italiano faculta (pela expressão "poderá") ao Legislativo o regulamento dessas relações. Além disso, os "*provvedimenti provvisori*" são veiculados por decretos, daí a expressão "*decreto-legge*", e a Medida Provisória é espécie normativa autônoma, pois os decretos veiculam atos administrativos, políticos, e até mesmo regulamentos.¹¹⁴

¹¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*, p. 35.

¹¹³ É pertinente a opinião de Raul Machado HORTA: "Casos extraordinários de necessidade e de urgência ensejam verificação mais rigorosa, no juízo de admissibilidade, que o caso de 'relevância e urgência', refletindo redação mais branda na primeira parte, pois a relevância, sempre sujeita a avaliação subjetiva e discricionária, não dispõe da energia e da evidência objetiva dos casos extraordinários de necessidade e de urgência". (HORTA, *Estudos...*, p. 581)

¹¹⁴ CLÉVE, Clèmerson Mèrlin. *Medidas Provisórias*, p.46.

Dentre as distinções, em que pese as diferenças terminológicas constantes nos textos dos artigos 62 da C.F. brasileira e 77 da Carta Italiana, maior relevância compreende a diferença entre os órgãos competentes para a emanação do ato legislativo, já que no Brasil compete ao Presidente da República (chefe do Governo e do Estado) e na Itália ao Governo, no concernente ao regime Parlamentarista.

No Parlamentarismo italiano, como no regime clássico, o Presidente é eleito pelo parlamento, e o Governo (presidente do Conselho) é nomeado pelo Presidente da República e pelos ministros. Esta relação é reforçada pela possibilidade de revogação da confiança por qualquer uma das duas câmaras (que compõe o Congresso) mediante moção. De todo esse aparato parlamentarista, é mister que se evidencie o caráter dialético das decisões colegiadas, garantindo a legitimidade do governo pela sustentação política. Pois o "*decreto-legge*" compreende a responsabilidade do conselho de ministros frente às câmaras. Isso não ocorre com a Medida Provisória, porquanto ela representa a vontade unipessoal do Presidente da República, na sua inserção no regime constitucional presidencialista. Esta particularidade do ordenamento brasileiro em relação ao instituto italiano suscita uma atuação mais estreita do Congresso Nacional nos limites da atuação do Executivo. Isso se justifica porque o Governo de gabinete tem como sustentação em sua formação um conjunto de representantes do partido ou uma coligação majoritária. Essa estreita correlação entre os poderes Executivo e Legislativo, já mencionada na primeira parte do presente trabalho, permite, de certo modo, o controle parlamentar desde a edição do ato de urgência, haja visto a aquiescência do legislativo pelo voto de confiança das câmaras. Naquele País, a influência da maioria parlamentar confere o caráter democrático na eleição do governo e também na possibilidade de retirada do seu poder governamental.

A representatividade legislativa que assegura o princípio da indelegabilidade, especialmente importante na elaboração da lei primária, reduz o caráter autoritário na edição do “*decreto-legge*” em relação à Medida Provisória, através dos debates entre Governo e parlamento pela própria formação do Executivo. isso permite uma limitada analogia entre o “*decreto-legge*”, conforme alude Pietro VIRGA: “*Le forme del decreto-legge sono analoghe a quelle esaminate per la legge delegata. Occorre una deliberazione de Consiglio dei ministri ed un decreto di emanazione del Presidente della Repubblica*”.¹¹⁵

A divergência doutrinária brasileira é marcante no que diz respeito à influência do regime de governo sobre a questão da arbitrariedade do Executivo que, em última análise, está diretamente relacionado ao princípio democrático aludido no artigo 1º § único da C.F. de 1988. Para HORTA, o sistema de governo é característica relevante e definitiva:

“Na Itália, os *provvedimenti provvisori* dependem de iniciativa do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, e a iniciativa atrai desde logo a responsabilidade do Governo, como dispõe a Constituição. No Brasil a iniciativa das Medidas Provisórias pertence, isoladamente, ao Presidente da República, juiz monocrático se sua relevância e urgência, no exercício de competência privativa (Constituição da República, art. 84, XXVI). A posição que ocupa o Presidente da República no regime presidencial aconselha que a análise e a aplicação das Medidas Provisórias reflitam as peculiaridades desse regime, dentre elas o exercício monárquico do Presidente da República, Chefe de Estado e Chefe de Governo.”¹¹⁶

Para além da interpretação que interessa exclusivamente ao instituto do ato normativo de urgência, disserta Paulo BONAVIDES:

“Em nossa humilde opinião, o sistema parlamentarista contemporâneo, que remove a pretensa incomunicabilidade dos poderes, que impõe a supremacia do legislativo e constitui ordem qualitativamente superior de organização política do Estado, é o sistema que mais se compadece com a moderna proteção constitucional da liberdade, proteção que deixa de ser preponderantemente jurídica (democracia presidencialista) para se tornar política, dissolvendo, contudo, a antinomia Estado - indivíduo.”¹¹⁷

¹¹⁵ VIRGA, Pietro, *op. cit.*, p.367.

¹¹⁶ HORTA, Raul Machado. *Estudos...*, p.581.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ...*, p.86.

Opinião adversa assume Eros Roberto GRAU, para quem o sistema de governo não concerne essencial relevância para o instituto: “[...]não merece tamanha importância, [...], o fato de o constituinte ter buscado inspiração, para a redação do art. 62, ao tempo em que elaborava uma constituição para o regime parlamentarista, no art. 77 da Constituição italiana”.¹¹⁸

Mesmo que a conformação constitucional moldada pelo regime de governo detenha uma marcante influência na interpretação sistemática, que comporta a visão do todo constitucional em cada norma da Carta, partilhamos da idéia de que as peculiaridades brasileiras dependem de hermenêutica própria. A adaptação do dispositivo italiano ao sistema pátrio requer mais que sua simples aplicação. O transplante de um instituto normativo em outro ordenamento, que não o de origem, implica em uma contextualização de todos os princípios que norteiam a constituição na interpretação da norma referida, bem como na criação de mecanismos que permitam sua aplicação no contexto do novo sistema sem ferir os princípios que o regem.

A observação da experiência italiana é imprescindível, porém, numa visão teleológica, é certo que no Brasil o dispositivo reclama maior censura, provavelmente mais que o próprio decreto peninsular. Pois a impossibilidade do legislativo retirar o poder governamental do Presidente da República, no presidencialismo, exige uma participação do parlamento mais ativa.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.658, p.241, ago. 1990.

2 REGIME JURÍDICO

Tanto a Medida Provisória (sucedâneo do Decreto-lei) quanto os “*Provvedimenti Provisori*” (veiculados por *Decreto-legge*) são autorizações constitucionais expressas, portanto, lícitas e, no campo competencial, parece não haver maiores discussões quanto à sua legitimidade. Conquanto a teorização do próprio MONTESQUIEU já salvaguardasse a intercomunicabilidade entre os poderes, que no Estado Contemporâneo logra compreensão da necessidade de freios e contrapesos caracterizados pela interferência de cada um dos poderes na órbita funcional dos demais, a alegação de que a lei pertence ao monopólio do poder Legislativo, para uma definição da natureza jurídica da Medida Provisória, não é afirmação intransponível.

Na Itália, o Estatuto Albertino não previa os “*Decreti-legge*”, no entanto, o Governo utilizava “*provvedimenti arbitrari*”, portanto inconstitucionais, motivo pelo qual alguns autores justificavam essa utilização pelo reconhecimento da necessidade como fonte autônoma de direito e os reconheciam como uma gestão negocial do Executivo em favor do Legislativo.¹¹⁹

Com a constitucionalização do “*Decreto-legge*” e sua influência em outras constituições, como no caso do Brasil, criou-se uma variada interpretação doutrinária

¹¹⁹ VIRGA, Pietro, *op. cit.*, p.365.

com relação ao perfil constitucional do instituto. Para alguns autores, a natureza administrativa do ato permanece, Marco Aurélio GRECO sustenta essa tese:

“A previsão contida no art. 59 de que o processo legislativo compreende também as medidas provisórias não lhes outorga natureza legislativa, pois o sentido da inclusão está em que elas tendem a se converter em lei (art. 62, parágrafo único), ou seja, é uma hipótese especial de produção legislativa.

Em suma, a C.F. no seu art. 62 autoriza o Presidente da República a praticar um ato de natureza administrativa (pois corresponde à aplicação dos princípios maiores que regem o ordenamento constitucional), ao que ela atribui força de lei, o que não seria possível se não houvesse tal previsão expressa.”¹²⁰

Outro entendimento segue Antônio Celso di MUNNO CORRÊA, para quem a Medida Provisória é: “[...] um projeto de lei dotado de eficácia liminar (a provisória, na hipótese de sua não conversão em lei, por ato do Congresso Nacional. [...].

Essa eficácia liminar, antecipada, é o que o Direito Constitucional positivo chama de ‘força de lei’”.¹²¹

Na esteira da eficácia liminar do instituto, Saulo RAMOS, ao comparar o ato legislativo com mecanismos do direito privado, atribui à Medida Provisória um poder cautelar. Esse poder de cautela legislativa tem o objetivo de impedir a consumação do “*periculun in mora*”, fortalecendo a atividade estatal.¹²²

¹²⁰ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991. p.16. No mesmo sentido FIGUEIREDO, Fran, *op. cit.*, p. 146. O autor alude: “Trata-se de um provimento emanado da administração pública para preservar um interesse público violado ou ameaçado.

[...]

Aqui valem dois reparos na elaboração técnica da Constituição e na concepção da medida provisória. Em primeiro lugar, porque as mesmas não poderiam inserir-se como integrantes do processo legislativo (C.F. art. 59, item V), pelo seu caráter de provisoriedade e porque não lhes assiste, como vimos, a necessária condição de lei.” Esta interpretação também é seguida por ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Fabesp, 1998. p. 127. Que seguindo os dizeres de GRECO, assegura: “Embora ela figure no art. 59 da Constituição como um dos mecanismos que compõe o processo Legislativo, na verdade ela é ato administrativo unilateral do Presidente da República.”

¹²¹ CORRÊA, Antônio Celso di Munno. *Medida Provisória: Maturidade. Prorrogação. Ato Jurídico Perfeito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.11, p.299, abr./jun. 1995.

¹²² RAMOS, Saulo. *Medida Provisória*. In: A NOVA ordem constitucional: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 530. Posição idêntica, seguida de caráter administrativo, adota DINIZ, Vânia Fernandes. *Medidas Provisórias: sua especificidade precária e a infringência de direitos adquiridos. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.36, p.207, out./dez. 1997. A autora sustenta: “De qualquer sorte, trata-se, a medida provisória, de provimento oriundo da Administração Pública para preservar um interesse público violado ou ameaçado, de nítido caráter cautelar, que a Constituição, por meio da condição de posterior ratificação parlamentar, confere força de lei pelo prazo de trinta dias tão somente.” Também, MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações Sobre as*

Para Carlos Roberto RAMOS, o instituto corresponde a um ato político, ou mesmo governamental:

“Por ser então a Medida Provisória ato governamental ou político, a edição ou o juízo de oportunidade e conveniência da edição da mesma é inatacável judicialmente. Cabe, outrossim, ao Judiciário a aferição da ocorrência dos pressupostos constitucionais habilitantes: relevância e urgência (art. 62 da Constituição Federal).”¹²³

Outros autores conferem à Medida Provisória natureza jurídica própria, ou não se pronunciam a respeito. Boa parte procura diferenciar o instituto da lei ordinária. Conforme ÁVILA:

“Medida Provisória não é lei. Fosse-o, não precisaria de ser convertida. Lei é ato normativo elaborado publicamente por poder de estrutura decisional democrática, com competência materialmente incondicionada para a prática de ato com eficácia plena (e revogatória) [...]. Medida Provisória é ato normativo elaborado por poder de condução política, com competência materialmente condicionada para a prática de ato com eficácia transitória e não revogatória, condicionada a aprovação do Congresso Nacional.”¹²⁴

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, sem sustentar parecer acerca do regime jurídico do dispositivo, afirma a sua distinção existente entre a Medida Provisória e a lei, destacando o caráter de excepcionalidade do instituto para regulamentar determinadas matérias, o que não ocorre com a lei. As Medidas Provisórias têm duração de trinta dias, enquanto as leis vigoram por tempo indeterminado ou, quando determinado, o prazo é fixado no próprio texto legal. Podem as primeiras serem rejeitadas pelo Congresso Nacional, pois não depende do órgão que a editou, facultando ao parlamento sua rejeição a qualquer momento, ao passo que a lei é de decisão apenas parlamentar. Em não ocorrendo conversão da Medida Provisória em lei, perde sua eficácia desde o início (“*ex tunc*”), já a lei

Medidas Provisórias. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, p.204, jun. 1990.. “A outorga constitucional ao Presidente da República, desse poder de cautela, representa um meio juridicamente idôneo e apto a impedir, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do *periculum in mora*, e a tornar possível, em consequência, a útil e eficaz prestação legislativa do Estado.”

¹²³ RAMOS, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.63.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*, p.134.

revogada cessa sua eficácia "ex nunc". Além disso, o ato do Executivo depende dos pressupostos de "urgência e relevância", desnecessários na elaboração da lei.¹²⁵

Substancialmente relevante é a comparação aferida pelo eminente jurista, porque sua análise se funda sob o conceito formal de lei, permitindo consideração restritiva quanto à posição sustentada,¹²⁶ uma vez que a relação com o conteúdo é fundamental para o entendimento do instituto na sua essência.

A sustentação de que a Medida Provisória é compreendida entre as espécies legislativas é assinalada por, dentre outros, Eros Roberto GRAU, ao assegurar que: "medida provisória é lei especial, dotada de vigência provisória imediata."¹²⁷ Esta posição, crescentemente adotada pela doutrina, embora distante de unanimidade, se deve especialmente à diversidade legislativa adotada na contemporaneidade. Além disso, a Medida Provisória inova o ordenamento jurídico e revoga lei ordinária, integrando, portanto, o rol das fontes legislativas primárias.

A opinião em voga impõe a necessidade de uma abordagem mais aprofundada juntamente com a análise do próprio conceito de lei, já que a Medida Provisória tem características próprias e também é compreendida a partir de um ordenamento que lhe é próprio, conforme anteriormente visto.

A compreensão da Medida Provisória como ato de natureza legislativa, admitindo sua equiparação à carga de juridicidade atribuída à lei, decorre do próprio

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.76–77. Do mesmo autor. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.95 p.28–29, jul./set.1990. Estas distinções permitem ao publicista concluir que: "[...] seria erro gravíssimo analisá-las [as Medidas Provisórias] como se fossem leis 'expedidas pelo Executivo' e em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normalizadoras equivalentes às das leis".

¹²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.55. Para o autor: "É comum na doutrina brasileira reduzir a expressão lei à significação própria de lei formal". Em sentido semelhante: MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.68–69.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na...*, p.241. Em igual sentido. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p.530. MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p. 69. Para quem: "[...] seu regime jurídico tem peculiaridades em

enunciado constitucional, a força de lei, pois, mesmo que seu tempo de eficácia esteja limitado a trinta dias pelo constituinte, durante esse período a medida possui idêntico nível hierárquico e conseqüentemente a capacidade de produzir os mesmos efeitos que a lei parlamentar.

No entanto, embora seja desnecessário repetir, no ordenamento jurídico a lei assume diferentes significados, em especial se observada sob o ponto de vista material. Na explicação de Clèmerson Mèrlin CLÈVE:

"[...] a expressão [lei] aparece no art. 5º, caput, como sinônimo de ordem jurídica ('Todos são iguais perante a lei'); no art. 5º, XXXIX, é utilizada como ato legislativo votado pelo Congresso – neste caso, com sentido de lei ordinária ('Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'); no art. 5º, XXXV, emerge com o sentido de qualquer norma jurídica, inclusive constitucional, se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV [...] e, finalmente, no art. 173, § 3º, reclama ser compreendida como qualquer ato legislativo exceto a resolução e o decreto legislativo [...]. A leitura da constituição exige que o intérprete descubra o sentido adotado pelo Constituinte em cada artigo, parágrafo, inciso ou alínea, para a palavra lei."¹²⁸

Não obstante, as exigências contemporâneas vêm atribuindo concepção diferente à lei da tradicionalmente conhecida, passando de um comando geral e abstrato para um direcionamento de adequação às atividades assumidas pelo Estado. Gustavo ZAGREBELSKY identifica as leis de acordo com suas especificidades: (I) leis – provimento, que alcançam resultado direto, portanto não são abstratas, pois não exigem atividade executiva, mesmo sendo regras gerais; (II) leis – contrato, que regulamentam relações entre particulares, fixam garantias às atividades que exijam investimentos particulares; (III) leis – incentivo, que compreendem os incentivos estatais, auxílios fiscais, financiamentos especiais, que, como as leis – contrato, não apresentam caráter autoritário, mas de negociação com a iniciativa privada; (IV) leis – programáticas, compreendidas pelas leis que estabelecem metas a serem atingidas, quer seja pela administração, quer por

relação à lei de origem parlamentar, mas é basicamente o mesmo". CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.53.

¹²⁸ CLÈVE, Clèmerson Mèrlin. *Medidas Provisórias*, p.55.

particulares, ou ainda envolvendo concurso de ambas as esferas (pública e privada), como as leis sociais; (V) leis – princípio (ou leis – quadro), que se limitam ao estabelecimento de amplos critérios, exigindo, por conseguinte, atuação legislativa secundária do poder Executivo. Estas não regulamentam diretamente as situações jurídicas, mas estabelecem direção principiológica de necessária observância pelas autoridades na condução da administração; (VI) leis de procedimento, que se delimitam por organizar amplos e complexos procedimentos, envolvendo ampla gama de entidades públicas e privadas, como manifestações sociais na atividade pública; (VII) leis de finanças, que compreendem as previsões orçamentárias e as leis tributárias.¹²⁹

Sob o enfoque formal da lei, aqui entendido como ato emanado pelo Congresso Nacional, através de processo que pressupõe debate na formação da lei, é obvio que não se pode compreender a Medida Provisória. Daí a necessidade de submeter o ato normativo de urgência à imediata análise do parlamento, com a finalidade de passar de ato provisório, sujeito à rejeição, para ato dotado de maior permanência e reconhecido formalmente como lei pelo constituinte ou, como alude CLÈVE: “uma espécie de lei (a medida provisória: [...]) é convertida em outra espécie de lei (a lei formal, no caso, lei ordinária: ato permanente)”.¹³⁰ Segundo o autor, então, Medida Provisória é lei material, mas não formal.

A discussão sobre a lei formal e a lei material (preponderância de uma em relação à outra, apesar de que ambas concebem o conceito de lei) que perdura no constitucionalismo contemporâneo, cujo formalismo atinge seu apogeu com

¹²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1993. v.1, p.156-161.

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, p.60.

KELSEN, juntamente com a Escola de Viena,¹³¹ embora não seja objeto essencial do estudo em questão, permite distinção entre as diferentes posições doutrinárias no que concerne à natureza jurídica da Medida Provisória.

Para Paulo BONAVIDES, a proliferação dos decretos-leis, juntamente com outros mecanismos de celeridade legislativa (como a formação de comissões com conhecimentos técnicos específicos) manifestam o aumento da “politicidade” da lei.

“A lei e a Constituição tomam assim cada vez mais a dimensão de um conceito ‘político’, na acepção schmittiana de lei-ato, lei-medida, lei-decisão, lei-comando, lei-decreto, lei-medida provisória, ou seja, lei que é a expressão de uma vontade concreta ou de um poder soberano cuja legitimidade deriva de seu próprio caráter de estadualidade, isto é, de sua natureza de poder estatal.”¹³²

A crescente intervenção do Estado na atividade social (*Welfare State*), e a incessante busca por resultados na efetivação dos direitos sociais altera a concepção de lei fundada no Estado Liberal. A ânsia de aproximar a lei da realidade, mais do que da forma textual, faz com que a preocupação com o seu conteúdo tenha preponderância sobre os preceitos formais, permitindo inclusive que, em casos de “urgência” e “relevância”, os referidos preceitos possam ser inseridos posteriormente ao ato legislativo.

Essa retomada da concepção material da lei, que já era encontrada nos pensadores iluministas, entre eles Locke, Montesquieu e Rousseau, enquanto tinha como pressuposto a defesa da liberdade, encontra notável cunho político na atualidade como pressuposto dos resultados desejados pela população cada vez mais exigente, depois de um colapso oriundo da emergência da classe burguesa ao poder (Estado Moderno).¹³³

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.150.

¹³² *Idem*, p.161.

¹³³ Ver CLÈVE, Clèmerson Mérlin. *A Lei no Estado Contemporâneo*, p.125.

As discussões oriundas dessa “politização”, como sinônimo de preocupação com o conteúdo da lei (concepção material), em especial no caso da Medida Provisória, são evidentes. De um lado, a pertinência do instituto, como possibilitador das demandas urgentes do Executivo; de outro, a possibilidade de tornar-se um instrumento de arbitrariedade do Presidente da República na condução política de decisões sem retorno.

Face à citada abrangência e diversidade de enfoques que a lei recebe na atualidade, adicionada ao grande leque de atribuições, por necessidade, conferidas ao poder Executivo, parece ser possível a atuação legislativa governamental. Conquanto a legislação de urgência se reveste de uma atividade normativa primária, por modificar o ordenamento e produzir efeitos no mundo jurídico idênticos aos da lei ordinária durante o prazo de sua existência, e por conferir ao Congresso necessariamente a regulamentação dos efeitos dela oriundos se não convertida em lei (art. 62, § único), identificar a natureza jurídica da Medida Provisória com a da lei, não é reduzir a lei ordinária ao caráter autoritário do poder Executivo, mas antes disso, significa conferir ao instituto normativo de excepcionalidade um tratamento com a devida seriedade no contexto legislativo do país.

3 PRESSUPOSTOS PARA EDIÇÃO

3.1 PRESSUPOSTOS FORMAIS

O art. 62 da Constituição Federal de 1988 confere à medida provisória dois pressupostos de natureza formal, ou seja, a competência do Presidente da República para emanção do ato e a imediata submissão a apreciação do Congresso Nacional.

Quanto ao primeiro, a discussão parece estar em torno da possibilidade de edição de Medidas Provisórias por outros representantes do poder Executivo nas esferas estadual e municipal. No que diz respeito ao Decreto-lei, a Constituição anterior não permitia a utilização do instituto nas demais esferas da federação. No que concerne à Medida Provisória, a atual Constituição não exprime tal vedação, permitindo que haja divergência quanto à opinião doutrinária.

Considerando que nos demais níveis federativos (estados e municípios) também existem casos de urgência e relevância, é possível a utilização, pelo Executivo, do ato legislativo de urgência, conquanto esteja previsto na Constituição Estadual e na Lei Orgânica municipal.¹³⁴

¹³⁴ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p.509. Observa o autor: "[...], o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas do 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 Legislativo local, [...]." No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto Bergmann,

Mesmo que se reconheça essa possibilidade, temos que admitir que os poderes dos entes federativos, embora com o crescimento oriundo do advento da Constituição de 1988, empiricamente ainda não atingiu seu ponto ideal. Além disso, seus órgãos legislativos são unicamerais. A insegurança da utilização do instituto está explícita nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas, pois, em geral, não contemplam a Medida Provisória.¹³⁵

A apreciação do Congresso Nacional consubstancia uma das principais alterações do instituto da Medida Provisória em relação ao Decreto-lei, no sentido de que o silêncio congressional implica a rejeição da medida. Essa participação parlamentar tem nitidamente o objetivo de coibir abusos do poder Executivo.

A intervenção do Congresso "*a posteriori*" é fundamental para a efetivação do princípio democrático. O crescimento do poder parlamentar em face desse dispositivo estabelece que a ausência de manifestação acarreta a perda dos efeitos desde a emissão da medida. Após editada, a Medida Provisória foge da alçada do Poder Executivo, não podendo este impedir ou retirá-la da apreciação do Congresso Nacional, pois, "essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, insubstituível e insuprimível."¹³⁶

3.2 PRESSUPOSTOS MATERIAIS

op. cit., p.77; CLÈVE, Clemerson Mérin. *Medidas Provisórias*, p.153. Em sentido contrário: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.609-610; TEMER, Michel, *op. cit.*, p.152. Para quem: "[...], as medidas provisórias só podem ser editadas pelo Presidente da República. Não podem adotá-las os Estados e os Municípios. É que a medida provisória é exceção ao princípio segundo o qual legislar compete ao Poder Legislativo. Sendo exceção, a sua interpretação há de ser restritiva, nunca ampliativa." O autor adota esta posição desde a oitava edição da sua obra, antes disso era favorável à adoção do instituto nos demais entes federativos.

¹³⁵ CLÈVE, Clemerson Mérin. *Medidas Provisórias*, nota p.154. "Substanciam exceções as Constituições dos Estados de Santa Catarina, Tocantins, Piauí e Acre."

¹³⁶ LEX (178): 54, ADIN nº 293 – 7/600 – DF. Relator: Min. Celso de MELLO: Ementa.

3.2.1 A Determinabilidade dos Requisitos

A edição do Decreto-lei tinha como pressupostos ou a urgência da matéria ou a sua relevância em face do interesse público (art. 55 C.F. 1967/69). Não exigia, portanto, o concurso de ocorrência, e cabia mormente ao Presidente da República o juízo de valor sobre a intensidade do pressuposto que possibilitava a emissão do dispositivo. Essa avaliação política ainda compete ao Presidente, porém, quando provocado, ao poder Judiciário compete, sob a via do Controle de Constitucionalidade, avaliar o alcance dos pressupostos de relevância e urgência atribuídos concursalmente à edição da Medida Provisória.¹³⁷

A investigação ocorre posteriormente à emanção do ato, tanto pelo Congresso Nacional, quanto, se for o caso, pelo Judiciário.

Para MARIOTTI, não representa a jurisprudência atual relevante distinção face ao Decreto-lei, pois a este já era entendido que a revisão judicial seria possível nos casos em que o poder discricionário do Executivo atingisse o absurdo, tocando no arbítrio:

“Apesar da utilização de expressões diferentes, não parece que o controle do ‘abuso manifesto’ na edição de medidas provisórias queira dizer coisa substancialmente diferente da repulsa ao ‘arbítrio’ admitida em tese quanto a utilização do decreto-lei. Ambas estão a significar, salvo melhor juízo, que somente as hipóteses em que a ausência dos pressupostos constitucionais seja manifesta ensejam a revisão judicial do juízo do Presidente da República.”¹³⁸

¹³⁷ Cf. Art. 5º XXXV da C.F.: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹³⁸ MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.73.

No entanto, a importância dos pressupostos (urgência e relevância) é que conduziu o constituinte à permissão da quebra temporária do monopólio legislativo em favor do Executivo e constituem, para além de uma permissão, um dever de atuação do Presidente da República, com possibilidade de penalidade se houver omissão. “A definição jurídico constitucional de procedimento omissivo conexas-se com uma exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais.”¹³⁹ Assim, pela interpretação sistemática, é possível atribuir aos quesitos de urgência e relevância limites interpretativos. Se considerarmos referidos pressupostos como conceitos indeterminados, não compatibilizaríamos com a possibilidade de apreciação pelo Judiciário sobre o mérito desses requisitos. Para GRAU, é exigível determinabilidade para que sejam conceitos. Além disso, cabe ao Presidente da República a motivação dos pressupostos,¹⁴⁰ que, para cada caso concreto, deixam de ser indeterminados.

Almiro do COUTO E SILVA, distinguindo aplicação de conceitos jurídico indeterminados de discricionariedade, alude:

“O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa.”¹⁴¹

É, portanto, passível que ao judiciário, se acionado, caiba a verificação final das circunstâncias de urgência e relevância, como guardião da Constituição, através do STF (art. 102 da C.F.). Pois podem ser indeterminados para a análise da norma (geral e abstrata) do art. 62 da C.F, mas são determinados em concreto.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra Editora, 1994. p. 482.

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias...*, p. 242.

¹⁴¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.179-180, p.60, jan./jun. 1990.

3.2.2 Relevância

A menção do art. 62 da C.F. não deve ser entendida como autorização para uma excepcionalidade em sentido de crise, por estarem estas disposições de crise, dispostas no título V da C.F.¹⁴² Mesmo assim, está claro que não é sob qualquer interesse que se funda a edição da Medida Provisória. O pressuposto de relevância está condicionado à importância da emanção do ato, à gravidade do caso, analisados segundo os princípios constitucionais. A tentativa de determinação “*a priori*” (anteriormente à edição) deve considerar a indispensabilidade, a preeminência, a essencialidade, enfim a exigência da edição da medida vinculada ao interesse público.¹⁴³

Contudo, o pressuposto da relevância, que pressupõe a edição de Medida Provisória deve ser dotada de excepcionalidade mais rigorosa do que a motivação do processo legislativo ordinário, mesmo que, como adita Raul Machado HORTA, haja o reconhecimento de que o pressuposto italiano equivalente ao brasileiro para emanção do instituto, constitua observação mais acirrada. “Casos extraordinários de necessidade e urgência ensejam verificação mais rigorosa, no juízo de admissibilidade, que o caso de ‘relevância e urgência’, refletindo redação mais branda na sua primeira parte, [...]”.¹⁴⁴

O “estado de necessidade” imprevisível, que enseja a edição do ato legislativo de urgência, deve ser entendido numa acepção de emergência, não

¹⁴² DANTAS, Ivo, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴³ CLÈVE, Clemerson Mèrin. *Medidas Provisórias*, p. 69.

¹⁴⁴ HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*. *RIL*, Brasília, n.107, p.12, jul./set. 1990.

aquela atinente ao estado de defesa e aos estado de sítio (art. 136 a 141 da C.F.), mas no limiar da normalidade,¹⁴⁵ ao despertar para um perigo que necessita ser superado. Logra razão BANDEIRA DE MELLO, quando diz: “É certo, pois, que só ante casos graves, ante interesse invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de Medidas Provisórias”.¹⁴⁶

Por isso, não é suficiente a relevância para a emanção do ato legislativo do poder Executivo; é preciso, sim, que a solução ocorra sem retardamento.

3.2.3 Urgência

Além de indispensável, há necessidade de que a atuação do poder Executivo seja imediata. Em análise do pressuposto de urgência, sob o condicionamento às demais normas constitucionais, é possível concluir que a Medida Provisória é incompatível aos instrumentos abreviadores do processo legislativo (menos de 45 dias).

O requisito de urgência está relacionado com a necessidade de celeridade do processo legislativo para o atingimento da finalidade pública. Aqui, como no pressuposto da relevância, há concentrada preocupação doutrinária no sentido de superação da discricionariedade do poder Executivo.

A análise sobre os conceitos jurídicos indeterminados percorre caminho diferente ao da análise sobre o poder discricionário. O conceito indeterminado está sujeito à avaliação “*a posteriori*” (após a emanção do ato) pelo Legislativo e pelo Judiciário, ao passo que, para o poder discricionário, não cabe tal avaliação, nem

¹⁴⁵ MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Perfil Constitucional da Medida...*, p.29.

mesmo depois de emanado o ato, cabendo somente ao Executivo, dentro de razoáveis limites, a tomada de decisão.¹⁴⁷

A jurisprudência do STF tem admitido o controle jurisdicional dos preceitos, considerando a discricionariedade do poder Executivo.¹⁴⁸ Tem-se, com isso, a possibilidade de preenchimento valorativo dos conceitos de relevância e urgência através do sistema jurídico e, em casos concretos, pelos fatos sociais. No entanto, havendo mais de uma solução para o problema, a edição da Medida Provisória recairá sobre a discricionariedade. Neste sentido, é que a doutrina e a jurisprudência interpretam o poder discricionário da edição do ato normativo.

Por um lado, o Executivo é coibido a agir, por outro, é atribuído ao STF e ao Legislativo o controle do abuso na edição da Medida provisória. Nesse ponto é ponderável que “o Poder Executivo tem o dever de agir, não de qualquer forma, mas dentro de limites estabelecidos, em nível constitucional, para a matéria específica”.¹⁴⁹

A indicação de perigo (*periculum in mora*), na iminência da edição da medida, tem correlação com a possibilidade de dano e, por isso, não pode ser analisada isoladamente. “Se a relevância é da matéria e da situação, a urgência é do procedimento”.¹⁵⁰ Sendo assim, é reconhecida (a urgência) quando o tempo necessário para o procedimento de criação de lei ordinária, não é pertinente à aplicação no caso concreto, incluindo os meios de celeridade legislativa. Nesse

¹⁴⁷ COUTO E SILVA, Almiro do, *op. cit.*, p.60–61.

¹⁴⁸ RTJSTF (145): 109, 1993 ADIn n.º 526, DF, relator. Min. Sepúlveda Pertence; DJ 2404. 96, p. 17.413, ADIn n.º 1417-0, Medida liminar, relator Min. Octávio Gallotti: “1. Medida Provisória. Improbidade, na fase de julgamento cautelar a aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação do abuso do poder discricionário, na sua edição.”

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p.86.

¹⁵⁰ CLÈVE, Clémerson Mélin. *Medidas Provisórias*, p.72.

sentido se pronuncia GRECO: “De fato, não existe urgência se a eficácia da disposição veiculada pela medida provisória só puder se materializar após um lapso temporal suficientemente amplo que permitiria a tramitação normal do processo legislativo, em algumas formas disciplinadas pela Constituição”.¹⁵¹

A legitimação da Medida passa ainda pela motivação dos pressupostos que ensejam sua emissão, através de demonstração do Presidente da República,¹⁵² mesmo que, para tanto, não haja manifestação expressa na Constituição Federal.

¹⁵¹ GRECO, Marco Aurélio, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵² ARANTES, Rogério Bastos, *op. cit.*, p.127. No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p.242; GRECO, Marco Aurélio, *op. cit.*, p.18.; CLÉVE, Clemerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, p.73. Em sentido contrário, admitindo que o presidente não precise motivar os pressupostos, ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.* p. 101.

4 EFICÁCIA

4.1 TEMPO DE EFICÁCIA

A Medida Provisória, segundo o art. 62 da C.F., perde a eficácia se no prazo de trinta dias não for convertida em lei. Este prazo, para o *Decreto-Legge* italiano, é de sessenta dias, contados a partir da sua publicação.

Nesse particular reside a principal diferença entre a Medida Provisória e a lei ordinária. O efeito revogatório transitório,¹⁵³ criado pela edição do ato legislativo de urgência em relação ao direito anterior, só se transformará em efeito revogatório definitivo se for convertido em lei. Caso não haja a conversão, seja pela rejeição congressional, seja pela não apreciação da medida no prazo de trinta dias, é restaurada a eficácia da lei anterior. No que concerne ao Decreto-lei, a rejeição congressional devia ser expressa. Se o Congresso não se pronunciasse, o instituto permaneceria válido. Contudo, a rejeição do Decreto-lei operava apenas efeito “*ex nunc*” (a partir da rejeição), enquanto que a rejeição, ou a não apreciação da Medida Provisória gera efeitos “*ex tunc*” (desde a sua edição).

Da rejeição, maior preocupação reside na regulação das relações jurídicas surgidas durante a exigência da Medida Provisória. Tal competência é atribuída ao

¹⁵³ CLÉVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*, nota 177, p.102. O autor menciona doutrinadores que tratam da eficácia como revogatória transitória, e outros como efeito suspensivo da vigência da lei ordinária.

Congresso Nacional (art. 62, § único da C.F.). O constituinte brasileiro utiliza-se da expressão “devendo” com relação à disciplina das referidas relações. Neste sentido, não há a faculdade, mas a obrigação de tratar do problema.¹⁵⁴

A preocupação com a inércia legislativa pode ser exemplificada através do Controle Abstrato de Constitucionalidade por Omissão (Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, art. 103 da C.F.). Também, para alguns casos, o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI da C.F.) pode ser reclamado pelos prejudicados devido à ausência de ação do Legislativo.¹⁵⁵

A referida regulamentação (das relações jurídicas oriundas da vigência da Medida Provisória) ocorre por decreto legislativo. Este dispositivo é de competência exclusiva do Congresso Nacional, daí a manifestação de alguns autores em concordar com a utilização do dispositivo, ao invés da lei ordinária para a regulamentação.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Neste sentido CLÉVE, Clèmerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, p.104–105. Em sentido contrário FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*, p. 48. Observa o autor: “[...]Incumbe ao Congresso Nacional, na qualidade de órgão legislativo essencial, disciplinar, atenuar, compor as relações jurídicas estabelecidas. Não se trata de um dever, mas infelizmente, de uma faculdade legislativa”.

¹⁵⁵ CLÉVE, Clèmerson Mérlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p.249-251. Embora o autor seja favorável a utilização do Mandado de Injunção, assegura que o STF não o seja: “Neste particular, o STF não admite o Mandato de Injunção para a regulação dos efeitos consumados da Medida Provisória”.

¹⁵⁶ O art. 6º, § único da Resolução nº 1 de 1989 do Congresso Nacional dispõe: “[...] a Comissão Mista elaborará projeto de decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência da medida, o qual terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados”. No mesmo sentido, aceitando o Decreto Legislativo para a regulamentação das relações derivadas da Medida Provisória não convertida, ARAÚJO, David de e SERRANO, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.262, onde aludem: “Trata-se de dever jurídico determinado ao Congresso Nacional. Entendemos que é uma exceção à regra do processo legislativo ordinário.” Em sentido diverso CLEVE, Clèmerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, p.106, a resolução como norma regimental busca excluir a possibilidade de impetrar ação de inconstitucionalidade por omissão. “A obrigação positiva do Congresso haveria de manifestar-se por intermédio de lei ordinária [...], inclusive para permitir sua apreciação pelo Chefe do Poder Executivo”. Neste sentido, também MELLO FILHO, José Celso de, *op. cit.*, p.223-224: “A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Congresso Nacional, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional deriva, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina de que trata o parágrafo único do art. 62 tem, por isso mesmo, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso, seu instrumento jurídico idôneo, sendo relevante observar que, de seu processo de formação, competirá

O art. 48 da C.F., porém, alude que compete ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República “dispor sobre todas as matérias de competência da União”. Neste, está inserida a essência competencial do legislativo no processo de elaboração das leis, além de tratar da competência de deliberação (sanção) do Poder Executivo. Estão expressas as seguintes exceções: o artigo 49 (exclusividade do Congresso), o artigo 51 (competência da Câmara dos Deputados) e o artigo 52 (competência do Senado). Quanto ao artigo 62, não se apresenta como exceção ao artigo 48 da Magna Carta. Sob esta ótica, o instrumento de regulamentação das relações derivadas da Medida não convertida, deveria ser a lei ordinária, pois permitiria a apreciação e deliberação do Executivo (sanção ou veto), que se apresenta também como princípio constitucional na atualidade (integração entre os poderes).

A Medida Provisória perde eficácia desde a sua edição se não for convertida em lei, pressupondo que retroage à eficácia da lei anterior à sua edição (revogada pelo dispositivo de urgência). Isso significa que é inconstitucional a cláusula de convalidação intencionada a manter os efeitos da medida provisória anterior nos casos de reedição.¹⁵⁷

É evidente a clareza constitucional não só quanto ao prazo de vigência da Medida Provisória mas também quanto às consequências advindas de sua não conversão em lei, do mesmo modo que se extrai do art. 62 a eficácia imediata ao ato de edição. Dedutivamente, a perda de eficácia “*ex tunc*” do dispositivo importa na perda de eficácia das relações surgidas durante a sua égide. Porém, a utilização de

ao Presidente da República, pelo exercício da competência constitucional que dispõe para sancionar ou vetar os projetos de lei aprovados pelo Legislativo”.

¹⁵⁷ CLÉVE, Clémerson Mèrlin. *Medidas Provisórias*, p.110. No mesmo sentido, DANTAS, Ivo, *op. cit.*, p.103.

cláusula de convalidação tem sido prática sucessiva, visando a manter a validade dos efeitos por outra medida provisória,¹⁵⁸ afrontando o disposto no § único do art. 62 da Lei maior. Essa preservação dos efeitos das medidas não apreciadas pelo Congresso Nacional, além de colidirem com o texto constitucional supra, também contradiz a condição constitucional que objetiva a supressão da subsistência da Medida Provisória do mundo jurídico.

A perpetuação dos efeitos dos atos legislativos de urgência não convertidos através de retificação do Poder Executivo pela cláusula de convalidação desrespeita a vontade do constituinte, permitindo que os efeitos não sejam apenas provisórios (extingue a principal diferenciação entre o instituto da Medida Provisória e o antigo Decreto-lei).¹⁵⁹ É de se considerar que a edição da medida finaliza a participação do Executivo quanto ao ato emanado. Com efeito, após o trintídio, o Congresso Nacional deve disciplinar as relações decorrentes da edição do ato que reclamem regramento e, se for o caso, convertê-la em lei. A atuação positiva do Congresso Nacional, impedindo a intervenção do Executivo na esfera legislativa para além da excepcionalidade, é a intenção do constituinte.

4.2 FORÇA DE LEI

¹⁵⁸ Art. 9º da Medida Provisória nº 200: “Art. 9º. Ficam convalidados os atos praticados com base nas Medidas Provisórias nº 189, de 30 de maio de 1990 e 195, de 30 de junho de 1990.” In Coletânea de Medidas Provisórias. Revista Especial do Tribunal Regional Federal. 3ª Região. V. I. Lejus. 1997. p. 498.

¹⁵⁹ MORALLES, Fernanda Palombini. Da perda da eficácia da Medida Provisória. *Juris Síntese. Legislação e Jurisprudência*, n.16, p.03, mar./abr. 1999. Segundo a autora, o STF manteve posição contrária em relação ao artigo 6º da Medida Provisória nº 1534-1 de 16/01/97 que dispunha permanecerem convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória anterior. “Com efeito, o Partido dos Trabalhadores ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade [...]. O STF, por sua vez, [...] entendeu pelo indeferimento da ação”.

A eficácia da medida de urgência está relacionada com a aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico. Durante o período de vigência, o ato normativo pode revogar lei ordinária.

“Nesse sentido, a força de lei refere-se à relação que a medida provisória mantém com outros atos que compõem o ordenamento, anterior, portanto, à produção de seus efeitos na vida social. Essa força de lei, [...], consiste no poder de paralisar a eficácia da lei cujo conteúdo normativo seja contrário àquele por ele veiculado.”¹⁶⁰

Se, por um lado, afirmamos ser inconstitucional a cláusula de convalidação de uma Medida Provisória em outra medida, por outro, admitimos a validade dos atos praticados sob a égide do ato legislativo do Executivo¹⁶¹ convertido em lei, caso o Congresso não lhe altere o texto, ou dos efeitos oriundos de partes do texto onde o mesmo (parlamento) não mude o seu conteúdo.

No Brasil, há tradição do Congresso Nacional em resistir à responsabilidade quanto às medidas urgentes, normalmente tidas como impopulares, motivo pelo qual prefere que o Executivo atue conforme disposição constitucional, resguardando a responsabilidade parlamentar.¹⁶¹

A regulamentação das relações oriundas sob a égide da medida provisória pelo Congresso Nacional pode determinar a ineficácia de referidos atos. O conveniente, no entanto, é que não se desconstituam essas relações (transações, obrigações, etc.) realizados com base no ato legislativo, pois já produziram seus efeitos legais. Ao menos, é claro, que a Medida Provisória seja inconstitucional pela inobservância dos pressupostos para sua edição.

O princípio da continuidade, estabelecido no art. 2º da Lei de Introdução ao

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p.108. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, p.236. Onde adita o jurista: “Uma das conseqüências da força de Lei é revogar, ou derogar, as leis anteriores. Daí decorre que a edição da Medida Provisória válida importa na revogação das leis”.

¹⁶¹ MÉLEGA, Luiz. A eficácia das Medidas Provisórias reeditadas. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.7, p.131, abril. 1994.

Código Civil, regendo que a lei mantém a produção de seus efeitos enquanto não revogada por outra lei, justifica a permanência dos efeitos da Medida convertida, do mesmo modo que dos atos convalidados pelo Congresso Nacional das não convertidas. É atribuição do Congresso Nacional projetar seus efeitos por um tempo superior aos trinta dias, através de conversão ou regulamentando as relações dela decorrentes, repetimos.

"Ainda que se possa considerar o ato legislativo, que haja convalidado conseqüências de Medida Provisória rejeitada, a fonte formal de permanência dos seus efeitos, no período que antecedeu a rejeição [...], em essência haverá de ser pelo princípio da continuidade da lei no tempo que esse fenômeno se realiza, já que o ato legislativo, no caso, é corolário inafastável da Medida Provisória, que, não obstante rejeitada, produziu efeitos num determinado período, como se fosse lei."¹⁶²

Assim, o Congresso Nacional deverá dispor de atenção nos casos em que, ao negar os efeitos oriundos sob a vigência da Medida Provisória não convertida, estará desfazendo situações já concretizadas de obrigações e negócios consumados.

4.3 REEDIÇÃO

A Constituição Federal não veda de forma expressa a reedição da Medida Provisória. Com efeito, grande parte da doutrina tem se manifestado contrariamente à atitude do Presidente da República,¹⁶³ sob a argumentação de que, além de ferir os postulados democráticos, a inércia do parlamento representa rejeição tácita. Contudo, nem sempre o Congresso Nacional consegue analisar a Medida Provisória

¹⁶² Idem, p.131.

¹⁶³ DANTAS, Ivo, *op. cit.* p. 105; ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p.93; MORALLES, Fernanda Palombini, *op. cit.*, p.02 e CORRÊA, Antônio Celso di Munno. *Medidas Provisórias, natureza, prorrogação, ato jurídico perfeito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.11, p.301, abr./jun. Neste sentido também, dentre outros, FIGUEIREDO, Fran, *op. cit.*, p.151.

no trintídio constitucional. Este fato, por si só, não justifica a reedição, porém, a inércia parlamentar, conjugada à renovação ou manutenção dos pressupostos de edição, são pertinentes a reutilização do ato de urgência do Executivo.

“Retirar este instrumento do Presidente da República autorizaria, ocorrente reemergência do estado de necessidade, manifestação de paralisia do Estado ou de insuficiência dos instrumentos postos à disposição do Executivo para enfrentar eventual demanda normativa atípica.”¹⁶⁴ Estas prerrogativas alimentam outra corrente doutrinária que, por sua vez, admitem a reedição da providência, porém, limitadamente.¹⁶⁵ Neste caso, a advertência é quanto à proliferação do uso de Medidas Provisórias e às múltiplas reedições de normas que não incorrem nas situações de urgência e relevância, acabando por criar uma insegurança no sistema, ferindo os postulados democráticos do direito.

A questão, no entanto, parece receber carga valorativa diferenciada quando separadas as prerrogativas da rejeição. Se ocorrida expressamente pelo Congresso Nacional, é praticamente unânime a doutrina quanto à impossibilidade de reedição, mas, em não havendo pronunciamento parlamentar no prazo fixado, a doutrina diverge. Raul Machado HORTA alude dois motivos para que não seja reapresentada a Medida Provisória rejeitada expressamente: primeiramente para evitar presunção de conflito entre o Executivo e o Congresso Nacional, devido ao caráter desafiador da proposta. Depois, porque a Constituição já definiu a solução, indicando a competência congressional para a disciplina das relações jurídicas decorrentes.

Admitindo a reapresentação, caso o parlamento não se tiver manifestado no trintídio, atendendo situações de relevância e urgência, conclui o autor:

¹⁶⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.119.

¹⁶⁵ Por exemplo: RAMOS, Carlos Roberto, *op. cit.*, p.133; CLÉVE, Clémerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.119.

“A medida provisória rejeitada em deliberação final do Congresso Nacional não deverá ser reapresentada. A reapresentação fica, portanto, condicionada ao juízo de admissibilidade favorável e à ocorrência de decurso do prazo de trinta dias sem deliberação final do Congresso Nacional.”¹⁶⁶

O STF tem seguido o entendimento do Congresso Nacional, no sentido (supra citado) de que é inadmissível a reedição apenas na hipótese de rejeição expressa da Medida Provisória.¹⁶⁷ Assim, todo o estudo doutrinário contrário à reedição da medida de urgência acaba por sucumbir perante decisão do órgão supremo, que admite a reedição nos casos de não apreciação no prazo de trinta dias. Embora seja opinião relevante e aceita por boa parte da doutrina,¹⁶⁸ essa posição tem causado constante insegurança jurídica e permitido a “ditadura do executivo”. Empiricamente, ela tem permitido exagerado número de reedições, que lhe confere validade (e eficácia) por tempo indeterminado, até que perdure o interesse político inserido no ato.¹⁶⁹ Por isso, o Ministro Celso de MELLO tem refutado esse entendimento do STF: “As Medidas Provisórias não podem transformar-se em imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos com força de lei.”¹⁷⁰

Por outro lado, a reedição, quando existirem remanescentes situações de urgência e relevância, pode ser uma necessidade do poder Executivo. Ao que tudo indica, a maior parte da doutrina não aprova a simultaneidade com a convalidação,

¹⁶⁶ HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*, p.15.

¹⁶⁷ Neste sentido, de que a possibilidade de reedição da Medida Provisória enquanto não rejeitada expressamente, pode-se citar: ADIn 1397-DF, ADIn 1610 –DF (Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21.11.1997), dentre outras. Mas existem votos contrários, é o caso do Ministro Marco Aurélio, que tem entendido que a ausência de conversão no trintídio presume rejeição da medida, não permitindo, portanto sua reedição (ADIn Mc 1397, Rel. Ministro Carlos Velloso. RDA nº210. p. 299).

¹⁶⁸ Neste sentido, dentre outros, BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p.361.

¹⁶⁹ MACHADO JÚNIOR. Agapito. O uso abusivo de Medidas Provisórias no âmbito do Direito Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.761, p.16, mar.1999.

¹⁷⁰ ADIn 1558-3, DJ 04.02.1997. p. 965-967.

pois, aliada ao sucessivo e ilimitado número de reedições tem alimentado o autoritarismo do Presidente da República e subjugado o Poder Legislativo. Uma nova publicação da Medida Provisória não tem o objetivo de convalidar os efeitos gerados durante a vigência do ato. Se for reeditada sete vezes uma medida, e estando em vigor, as seis medidas anteriores perderam a eficácia desde a edição.

Essa concorrência de atos (reedição e cláusula de convalidação) no mesmo dispositivo normativo tem interferido no equilíbrio entre os poderes, para além da integração entre eles, ferindo o princípio democrático e ampliado exacerbadamente a supremacia do Executivo, neste sentido João Frazão de Medeiros LIMA se pronuncia:

“[...] , como não há disposição expressa impedindo a reedição das medidas provisórias [...], poder-se-ia pensar que o Poder Executivo pode, indefinidamente, reeditá-las, utilizando-se, até, de um argumento de ordem prática, qual seja: o Poder Executivo, não pode ficar na dependência do Poder Legislativo. Entretanto, não pode ser esquecido o fato de que o artigo 2º da Carta Magna determina que os três Poderes da União são independentes e harmônicos, o que quer dizer que, no âmbito das atribuições de cada, um não pode interferir nas do outro.”¹⁷¹

Nessa linha doutrinária, outros autores se pronunciam adversamente ao entendimento do STF com relação à matéria, dos quais podemos citar Luiz Cláudio Portinho DIAS que adita:

“Vê-se, pois, que os maiores vultos do direito nacional, incluindo os ínclitos Ministros do Pretório Excelso, interpretam a questão conforme a Constituição, enquanto os juristas que trabalham para o Governo Federal a interpretam de outra forma, conforme os interesses econômicos do Erário. E isso, como já dissemos, tem causado severos prejuízos a todo o povo brasileiro, haja visto o desprestígio de nossas instituições e o desrespeito a nosso Texto Fundamental.”¹⁷²

Dessa forma, desconstituídos os efeitos da medida provisória não convertida em lei, são restaurados os efeitos da legislação anterior. A referida restauração

¹⁷¹ LIMA, João Frazão de Medeiros. A Medida Provisória e a proibição de sua reedição. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.18, p.443, set. 1997.

¹⁷² DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Medidas Provisórias: inconstitucionalidade institucionalizada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 89, p.131, jan. 2000.

ocorre também, principalmente para as situações ocorridas durante o tempo (trinta dias) de vigência da medida, tornando inválidos os atos incompatíveis com ela.

Alguns estudos demonstram claramente que o prazo de trinta dias disposto no parágrafo único do art. 62 é exíguo para a análise do Congresso Nacional, uma vez que o debate parlamentar se processa com os membros das duas Casas (Câmara de Deputados e Senado). Por isso, algumas propostas de Emenda Constitucional sugerem a dilatação desse prazo. Não obstante, alguns autores admitem a reedição por um limitado número de vezes.¹⁷³ José FOGAÇA, em pronunciamento realizado na sessão de 03 de outubro de 1996, propõe mudanças no instituto, primeiramente expressando o motivo:

“Quando o instituímos – e entre os atuais Senadores há muitos que, assim como eu, também foram constituintes –, nós o víamos como um instrumento excepcional, como algo a ser usado extraordinariamente, em momentos raríssimos, peculiaríssimos do processo político institucional. No entanto, ao contrário, acabou-se estabelecendo uma espécie de convergência de interesses negativos ou de uma aproximação passiva e tácita de maus interesses.”¹⁷⁴

Depois disso, passou a explicar sua sugestão, baseada em encaminhamentos das Medidas Provisórias alternadamente para uma casa e outra do Congresso, visando à celeridade do processo:

“Se o Senado pertence a um universo institucional equivalente ao da Câmara relativamente às medidas provisórias, ele não pode ficar secundarizado nessa questão, não pode secundar à Câmara, precisa ter com a Câmara um nível de equilíbrio institucional. Estamos propondo que a matéria deva ir em regime de urgência, sim, mas alternadamente, para uma Casa ou outra, de acordo com um sistema e um critério de alternância rigorosamente observado pela Mesa.”¹⁷⁵

¹⁷³ Idem, p.132. Para o autor, a reedição não é admissível, mas, “se se quiser entender possível a reedição, ela não poderá se dar, em nenhuma hipótese, mais de duas vezes, sob pena de ultrapassar o lapso temporal previsto no art. 64 § 1º, da C.F./88 e desconfigurar o pressuposto de urgência, deturpando o instituto”.

¹⁷⁴ FOGAÇA, José. Em pronunciamento do Senado realizado na sessão do dia 23.10.1996. <http://www.senado.gov.br/web/senador/jofog/disc08.htm>.

¹⁷⁵ Idem. Esse discurso, em linhas gerais, foi repetido na sessão de 04 de abril de 1997. O pronunciamento deu origem a proposta de Emenda à Constituição, e ao anexo ao parecer nº 150 de 1997. Ver, ainda sobre o Substitutivo José Fogaça em DANTAS, Ivo, *op. cit.*, p.108 a 111, onde o jurista transcreve a proposta e o anexo ao parecer nº 150 de 1997.

Percebe-se, com clareza que o tempo de trinta dias é exíguo para o pleito, e que a necessidade de limites para a utilização da reedição do instituto é fundamental para a manutenção da ordem constitucional. E a cláusula de convalidação não pode ser um instrumento de exacerbação (no sentido de abuso do poder) do Executivo, apresentando-se, pelo exposto, inconstitucional, principalmente por colidir com o disposto no art. 62 da C.F., onde assegura que a competência para regulamentar as relações oriundas da medida não convertida é do Congresso Nacional, finalizando a participação do Executivo no ato de edição.

5 LIMITES MATERIAIS PARA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

5.1 RESTRIÇÕES A UTILIZAÇÃO

O Decreto-lei na Constituição pretérita do país era regulamentado no art. 55, que estabelecia matérias específicas para sua edição. Eram passíveis de tratamento pelo instituto as matérias relacionadas à segurança nacional, finanças públicas (inclusive normas tributárias), criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

A Medida Provisória não teve, expressamente pelo constituinte, demarcadas as matérias suscetíveis de tratamento. Essa omissão levou boa parte dos juristas a sustentarem que o atual dispositivo de urgência poderia regular qualquer matéria.¹⁷⁶ Cumpre instar que essa posição merece recondução, especialmente em análise sistemática, observando na interpretação da norma o todo constitucional.

Nesta perspectiva, a Constituição estabelece matérias de competência absoluta do Legislativo. Embora a Medida Provisória não se confunde com o instituto da delegação legislativa, o Executivo não pode legislar sobre matérias reservadas

¹⁷⁶ Entre estes, referimos TÁCITO, Caio. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.90, p.54, abr./jun. 1989. Ao corroborar com esse entendimento adita: “[...] diante da indeterminação de seu objeto *ratione materiae*: todo e qualquer assunto de competência legislativa da União admitirá o juízo discricionário, tanto na emissão da medida provisória pelo Presidente da República, como na confirmação ou rejeição pelo Congresso.” E sustenta ainda mais: “[...] a medida provisória poderá operar tanto para alterar o direito existente como para suprir lacunas da lei, especialmente quando omissa o Congresso na complementação de normas constitucionais”.

ao legislativo (art. 68, § 1º da C.F.).¹⁷⁷ Também as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49 C.F.) e de cada uma de suas casas (art. 51 e 52 da C.F.), como são direcionadas ao controle do parlamento sobre os demais poderes, não estão submetidas à edição de Medida Provisória. Além disso, não pode ser disciplinada matéria de lei complementar pela medida de urgência,¹⁷⁸ pois também são de competência absoluta do legislativo, e exige quorum qualificado para aprovação, ao passo que a medida de urgência pode ser aprovada, convertida ou rejeitada por maioria simples. Em exigindo quorum qualificado, não pode invocar os pressupostos de edição da Medida Provisória.

Seguindo a ótica de que as matérias insuscetíveis de delegação não podem ser objeto de regulamentação por medidas provisórias, José Afonso da SILVA assegura que não compete ao Executivo legislar sobre: "[...] organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos

¹⁷⁷ Nesse sentido, CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.78; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.531. Aludindo: "Finalmente, uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objetos de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas"; ainda, MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, p.83. Onde conclui: "Essa vedação constitucional entende-se, a toda evidência, às medidas provisórias, ainda que o art. 62 não disponha similar à do §1º do art. 68. [...] A 'reserva de parlamento' é imune a qualquer intromissão do Poder Executivo." Em sentido adverso, podemos citar: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Medidas Provisórias na Constituição Brasileira. Repertório IOB de Jurisprudência*, n.18, p.451, set. 1997. "Também não tem sentido a afirmação de alguns de que medidas provisórias não poderiam tratar de matérias vedadas à lei delegada (CF, art. 68, § 1º), mesmo porque, por serem institutos diversos, mereceram disciplina constitucional diferenciada."

¹⁷⁸ Nesse sentido CLEVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.78; TEMER, Michel, *op. cit.* p.152. Em sentido adverso: PINTO, Felipe Chiarello Souza. A Inconstitucionalidade das Medidas Provisórias de Caráter Tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.27, p.165, abr./jun. 1999. Para o autor: "Em todos os dispositivos da constituição, [...], a lei é empregada em sentido abrangente tanto da lei ordinária como da lei complementar. Assim, é razoável entender-se que também no art. 62, da Constituição Federal, a palavra lei abrange também a lei complementar. Por isto, pode o Presidente da República adotar medida provisória em matéria privativa de lei complementar".

plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos,”¹⁷⁹ também dispostas no art. 68 da C.F.

Se se tratar, no entanto, de caso de extrema relevância e urgência, como nos casos de cataclismas e guerras, a extraordinariedade de recursos a serem liberados comporta a utilização da Medida Provisória para estes casos (art. 167, § 3º da C.F.).

As limitações materiais não param por aí. Além de não adentrar na esfera organizacional de outros poderes, como a criação de cargos do Judiciário ou do Legislativo, a Medida Provisória não pode disciplinar, também, matéria de natureza processual.¹⁸⁰

De outra parte, Eros Roberto GRAU logra razão ao afirmar:

“[...] tratando-se de lei que tem vigência imediata, porém provisória, não podem ser implementadas através dela soluções, que produzem efeitos que não possam ser arredados [...]. Os efeitos devem necessariamente poder ser desfeitos, observado o dispositivo no parágrafo único do referido art. 62.”¹⁸¹

José Celso de MELLO FILHO, por sua vez, visando a observar as restrições a utilização do instituto, sustenta que existem três princípios que limitam materialmente a edição da Medida Provisória pelo Presidente da República: “o princípio da divisão funcional do poder, o princípio da Federação e o princípio da liberdade”. Quanto ao primeiro, procura impedir “que o Chefe do Executivo invada domínio tematicamente reservado à iniciativa dos demais Poderes do Estado”. Pois regular por Medida Provisória esses casos, seria usurpação de competência. O segundo, “veda ao Presidente da República a interferência normativa em assuntos

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 530.

¹⁸⁰ CLÉVE, Clèmerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, nota 138, p.82. Onde adita: “Parece evidente que a legislação processual (processo civil e processo penal), porque diz de perto com a atuação do Judiciário, está a salvo da medida provisória”.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p.241.

sujeitos à competência exclusiva daquelas unidades federadas,” referindo-se aos Estados-membros e Municípios. E, finalmente, com relação ao terceiro princípio: “A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União”.¹⁸²

Além do que foi disposto, o princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da C.F.) conduz e limita a atuação legislativa por parte do Poder Executivo, impedindo que um órgão supremo interfira demasiadamente na esfera dos demais, prejudicando o equilíbrio entre os entes supremos (poderes) e conseqüentemente suplantando o princípio democrático.

5.2 MATÉRIA PENAL

Como vimos anteriormente, o direito à liberdade não deve ser matéria de regulamentação por Medida Provisória. Nesse sentido, parece se pronunciar a maior parte da doutrina brasileira. Assim, não há porque admitir a utilização da medida em matéria penal.¹⁸³

O fato de o instituto de urgência poder perder sua eficácia após o trintídio, permitiria a criação de um tipo penal temporário, não compatibilizando-se com o

¹⁸²MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre Medidas Provisórias. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.33, p.218-219, jun.1990.

¹⁸³ Nesse sentido: CLEVE, Clèmerson Mérlin. *Medidas Provisórias*, p.88; MELLO FILHO, José Celso de, *op. cit.*, p.221–222; FRANCO, Alberto Silva. A Medida Provisória e o Princípio da Legalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.648, p.367, out. 1989. O autor menciona: “A circunstância do texto constitucional omitir toda e qualquer referência sobre matérias atingíveis pela medida provisória não quer dizer que possa ela apresentar-se como instrumento adequado à abordagem da disciplina penal.” ROTHEMBURG, Walter Claudius. Reflexões Sobre as Medidas Provisórias (Inclusive em Matéria Criminal). *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.03, p.72-73, jul. 1991. Dissertando: “[...], poder-se-ia supor que também a criação de tipos

princípio da retroatividade da lei (supressiva de crime) (art. 5º, XL da C.F.). Reforçando esse entendimento, repetimos que o art. 68, no seu parágrafo primeiro, determina a indisponibilidade de delegação em matéria de direitos individuais, como o de liberdade; correspondendo à reserva que compete ao parlamento. Porém, há quem sustente que, condicionando-se à aprovação do Congresso Nacional, seria cabível a Medida Provisória para tratamento da matéria.¹⁸⁴

No empirismo nacional, o dispositivo anterior (Decreto-lei), já trazia no seu bojo vedação à utilização sobre matéria penal. De qualquer modo, a indicação do STF se declinava a sustentar o disposto na Constituição.¹⁸⁵

Quanto à Medida Provisória, houveram duas que regularam matéria penal até o momento: a de número 153, de 15 de março de 1990, que definia crimes de abuso do poder econômico,¹⁸⁶ e a 156, da mesma data, que, por sua vez, normatiza sobre crimes à Fazenda Pública, estabelecendo penalidades.¹⁸⁷ Embora houvessem provocado Ações Direitas de Inconstitucionalidade, acabaram por ser anuladas pela Medida Provisória de n.º 175 de 27 de março de 1990,¹⁸⁸ antes mesmo dos trâmites judiciais finalizarem.

Assim, fica evidenciada na experiência constitucional pátria, a

penais fosse viável por intermédio de medida provisória (é da competência privativa da União legislar sobre Direito Penal – C.F. art 22, I).Entretanto, não é assim, [...]”.

¹⁸⁴ CERNICHIARO, Luíz Vicente e COSTA JÚNIOR, José Paulo da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT, 1990. p. 40.

¹⁸⁵ Ver a esse respeito: MARIOTTI, Alexandre, *op. cit.*, nota 232, p.84..

¹⁸⁶ REVISTA ESPECIAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Coletânea de Medidas Provisórias. São Paulo: Lejur, v.1, p.399, 1997..

¹⁸⁷ *Idem*, p.414.

¹⁸⁸ *Idem*, p.459.

incompatibilidade da edição de Medida Provisória em matéria penal, seguindo e fortalecendo o entendimento doutrinário preponderante.

5.3 MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A matéria tributária é a que exige maior preocupação doutrinária e suscita alguns cuidados com relação à tomada de posição quanto à sua incidência por Medidas Provisórias. A questão de saber se o instituto de urgência, com força de lei, constitui instrumento hábil à criação ou ao aumento de tributo é de suma importância no atual contexto do Estado interventor.

A possibilidade do emprego de Medida Provisória no setor parece clara para Felipe Chiarello Souza PINTO, quando se refere à instituição de imposto extraordinário, em caso de guerra externa ou sua iminência, previsto no art. 154, inciso II da C.F., bem como, no já mencionado, empréstimo compulsório para atendimento à despesas decorrentes de calamidade pública (art. 148, I da C.F. vigente),¹⁸⁹ os quais certamente, se constituem casos de urgência e relevância. Nos demais casos de criação ou aumento de tributos, em princípio, não nos parece adequado.

Para Roque Antonio CARRAZZA, no entanto, não é admissível a utilização da regulamentação de urgência para instituir qualquer tipo de tributo, pois, para os casos extraordinários mencionados, o Presidente da República pode utilizar-se de

¹⁸⁹ PINTO, Felipe Chiarello Souza, *op. cit.*, p.166.

um instrumento mais célere, a decretação do Estado de Sítio,¹⁹⁰ mediante aprovação da maioria absoluta do Congresso Nacional (art. 137, e seu § único da C.F.).

O entendimento de José Afonso da SILVA é nessa linha, embora não evidencie o extremo caráter de relevância e urgência: "Também não o poderá fazer em matéria tributária, porque o sistema tributário não admite legislação de urgência, já que a lei tributária material não é aplicável imediatamente, porquanto está sujeita ao princípio da anterioridade (art. 150, III, 'b')".¹⁹¹

Existem, porém, exceções ao princípio da anterioridade, mas somente no que diz respeito à majoração de tributos, visto que, quanto à criação, não existem exceções, pois, mesmo nos casos de extraordinariedade extrema (guerra e sua iminência), há a necessidade de conversão em lei da Medida Provisória. No que concerne à majoração, dentro de condições e limites estabelecidos em lei, é facultado ao Executivo alterar alíquotas sobre os impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da C.F., em conformidade com seu parágrafo primeiro. São eles: (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, relativos a títulos ou valores mobiliárias.

Desde a Emenda Constitucional n.º 18 da Constituição de 1946, o Executivo tem a faculdade de alterar alíquotas de alguns impostos, que, em virtude dessa possibilidade, tornaram-se impostos flexíveis. Foi na vigência dessa Emenda que o Código Tributário Nacional encontrou apoio para sua elaboração. Eram, então, flexíveis os impostos de importação e exportação (art 7º, § 1º), e sobre operações creditícias, seguro e câmbio ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 14, §

¹⁹⁰ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12.ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p.200–201.

¹⁹¹ SILVA. José Afonso, *op. cit.*, p.531.

1º). Com a Constituição de 1967 é que o imposto sobre produtos industrializados (IPI) passou a ser flexível, mas perdeu flexibilidade o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários. Mais tarde, com a Emenda 1/69, todos esses impostos tornaram-se flexíveis. Com a Constituição de 1988, o Presidente da República pode alterar suas alíquotas (conforme § 1º do art. 153 da C.F.), mas não sua base de cálculo.

O princípio da anterioridade, que não se confunde com o da legalidade, tem suas exceções dispostas no § 1º do art. 150 da CF. Cabe instar que a utilização do instituto da Medida Provisória sobre o imposto extraordinário de guerra, bem como calamidade pública, configuram exceções ao princípio da anterioridade e não ao da legalidade.

O parecer do STF, considerando inconstitucional o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), no ano em que foi instituído,¹⁹² demonstra certa preocupação jurisprudencial com o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”) como garantia individual do contribuinte. No entanto, nem sempre é assim. Em outros casos, a prática da criação de tributos através da Medida Provisória é aceitável pelo STF, como se verifica em outro julgado: “Tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos – leis do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu.”¹⁹³

Esse entendimento do STF tem levado alguns autores a externarem certo cuidado quanto às convicções. Yoshiaki ICHIHARA exterioriza sua opinião, no sentido de que a utilização da medida de urgência, pela análise “[...] sistemática do

¹⁹² STF, ADIn 939 – DF. Diário de Justiça da União, de 18 de março de 1994. p. 5165.

¹⁹³ STF, ADIn 1.417 – DF. Lex – JSTF. 215:35.

sistema constitucional tributário brasileiro levaria à agressão aos princípios constitucionais, especialmente ao da separação de poderes”.¹⁹⁴ E, logo adiante, expressa a realidade pátria: “As Medidas Provisórias no sistema da Constituição de 1988, preenchidos os pressupostos legais, aparecem como veículo implementador do princípio da legalidade, decorrente de uma exceção formal.”¹⁹⁵ Assim, é o instituto, veículo do princípio da legalidade, mesmo porque não há diferença hierárquica entre lei ordinária, lei complementar, lei delegada e medida provisória.

Como salientamos anteriormente sobre a impossibilidade de adoção de Medida Provisória versando sobre matéria de lei complementar, acabamos por excluir preliminarmente a possibilidade de edição do instituto de urgência sobre os artigos 148, I; 154, I e 195, § 4º da C.F., pois demandam lei complementar.

Não é possível a instituição de empréstimos extraordinários de guerra, pois o estado de sítio pressupõe manifestação de maioria absoluta do Congresso

Nacional, em conformidade com o artigo 137, § único da C.F., não podendo o Executivo transpor a autorização do parlamento através de emanção de Medida Provisória (art. 49, IV).

É possível a utilização de medida de urgência na criação do imposto extraordinário instituído no art. 154, II da C.F., pois atende os pressupostos de urgência e relevância, não se atém ao princípio da anterioridade e não exige vinculação à lei complementar. Ademais, a Medida Provisória é aceitável nos caso do art. 167, § 3º da C.F., como alude a própria Carta Magna.

De um modo geral, não é adequado esse instituto para criar ou modificar tributo, pois representa uma agressão aos pressupostos constitucionais, à análise

¹⁹⁴ ICHIHARA, Yoshiaki. *Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1995. p.102.

¹⁹⁵ Idem, p.106.

sistemática de ordem interna do Texto Fundamental no que diz respeito à criação de tributo por Medida Provisória, com exceção dos casos de extrema necessidade (art. 154, II da C.F.).

Parte III - O CONTROLE PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA

1 SOBRE A NECESSIDADE DE CONTROLE DA MEDIDA PROVISÓRIA

1.1 A DESCONSIDERAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O significativo aumento regulatório caracterizado pela emissão de medidas provisórias, segundo grande parte da doutrina, tem contribuído para descaracterizar o Estado de Direito. A Lei Delegada não é práxis parlamentar no Brasil, porém, o excessivo número de Medidas Provisórias emitidas tem evidenciado tácita delegação legislativa ao Presidente da República¹⁹⁶, com o agravante de não estabelecer os limites exigidos pela Lei Delegada, deixando estes (limites), para análise posterior, como permite o instituto de urgência. A condução das políticas econômicas do país através de medidas provisórias tem andado por caminhos sem retorno e exigido, conseqüentemente, sucessivas reedições com cláusulas de convalidação das medidas anteriores.

O fortalecimento do Congresso Nacional pelo constituinte de 1988 é evidente nas linhas da Carta Magna, mas não tem sido adequadamente utilizado pelo órgão supremo. Nesta esteira, o Executivo tem assumido os compromissos governamentais sem a intervenção do Legislativo, mas sua conviência tem

¹⁹⁶ MONTEIRO, Jorge Vianna. *Economia e política: instituições de estabilização econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. p.183. O autor acentua este entendimento ao afirmar: “[...] a Constituição estabelece a preservação da competência legislativa pelo Congresso Nacional (art. 49, XI), a despeito de atribuir ao Executivo a emissão de MPs com validade de lei. O intenso fluxo de MPs observado nos anos 90 é a mais objetiva constatação de uma delegação tácita do Congresso Nacional”.

potencializado a força da Medida Provisória, levando alguns pensadores a atribuir ausência de regulamentação ao instituto. Rogério Bastos ARANTES reitera este sentido:

"Com força de lei, mas sem limite de abrangência ou critérios de admissibilidade, a MP possibilitou o emparedamento do Legislativo e do próprio Judiciário, pelo Executivo, nos casos de choques econômicos, por exemplo. Seu trunfo, nesse sentido, foi a política do fato consumado, a criação de um caminho sem volta. Sob pena de serem responsabilizados pelo fracasso da iniciativa do Presidente, os demais Poderes não se viram em condições de superar o impacto das medidas e questionar sua constitucionalidade."¹⁹⁷

A Medida Provisória nº 1.165, de 26 de outubro de 1995, por exemplo, prevê redução do imposto de importação de peças, acessórios e matéria-prima para a indústria automobilística. Em seu art. 1º estabelece que a referida redução tem validade até 31 de dezembro de 1999, para levar a cabo a política industrial adotada pelo Governo. É uma versão revista e ampliada da Medida Provisória nº 1.024, tendo sido reeditada na Medida 1.200, além da 1.235. Percebe-se, com isso, que a função legislativa do Poder Executivo deixou de atender apenas às situações de excepcionalidade, passando a compor função interina do Presidente da República.

Durante a primeira década de vigência da atual C.F, a política macroeconômica foi a principal causa de edição de medidas provisórias, que vão desde o plano Verão até o plano Real e sua implementação. Para além do mero intervencionismo, isso alterou a direção econômica do país, exigindo da população rápidas adaptações no contexto da abertura mercadológica trilhada no início da década de 90. Outras medidas, no entanto, apenas alteraram a organização da Presidência da República, de modo a levar à apreciação do parlamento até mesmo nas pretensões mais elementares do Poder Executivo.¹⁹⁸ Algumas, por sua vez,

¹⁹⁷ ARANTES, Rogério Bastos. *op. cit.*, p. 130.

¹⁹⁸ *Idem*, *ibidem*. p. 132.

serviram apenas para “massagear o ego” discricionário do chefe do Executivo, ou para estabelecer diretrizes do seu próprio governo. Para exemplificar este desperdício legislativo pode-se citar a Medida Provisória nº 105 que serviu simplesmente para inscrever os nomes de Tiradentes e do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca no livro de Heróis da Pátria em comemoração ao bicentenário da Inconfidência Mineira e do centésimo aniversário da Proclamação da República, situação que não infere o mínimo de imprevisibilidade e urgência. A Medida nº 93 estipula “o valor dos direitos a serem pagos a entidades desportivas pelo uso de suas denominações e símbolos, na Loteria Esportiva Federal”,¹⁹⁹ a de nº 109 fixou o salário dos bombeiros do Distrito Federal e a M.P. nº 116 determinou o valor das multas ocorridas por infração a legislação sanitária. Foram todas convertidas em lei pelo Congresso Nacional, mesmo que os pressupostos de relevância e urgência não estivessem presentes.

As políticas econômica e financeira evidenciam o crescimento do Estado Administrativo em detrimento do Estado de Direito. A Medida Provisória nº 1.179, de 03 de novembro de 1995, com retificação em 7 de novembro de 1995, também reeditada com alterações pela Medida nº 1.214, de 06 de dezembro de 1995, trata de assunto relacionado à economia nacional (Medidas de Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), e também exemplifica a intervenção do Executivo na esfera competencial do Legislativo. Podemos citar inúmeras medidas provisórias²⁰⁰ que, por óbvias razões, ferem o princípio da Separação dos Poderes, inclusive sendo

¹⁹⁹ REVISTA ESPECIAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Coletânea de Medidas Provisórias. São Paulo: Lejur. v. 1. p. 220.

²⁰⁰ Para análise das Medidas Provisórias editadas e reeditadas, ver REVISTA ESPECIAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª Região. Coletânea de Medidas Provisórias. São Paulo: Lejur, 1997-. v.1 a 5.

reeditadas com cláusulas de convalidação de medidas anteriores por dezenas de vezes.

Autores também falam das atrocidades legislativas ocorridas com base na edição de medidas provisórias. Ivo DANTAS se refere ao “caos jurídico” decorrente da utilização do instituto e cita o fato relacionado à Medida Provisória nº 168, editada pelo governo Collor de Melo, convertida na Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990:

- 16 de março/90 – a Medida nº 168 criou o denominado Plano Brasil Novo;
- 17 de março/90 – editou o Executivo a Medida nº 172 que modificava a de nº 168 que há vinte e quatro horas estava em vigor, já tendo produzido diversos efeitos e conseqüências;
- 23 de março/90 – edição da Medida Provisória nº 174 que, mais uma vez, alterava a de nº 168;
- 12 de abril/90 – aprovação na íntegra da Medida nº 168, fato efusivamente comemorado pelo Executivo, apesar de ter editado as de nº 172 e 174;
- 17 de abril/90 – edição da Medida Provisória nº 180, visando manter as mudanças propostas pelas de nº 172 e 174;
- 4 de maio/90 – edição da Medida Provisória nº 184, revogando a de nº 180 (que ‘corrigia’ as de nº 172 e 174), com um detalhe fundamental: ficariam ‘revogados, a partir de 18 de abril de 1990, os dispositivos da Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, alterados pela Medida Provisória nº 180, de 17 de abril de 1990’, sendo, entretanto, ‘convalidados os atos praticados com base nas Medidas Provisórias nº 172, 174 e 178, respectivamente, de 17, 23 de março e 17 de abril de 1990’ (arts. 2º e 3º da Medida Provisória nº 184/90).²⁰¹

Evidencie-se, como o próprio autor revela, que não se pode deixar de observar a lei alegando desconhecimento²⁰², entretanto é de se indagar a respeito desse conhecimento face às rápidas e sucessivas mudanças. Além disso, o exemplo citado confere a utilização da atividade legislativa pela vontade unívoca de quem está no poder, para atendimento a idéias momentâneas.

A transposição dos princípios que norteiam o processo legislativo é característica da atualidade. No Brasil, o Direito também não mais representa apenas a definição prévia de normas que permitem previsões jurídicas como deveria ocorrer em um sistema estabelecido constitucionalmente, transformando-se em

²⁰¹ DANTAS, Ivo, *op. cit.*, p.96-97. O autor na nota nº 13 adverte que: “A mesma brincadeira de legislar por Medida Provisória continuou no Governo ITAMAR FRANCO e mais ainda nos dias de hoje, conde o Pres. FERNANDO HENRIQUE desconhece, propositadamente, até mesmo o conteúdo de suas propostas de Emendas Constitucionais e adianta-se ao pronunciamento do Congresso Nacional, editando Medidas Provisórias que nos dão saudades dos tempos passados”.

instrumento de atendimento às intenções políticas fortemente influenciadas pela onda de neoliberalismo em que vivemos.

1.2 A CONVIVÊNCIA DOS DEMAIS PODERES

Essa opção pela ampla utilização do instituto normativo de urgência não ocorre por acaso, o próprio Congresso, em 1990, preferiu que o Executivo utilizasse esse dispositivo ao invés da Lei Delegada. Isso sob a alegação de que as exigências de combate à inflação necessitariam ampla abrangência de poderes autorizada ao Presidente da República, de modo que o Legislativo optou pela Medida Provisória, pois este é dirigido do Executivo para o Legislativo, ao passo que a Lei Delegada seria encaminhada do Congresso Nacional para o Presidente. Assim, na primeira (Medida Provisória), a iniciativa parte do Executivo e o controle é premissa do Legislativo (caminho inverso da M.P. em relação à Lei Delegada).²⁰³

O exame de inúmeras medias provisórias tem sido conduzido no sentido de protelar, no âmbito da tramitação legislativa, as decisões executivas. Um caso ilustrativo evidencia a estratégia de apelar para Medida Provisória com a finalidade de sustentar uma decisão no sentido de que a atuação governamental se perpetue:

"Um tanto candidamente, um deputado federal do PFL, logo após a divulgação da MP das fusões, sentenciou: 'a reedição [da MP 1.179] é certa, pois não dá tempo de examinar nada agora'. Numa extensão dessa estratégia protelatória, a própria época do ano faz com que mesmo as arguições junto ao Judiciário sejam transferidas para alguns meses adiante, quando os fatos provocados pela ação governamental terão se tomado verdadeiramente irreversíveis."²⁰⁴

²⁰² Cfe. art. 3º da LICC. Decreto-lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942.

²⁰³ ARANTES, Rogério Bastos. Op. Cit. p. 135 – 137. Para nós, embora esse argumento possa ser coerente no sentido de que a delegação comportaria em autorizar amplamente o Executivo a legislar (o CN assinaria um "cheque em branco" para o Presidente), a utilização do instituto da M.P. pelo Executivo não é permissível se contrariar os preceitos constitucionais como as acima citadas. O entendimento referente a situação econômica brasileira não é motivo suficiente para o desvairado empirismo legiferante ocorrido através do dispositivo de urgência.

²⁰⁴ MONTEIRO, Jorge Vianna, *op. cit.*, p.187.

Esse quadro de legislação temporária, visando à atuação permanente, distancia-se, cada vez mais, da participação legítima da representação popular, bem como distancia-se da visibilidade e de possíveis cobranças dos cidadãos. A coalizão governista nutre-se do poder discricionário para levar adiante as propostas econômicas. “[...] As próprias decisões de política econômica, não obstante seu vigor e a amplitude de seu impacto, vão sendo formalizadas por um Congresso Nacional de atuação meramente protocolar ou não-autônoma”.²⁰⁵

Temos, contudo, que a aplicabilidade do art. 62, nos termos da sistemática constitucional vigente, é um problema de admissibilidade de competência solidária entre os poderes. O Texto Constitucional oferece não só recursos limitativos à emissão de Medida Provisória, como nos referimos anteriormente, como também oferece subsídios para o controle do ato legislativo do Poder Executivo, seja através do Poder Judiciário, seja através do Poder Legislativo, conforme veremos a seguir. É preciso, no entanto, que haja determinação jurídica e política no intuito de reconhecer os exageros do Governo e superar a conivência dos Ministros do STF e do Congresso Nacional para com a atuação do Presidente da República.

²⁰⁵ Idem, p.187.

2 A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA MEDIDA PROVISÓRIA

2.1 CONTROLE DOS PRESSUPOSTOS PARA EDIÇÃO

No Brasil, o controle judicial abrange tanto a Medida propriamente dita quanto a lei de conversão. O entendimento do STF tem aceitado o mecanismo da Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o ato normativo com força de lei. Desse modo, o instituto da Medida Provisória também é suscetível de controle de constitucionalidade.

O controle dos pressupostos habilitantes da legislação de urgência tem sido um tanto quanto tímido, porém não se compara ao entendimento referente ao anterior Decreto-lei, para o qual a Suprema Corte manifestava-se no sentido de um controle eminentemente político. Essa interpretação levou o Supremo a decidir que a existência das exigências, de relevância e urgência, não cabia a análise do poder Judiciário.²⁰⁶ Essa posição, no entanto, não era passivamente aceita pela doutrina, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO já assinalava:

"Não se imagine que faleça ao Judiciário a possibilidade de examinar, também, a eventual (que na prática constante) inoportunidade de urgência e interesse público relevante para a expedição de decreto-lei. [...]
Desde que o Texto Constitucional condiciona a expedição destes atos a existência dos aludidos pressupostos, à obviedade eles são requisitos para a licitude do decreto-lei. [...]. Se

²⁰⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza, *op. cit.*, p. 84. Sobre esse particular, antes de expressar sua opinião, o autor afere: " O juiz da 'urgência ou do interesse público relevante' é o Presidente da República, sujeito apenas ao controle político do Congresso, [...]".

o fez, mesmo um jeuno em Direito perceberá que foi porque desejou travar a possibilidade da sua emissão fora destes condicionantes.

Ora bem a existência de um limite jurídico depende, racionalmente, da possibilidade de controlar a adequação das condutas ao limite previsto [...]. Onde não houver a previsão de controle não há limite jurídico. Logo, se o Texto Constitucional põe um limite segue-se, logicamente, que deve estar posto o controle.

Quem opera este controle?

[...] É o Poder Judiciário, [...] sem prejuízo da possibilidade de outros controles menos augustos.

Sendo assim, apenas as pessoas a quem faltam os mais primitivos rudimentos do Direito poderiam imaginar que não são controláveis pelo Judiciário a urgência e a relevância ensanchadoras da expedição de decretos-leis.²⁰⁷

A insistência doutrinária, aliada aos preceitos atuais do Estado Democrático, levaram o STF à revisão do entendimento no tocante à Medida Provisória da C.F. de 1988. Porém, o controle judicial dos preceitos autorizadores ocorre somente em instância relacionada ao abuso de poder legislativo pelo Executivo, diante do evidente uso do poder discricionário do Presidente da República.²⁰⁸ A natureza política da decisão do Chefe do Poder Executivo e o controle limitado ao abuso de seu poder de legislar revelam a necessidade do STF evoluir sua hermenêutica, no

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. O Decreto-lei no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.72, p.33 out./dez. 1964. Em sentido semelhante, também, SAMPAIO, Nelson de Souza, *op. cit.*, p.84–85. Seu magistério quanto às matérias de segurança nacional e finanças públicas dizia: “Aí, além do controle político do Congresso, existe o controle de constitucionalidade do Poder Judiciário. Tudo indica que à jurisprudência caberá demarcar os contornos daquelas imprecisas expressões”.

²⁰⁸ MELLO FILHO, José Celso de, *op. cit.*, p.206. O autor manifesta-se nesse sentido: “O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir [...] Esse poder cautelar geral – constitucionalmente deferido ao Presidente da República – reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É ele, o Chefe de Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício. Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional. O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional.” ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p. 84–85. O autor se pronuncia em idêntico sentido: “O controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência tem sido admitido pelo STF. A decisão parece adotar os limites à discricionariedade administrativa nos casos de erro manifesto de apreciação dos fatos ou do direito [...]. No caso das Medidas Provisórias, o STF afastou-se, parcialmente, desses precedentes, admitindo que os pressupostos de relevância e urgência não eram de todo imunes ao controle jurisdicional, esse circunscrito à verificação de abuso, embora ressalvada a apreciação discricionária que integra a prática do ato de sua edição.”

sentido de limitar os conceitos de relevância e urgência, bem como, manter uma atuação mais rígida, como tem sido a intenção de alguns ministros.²⁰⁹

A superação da discricionariedade do Poder Executivo não é tarefa fácil. Almiro do COUTO E SILVA observa: "Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válido e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbitrário, noção que briga com o Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente".²¹⁰

O abuso manifesto na edição do instituto de urgência não é entendido como discricionariedade apenas, mas como arbitrariedade, e isso afronta o Direito.

O entendimento italiano não é muito diferente. Para Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, o controle dos atos com força de lei (decretos-leis) deve recair na competência do Tribunal Constitucional, "embora a brevidade do tempo determinado para sua duração antes da conversão em lei formal torne muito raras as controvérsias a respeito",²¹¹ devendo incidir também sobre os requisitos de necessidade e urgência, como ainda no que concerne ao abuso do poder de legislar.

Para ZAGREBELSKY, importa o controle judicial, pois, além de incidir sobre o conteúdo, permite proferir decisão sobre os pressupostos de necessidade e urgência. Tal controle atende aos desvios de excesso de poder.

Assim, para se tornarem efetivos os dizeres constitucionais, os pressupostos de autorização do instituto exigem, no Direito pátrio, controle jurisdicional mais efetivo. Quanto maior a incidência judicial sobre estes pressupostos, mais limitada e definida será a atuação legiferante do Executivo.

²⁰⁹ Para exemplificar, citamos o Min. Marco Aurélio Gallotti. ADin 1441 – DF 28/06/96. Min. Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Adin 1576-UF – 16/04/97. Sobre Ações de Inconstitucionalidade, ver também endereços eletrônicos: www.stf.gov.br e www.stj.gov.br.

²¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do, *op. cit.*, p.54.

²¹¹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *op. cit.*, p.467.

2.2 O CONTROLE DOS LIMITES MATERIAIS

Outro nível de controle judicial se refere à fiscalização da matéria, se passível ou não de normatização por Medida Provisória. O abuso do Poder Executivo extrapola também os limites materiais. Essa disposição, abordada por vários autores, é ponderada também por CLÈVE, da seguinte forma:

“Não se desconhece que a questão do abuso é delicada, envolvendo múltiplas dimensões como a governabilidade, a fragmentação da representação política, a inexistência de coesão partidária e a convivência da maioria eventual instalada no Legislativo, maioria que prefere, muitas vezes, não votar a medida provisória, autorizando a reedição, para não assumir eventual ônus político decorrente de norma impopular. Porém, tudo isso não é suficiente para dotar o Presidente da República de poder para legislar sobre toda e qualquer matéria, presentes ou não os requisitos constitucionais, inclusive lançando mão da reedição sucessiva, através de medidas emergenciais que guardam, inevitavelmente, reitere-se, uma natureza excepcional.”²¹²

A propósito disso, o autor reclama a participação da sociedade civil na escolha dos representantes do judiciário na Suprema Corte brasileira.²¹³

A ausência de limitação expressa no art. 62 da C.F., embora não signifique que o instituto não tenha limites dessa natureza, repetimos, tem permitido que o STF opte por uma interpretação branda da Carta, de forma literal,²¹⁴ ao invés de interpretação mais aprofundada (hermenêutica sistemática²¹⁵ e teleológica²¹⁶), em conformidade com a doutrina dominante.

²¹² CLÈVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.136, nota 236.

²¹³ *Idem*, p.140, nota 245.

²¹⁴ Por exemplo, na ADIn 166. Rel. Min. Ilmar Galvão. Diário de Justiça da União de 21.11.97. Nesse pronunciamento, o STF aceita que matéria tributária seja disciplinada por Medida Provisória.

²¹⁵ Sobre interpretação sistemática ver, dentre outros: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

²¹⁶ Com respeito a interpretação teleológica pode-se citar BARROSO, Luís Roberto. *Inter-*

2.3 CONTROLE DA MATÉRIA PROPRIAMENTE DITA

Aqui, a análise do judiciário permite verificar se a matéria que compõe o conteúdo da Medida Provisória está em acordo com os preceitos constitucionais, não conflitando com as normas e os princípios da Carta Magna.

O STF tem entendido, também, que somente a norma geral e abstrata, introduzida pela Medida Provisória ao ordenamento jurídico, é passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade.²¹⁷ Desse modo, não cabe o controle abstrato de constitucionalidade às normas de caráter específico. Nesse particular, o controle difuso-incidental,²¹⁸ que avalia a constitucionalidade do conteúdo da norma para o caso concreto, deve, em aceitando-se sua aplicação, nortear o controle de grande parte das Medidas Provisórias. Considerando-se o desempenho do Executivo, hodiernamente, percebe-se que, em boa parte, as medidas de urgência são emitidas para regulamentar situações concretas (específicas), motivo pelo qual o referido entendimento suscita largo questionamento.

2.4 CONTROLE DA LEI DE CONVERSÃO

pretação e aplicação da Constituição. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.129–132.

²¹⁷ Ver ADIn 1789 – DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Diário de Justiça da União de 12.06.98.

²¹⁸ ARANTES, Rogério Bastos, *op. cit.*, p.32–33. O autor define a utilização do controle difuso incidental do seguinte modo: “[...] quando a natureza do pleito diz respeito à satisfação de uma demanda qualquer, não especificamente sobre a constitucionalidade da lei, mas em cujo processo esta pode ser questionada por uma das partes e observada pela autoridade judicial. Pressupõe, portanto, a faculdade de todo juiz ou tribunal, na aplicação da lei ao caso concreto, de examinar os seus fundamentos constitucionais. [...] Porém, o efeito da decisão judicial no sistema difuso restringe-se apenas às partes em litígio do caso em exame, não podendo ser generalizado para outros casos, [...]”.

A Corte Superior tem, embora de forma não plenamente satisfatória, admitido então o controle de constitucionalidade da Medida Provisória sob a égide de que o dispositivo tem força de lei. No entanto, o controle judicial do instituto de urgência no Brasil, assim como na Espanha, incide também sobre as leis de conversão. Nesse sentido, como ensina Eros Roberto GRAU, a conversão da Medida Provisória em lei não afasta a observância da constitucionalidade da norma pelo Poder Judiciário:

“O processo legislativo consubstancia um procedimento. Nesse sentido, compreende uma sucessão de fases encadeadas, tendentes à realização de um determinado fim. No caso, à produção – criação, modificação ou revogação de normas de caráter legislativo. O processo legislativo, assim, consubstancia um procedimento, sendo peculiar deste a contaminação dos atos subseqüentes pela invalidade dos antecedentes. Assim, desnudado o vício, quando tenha sido tomado por urgente matéria que como tal não se caracterizava, entendendo deva ser acionado o Poder Judiciário, a fim de que aprecie a questão. O vício, assim declarado pelo Poder Judiciário, contamina todos os atos subseqüentes do procedimento, resultando ineficaz a sua pretendida convalidação, que se teria consumado no momento em que o Congresso Nacional tenha acatado a medida provisória.”²¹⁹

Marco Aurélio GRECO compartilha dessa interpretação. para ele, “se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade [...]. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo”.²²⁰

Nessa ótica, mesmo que o Congresso Nacional acolha medida provisória eivada de vícios, e pode acontecer, quer seja pela ausência dos pressupostos de habilitação, quer pela disposição de matéria insuscetível de normatização de urgência, ou ainda, por divergência em relação aos preceitos constitucionais, o Judiciário é compelido ao exercício do controle de constitucionalidade da lei de conversão.

No mesmo sentido, com relação aos vícios quanto aos limites materiais, na vigência do decreto-lei da Constituição de 1967 (cujas matérias suscetíveis de normatização pelo decreto-lei eram expressamente citadas naquela C.F.), estes não

²¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias da Constituição de 1988*, p.242.

²²⁰ GRECO, Marco Aurélio, *op. cit.*, p.46.

seriam validados pela conversão em lei. Em Recurso Extraordinário, envolvendo matéria de segurança nacional, o STF julgou inconstitucional a lei de conversão do dispositivo tratando referido objeto.²²¹

Em outro aspecto sobre a Medida Provisória, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO demonstra que a lei de conversão não segue o mesmo ritual que a lei ordinária:

“[...] a sobredita ‘conversão em lei’ subsequente à medida provisória inválida, terá se efetuado – como corresponderia ao caso – em sessão conjunta do Congresso Nacional. Ora, não é este o processo estabelecido para o exame e votação das leis. Projetos de lei, seja de quem for a iniciativa, são examinados e votados, em cada Casa do Congresso, separadamente. Portanto, apenas quando aprovado naquela perante a qual se iniciou é que será examinado pela outra (art. 65). Esclareça-se que o Senado [...] tem um número de parlamentares muito inferior ao da Câmara. Assim, a votação dos senadores, em sessão conjunta, evidentemente, diminui seu peso de influência, amesquinhando a participação decisória do Senado na aprovação ou rejeição de leis”.²²²

A lei de conversão, lei peculiar que, portanto, não é lei ordinária, tem procedimento abreviado na sua formação, ordenado na Resolução n. 1 de 1989 do Congresso Nacional que, além de reduzir os prazos para deliberação, estipula apreciação e votação de ambas as casas do Congresso conjuntamente.

O Judiciário pode atuar em qualquer tempo para reconhecer o vício existente, tanto na Medida quanto na lei de conversão. Se o ato legislativo de urgência regulou matéria insuscetível de regulamentação por medida provisória, sua conversão não convalida o vício²²³ e, é passível esse reconhecimento ao Judiciário, mesmo depois da referida conversão.

²²¹ Recurso Extraordinário 62731 – GB, Rel. Min. Alidiomar Baleeiro, j. 30.05.67, RTJ 45: 565. Que relatou: “[...] a inconstitucionalidade não pode ser convalidada pelo Congresso (art. 58, parágrafo único), porque a matéria de segurança nacional não envolve conceito que o legislador possa discricionária e politicamente definir: - ela está definida nos arts. 89 a 91 da Constituição. Nem o Congresso pode sanar a eiva contra o art. 150, § 3º”.

²²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, p.32.

Sendo assim, do mesmo modo que o STF decidiu referentemente à Constituição de 1967, que não haveriam de ser convalidados os vícios do decreto-lei por ocasião da aprovação do Congresso Nacional, esperamos que a Corte Superior não convalide lei de conversão com irregularidades oriundas na Medida Provisória, inclusive e, especialmente se a matéria não comporta regulamentação pelo instituto de urgência.

²²³ Nesse sentido, ÁVILA, Huberto Bergmann, *op. cit.*, p.114–115. Para o autor, “a participação do Congresso Nacional não supre os requisitos de existência e validade do ato governamental”.

3 O CONTROLE PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA

3.1 O CARÁTER JURÍDICO DO CONTROLE POLÍTICO

Conforme disposição no capítulo anterior, a lei de conversão não sana os vícios formais ou materiais relativos à deflagração da Medida Provisória. A apreciação do Congresso Nacional tem o condão de satisfazer um requisito formal do instituto, pois este perde a eficácia desde a sua edição se não for convertida em lei no prazo estabelecido. Além disso, busca retirar do Executivo a disposição sobre a norma editada.

Para alguns autores, este controle do parlamento sobre a Medida Provisória revela uma dimensão eminentemente política. Partindo de PITRUZZELLA, Humberto Bergmann ÁVILA adere a essa interpretação ao dizer que: “A análise do Congresso é de cunho marcadamente político”.²²⁴

Resguarda razão, neste particular, CLÈVE, ao afirmar que “o controle parlamentar assume dupla dimensão: é político e jurídico, a um só tempo.”²²⁵ A atuação do Poder Legislativo, embora admitida sob o aspecto político, inclusive prevalecendo sobre o jurídico, não é autônoma e nem assume cunho puramente

²²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p.97.

²²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Medidas Provisórias*, p.117.

axiológico, visto que está vinculada às normas constitucionais. Nesta esteira, José Joaquim Gomes CANOTILHO acentua este entendimento quando alude que “a idéia de vinculação constitucional é, nos seus contornos gerais, extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição [...]”.²²⁶

Analisada e aceita a Medida Provisória sob o aspecto material (compatibilidade do conteúdo com os preceitos constitucionais), o parlamento deve verificar a conveniência da Medida, a fim de convertê-la em lei ou rejeitá-la. José Celso de MELLO FILHO, sobre a vinculação constitucional acentua:

“Desde a instauração do procedimento de conversão legislativa das medidas provisórias, na instância parlamentar, traduz ato ritual obrigatório, indeclinável e constitucionalmente vinculado, torna-se evidente que o controle político, e também jurídico, desses atos presidenciais insere-se na esfera das atribuições indisponíveis do Congresso Nacional. Assim, encaminhada a medida provisória à apreciação legislativa, assiste ao Congresso Nacional, em caráter definitivo e subordinante, o poder de aprová-la, com ou sem emendas, transformando-a em lei, ou, então, o de rejeitá-la. As Casas do Congresso Nacional dispõe, nesse contexto, de amplos poderes para verificar tanto os aspectos políticos da medida provisória, referentes aos pressupostos justificantes de sua edição ou ao próprio conteúdo material que ela exprime, quanto os aspectos jurídicos pertinentes à sua legitimidade constitucional.”²²⁷

Nesse contexto, após a análise dos pressupostos autorizadores e do conteúdo, se juridicamente compatíveis com o texto da Carta Constitucional, o Congresso, então, analisará politicamente a pertinência da Medida Provisória. A crítica da doutrina está relacionada à omissão do Poder Legislativo em verificar os requisitos jurídicos, convertendo em lei Medidas inconstitucionais, de modo a analisar apenas a dimensão política (sob o aspecto da conveniência para a maioria parlamentar), ao invés de considerar ambas instâncias (política e jurídica).

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p.248. Embora considere simples os contornos gerais dessa vinculação, o autor admite, na seqüência que “[...] precisar o conteúdo e a extensão desta vinculação jurídico-constitucional é que levanta problemas complexos.”

²²⁷ MELLO FILHO, José Celso de, *op. cit.*, p.208–209.

3.2 POSSIBILIDADE DE EMENDA

Durante a conversão em lei da medida, é possível que o Legislativo complemente, modifique ou suprima o texto da Medida Provisória em questão.²²⁸ A propósito disso, as emendas aditivas são as que introduzem novas disposições no conteúdo da medida; as modificativas alteram parte do instituto de urgência, sem alterar o sentido por ela proposto; e as supressivas são as que eliminam disposições da medida, durante o procedimento de conversão em lei.

É, então, passível o entendimento de que ao Legislativo seja permitida a emenda ao texto da Medida Provisória. Pode-se citar, por exemplo, a interpretação de Monica Herman Salen CAGGIANO:

"Em especial, no que toca à introdução de emendas, parece-nos absurdo entendimento contrário, porquanto não prevista a vedação de forma expressa, como sob a égide da Constituição anterior em tema de decreto-lei e desde que o Congresso pode rejeitar por completo a medida provisória, não há porque não deter o Legislativo competência para emendá-la. Por que não poder aprimorar se a medida é relevante? Por que o Congresso, ao invés de aperfeiçoar a providência, ver-se-ia na iminência de rejeitá-la, introduzindo uma situação que, eventualmente, viria complicar ainda mais o quadro clínico cuja solução fora perseguida pela edição da medida provisória? Isto é que seria absurdo."²²⁹

Há, entretanto, que se levar em conta os limites para a utilização de emendas, no tocante ao objeto (não é possível que a emenda mude a matéria da Medida Provisória) e no que se refere ao sentido da norma (não podendo a emenda modificar a natureza da medida, atribuindo-lhe efeitos adversos aos que a legislação de urgência pretendia). Observados esses limites, as disposições alteradas ou adicionadas ao texto da Medida Provisória convertida, operam eficácia "ex nunc", não retroagindo à data da edição do ato legislativo de urgência. No entanto, a

²²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p.183. Para o autor, a jurisprudência italiana tem reconhecido emendas supressivas, modificativas e aditivas.

²²⁹ CAGGIANO, Mônica Herman Salen. Emendas em Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p.145 jan./mar, 1990.

supressão de parte do texto da norma procede rejeição parcial e, conseqüentemente, produz efeitos “*ex tunc*” (retroagindo à data de emissão da Medida Provisória). Seguindo esse entendimento e aprofundando a análise, Raul Machado HORTA, com base na lição de outros autores, deduz:

“MORTATI sustenta que a emenda supressiva contém efeito *ex-tunc*, apagando a eficácia da norma desde o início, e a aditiva, efeito *ex-nunc*, a partir de sua adoção, para o futuro. BISCARETTI, sem assumir posição prévia, preferindo acompanhar o juízo de PIZZORUSSO, para quem o assunto não comporta resposta de caráter geral, admite dupla colocação: a eliminação da regra, por emenda supressiva, pode ser interpretada como denegação de conversão, com efeito *ex-tunc*, ou como ab-rogação, contemporânea à lei de conversão, dotada de eficácia *ex-nunc*.”²³⁰

A vedação de emendas que introduzem matéria estranha a da Medida Provisória está expressa no § 1º do art. 4º da Resolução nº 01 do Congresso Nacional. Bem como a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispõe no seu art. 7º que cada lei deve tratar de um objeto apenas e que a lei não deve compor matéria estranha ao seu objeto, ou que não tenha afinidade, pertinência ou conexão com ele.²³¹

Nota-se que o Legislativo dispõe de larga autonomia no que se refere ao controle da Medida Provisória, a possibilidade de emenda é mais um aplicativo que permite a regulamentação adequada constitucionalmente e representa mais um demonstrativo do crescimento do Poder Legislativo conferido pela Constituição de 1988.

3.3 LEI DE CONVERSÃO

²³⁰ HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*, p.09.

²³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.130. O autor admite que a Lei Complementar nº 95 limita, indiretamente, o poder de emenda.

A Medida Provisória exige manifestação do Congresso Nacional, de modo que sua apreciação faz parte do ritual exigido pela Constituição. Nesse sentido se pronuncia José Celso de MELO FILHO:

“A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro 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 prende-se a conseqüências de ordem 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 legislativa, que tem, no projeto de lei de conversão, o seu instrumento jurídico. A lei de conversão pressupõe a existência da própria medida provisória, dado que existe, entre elas, um ineliminável nexa causal.”²³²

A discussão segue em caráter mais específico (como se processa no interior do Congresso), isto é, verifica-se se a competência é exclusivamente do plenário, ou se é possível a conversão da Medida Provisória em lei através de comissão, nos termos do art. 58, § 2º da C.F. Na verdade, a Constituição não impede expressamente a possibilidade do feito por comissão. “Com efeito, não se afiguraria despropósito regimental atribuir à comissão, com possibilidade de interposição de recurso ao pleno, competência para decidir, não apenas a respeito da admissibilidade (pressupostos de habilitação), mas também da constitucionalidade e do mérito da MP, sem afrontar a Constituição”.²³³

A doutrina italiana também aceita referida conversão por comissão, no entanto, mesmo não se constituindo em objeto de expressa reserva constitucional, a deliberação plenária tem sido preferida pelo parlamento peninsular.²³⁴

No Brasil, apesar de a Lei Fundamental permitir referida solução, a Resolução n. 1-89 do Congresso Nacional atribuiu privativamente a competência ao plenário (apreciação por ambas as Casas do Congresso).

²³² MELLO FILHO, José Celso de, *op. cit.*, p.209.

²³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.115.

²³⁴ HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*, p.10. O autor também cita BISCARETTI DI FUFFIA, que “[...] defende a apreciação da medida provisória pelo Plenário das Câmaras, por residir nele a sede política do julgamento do Governo [...]”

A conversão da Medida Provisória se dá com a promulgação da lei, porém, não há expressa exigência constitucional sobre a publicação no prazo de trinta dias (a contar da publicação da norma de urgência), mas que seja convertida nesse prazo, assim se pronuncia Luiz MÉLEGA:

“[...] Por isso entendemos que a publicação da lei de conversão, após decorrido o prazo de trinta dias da publicação da Medida Provisória acolhida pelo Congresso naquele prazo, não ofende o mandamento constitucional inscrito no parágrafo único do art. 62 da Carta Política. A publicação da Medida Provisória já terá produzido os efeitos da necessária divulgação [...]”.²³⁵

O processo de conversão depende de vários atos congressuais, é permitida a publicação a destempo, mas não a conversão em si. Assim, a lei que resulta de conversão após o decurso do prazo de trinta dias não mais poderá regular as relações surgidas como efeitos da Medida Provisória editada, de modo que, contaminada por vício insanável, carecerá de constitucionalidade por ser considerada nula.

A possibilidade de veto do Presidente da República é outro fator polêmico na lei de conversão da Medida Provisória, pois, se a medida foi editada pelo próprio Presidente, parece óbvio que seu interesse seja o de manter a alteração do ordenamento jurídico através de lei de conversão. Comporta que haja emenda no texto normativo de urgência em determinadas situações, além disso, o art. 66 da C.F. preconiza o envio do projeto ao Presidente, que poderá sancioná-lo ou rejeitá-lo, inclusive parcialmente.

²³⁵ MÉLEGA, Luiz. Medida Provisória: Conversão em Lei, Promulgação e Publicação. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*, n. 9, p.172, maio 1992.

Na *práxis*, o Congresso Nacional tem entendido que as Medidas Provisórias aprovadas na íntegra, não passam pela análise (para sanção ou veto) do Presidente da República, mas passam pela aprovação do Presidente do Senado, enquanto que o projeto de lei de conversão aprovado em que existirem emendas passa pela aprovação presidencial, que poderá sancioná-lo ou rejeitá-lo (mesmo que de forma parcial). Quanto à aprovação na íntegra pelo Congresso, Clèmerson Mérlin CLÈVE desaprova a prática parlamentar nacional:

“[...]No Brasil, a promulgação de medidas provisórias como lei pelo Presidente do Senado, conquanto aprovadas sem emendas, ofende a ordem constitucional. As leis submetem-se ao processo legislativo disciplinado na Constituição Federal, convindo concordar, que ao Presidente da República, na forma do art. 84, IV, da Lei Magna, compete sancionar, promulgar e fazer publicar as leis. De outro ângulo, o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disporá sobre todas as matérias de competência da União, salvo as hipóteses de competência exclusiva do Congresso, ou de competência privativa do Senado e da Câmara (CF art. 48). [...] O § 7º do mesmo artigo [referindo-se ao art. 66 da C.F.] determina que o Presidente do Senado promulgará, apenas, as leis que, no prazo de quarenta e oito horas, não forem antes promulgadas pelo Presidente da República. Os dados normativos indicados são suficientes para demonstrar a equivocada orientação do Congresso Nacional Brasileiro”.²³⁶

Nessa esteira, temos que a lei de conversão, segundo os mencionados preceitos constitucionais, devem integrar os atos normativos que passam pelo crivo do Presidente da República, pois mesmo que não seja alterado o texto da Medida Provisória pelo Congresso, a lei de conversão, ainda poderia receber negativa de sanção do Presidente, já que a Lei Fundamental isso permite. Entretanto, a Resolução nº 1-1989 do Congresso Nacional contempla diferente *práxis*, no sentido

²³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlín. *Medidas Provisórias*, p.126–127. No mesmo sentido HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*, p.14. Para o último, “[...] Acha-se consagrado no procedimento legislativo das medidas provisórias a promulgação pelo Presidente do Senado Federal da lei federal de conversão, formalizando a aprovação do Congresso Nacional. O referido procedimento deveria ser reexaminado. A sanção, a promulgação e a publicação das leis são atos de competência constitucional privativa do Presidente da República (Constituição da República, art. 84 – IV). A promulgação congressual de lei, através do Presidente ou Vice-Presidente do Senado Federal, está limitada ao caso de não promulgação da lei pelo Presidente da República, seja em virtude do silêncio decorrido o prazo de quinze dias, para sanção ou veto (Constituição da República, art. 66, § 3º), ou de não-promulgação de projeto, dentro de quarenta e oito horas, no caso de rejeição do veto (Constituição da República, art. 66, §5º).

de que a Medida Provisória aprovada sem alteração de mérito será encaminhada ao Presidente da República diretamente como lei, para publicação.²³⁷

O procedimento de conversão disposto na Resolução nº 1 de 1989, do Congresso Nacional, em seu art. 2º, regulamenta a publicação e distribuição da matéria entre os parlamentares, formando comissão mista composta por sete Deputados e sete Senadores que, após análise, emitirá parecer sobre a matéria proposta pela Medida Provisória. O art. 4º da Resolução define o prazo de cinco dias para emenda a partir da publicação do ato legislativo de urgência. Este prazo também diz respeito à emissão de parecer sobre a admissibilidade total ou parcial do ato, considerando os pressupostos autorizadores (relevância e urgência), que é dirigido ao presidente do Congresso Nacional. Se a conclusão da análise for favorável à existência dos pressupostos, poderá ser impetrado recurso em vinte e quatro horas para reavaliação da decisão. Porém, se a comissão entender que não existiram os referidos pressupostos, haverá convocação de sessão conjunta para discussão sobre a admissibilidade da medida. A ausência de decisão ou dúvida quanto à admissibilidade desses pressupostos, faz prevalecer o entendimento pela existência dos mesmos (art. 5º).

Em admitindo-se a Medida Provisória, no prazo máximo de quinze dias, a comissão deverá analisar a constitucionalidade e o mérito do objeto da Medida Provisória. O parecer deverá abarcar rejeição ou aprovação da lei. A aprovação pode, ainda, ser parcial, assim como a análise de emenda, por ventura, apresentada. Se for resolvido favoravelmente a alteração, a comissão, também, deverá disciplinar através de decreto legislativo as relações oriundas durante a

²³⁷ Cf. art. 18 da Resolução nº 1-89-CN.

vigência dos textos alterados ou suprimidos, em conformidade com o art. 7º da mesma Resolução.

Pode acontecer de a comissão, por algum motivo, não emitir parecer. Neste caso, findado o prazo, o Presidente do Congresso nomeia relator que, em prazo de vinte e quatro horas proferirá parecer em plenário, nos termos do art. 8º, submetendo-a à votação em um único turno.

Esgotado o prazo do art. 62 da Constituição da República, e não havendo deliberação final do Congresso Nacional, ou se a Medida Provisória for rejeitada em uma das fases dos procedimento de conversão, a comissão mista deverá elaborar projeto de decreto legislativo para disciplinar as relações decorrentes da Medida não convertida (art. 6º e 17 da Resolução n.1-CN).²³⁸

É dedutível que o procedimento de conversão é diferenciado do procedimento de criação de lei ordinária. Isso interfere substancialmente na análise jurídica do dispositivo jurídico criado, pois requer criteriosa observação no que se refere, principalmente, à possibilidade de contaminação por vício pela própria Medida Provisória de origem. Não obstante, o procedimento de conversão, em conformidade com a Resolução anteriormente citada, é considerado incompatível com os pressupostos constitucionais por boa parte da doutrina.²³⁹ Esse ponto de vista enseja uma observação diferenciada da lei de conversão em relação à lei ordinária, de modo que a jurisprudência deva considerar essa análise.

²³⁸ Ver Resolução n.1-1989-CN, art. 1º a 18.

²³⁹ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*, p.134. Para o autor, o procedimento previsto na Resolução n.1-CN viola os artigos 48, 57,§3º, 674 (caput e §3º), 65 (caput e § único) e 66 da C.F. mesmo que, o prazo fixado pelo art. 62 da C.F. seja exíguo para o trâmite coerente do processo legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, a descentralização da atividade legislativa atinge amplitude bastante extensa, ocorrendo tanto no âmbito vertical (abrangendo as esferas federal, estadual e municipal), quanto no âmbito horizontal (nas relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). Assim sendo, o princípio da separação de poderes, desde MONTESQUIEU, não defende uma separação rígida, mas relativa. É objetivo dos estudiosos resguardar a essência funcional de cada um desses poderes, visando limitar as intervenções de cada um na esfera de competência dos demais.

A dificuldade dos parlamentos produzirem leis em reduzido espaço de tempo é a causa originária do deslocamento da atividade legislativa para o Poder Executivo. Aproveitando-se da ausência de apreciação do Legislativo, ou de sua conivência, o Governo brasileiro tem se utilizado do instituto da Medida Provisória para dar andamento às reformas que julga necessárias. Desse modo, não há comprometimento do Congresso Nacional na escolha das diretrizes políticas adotadas, o que se reveste de severa crítica. A falta de utilização do mecanismo da Lei Delegada acentua esse entendimento, pois a ausência do debate parlamentar implica em questionamentos, sobre a legitimidade das decisões.

Creemos, no entanto, que os dizeres constitucionais devem prevalecer sobre qualquer interesse, especialmente para que a sociedade conte com alternativas

procedimentais que lhe permitam atuar contra possíveis arbitrariedades do Poder Executivo. O sistema constitucional, através do princípio da Separação dos Poderes, é essencial para a obtenção da redução da possibilidade de representantes atuarem em causas corporativas. Nesse sentido, a Constituição de 1988 oferece as alternativas necessárias ao controle da utilização do instituto normativo de urgência. Entretanto, a forma como vem sendo utilizada a Medida Provisória pelo Executivo na atualidade exige maior participação dos demais poderes em especial do Legislativo, para que os dizeres constitucionais que preservam o Estado Democrático de Direito não se tornem "letra morta".

O Poder Judiciário tem o dever do controle de Constitucionalidade das leis, quer através do controle concentrado ou seja, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF), quer através do controle difuso, ou seja, pelo controle de constitucionalidade efetuado por órgãos inferiores do Poder Judiciário (juizes e tribunais) e pelo próprio STF (como é o caso de Recurso Extraordinário). Esse hibridismo (difuso e concentrado contemporaneamente), em que pese as críticas de alguns autores, oferece a possibilidade de verificação das Medidas Provisórias através do STF, com efeito "*erga omnes*" bem como, discussão em casos específicos com decisão originária de efeitos apenas para a parte (pessoa ou grupo) prejudicada.

O Poder Legislativo, com a mesma posição hierárquica dos demais poderes, posição reforçada pelo constituinte de 1988, tem na Medida Provisória um demonstrativo dessa equivalência. Diferentemente do Decreto-lei da C.F./67 e E.C. 01/69, que previam a automática conversão em Lei nos casos de não apreciação pelo C.N. no prazo de 30 dias, o dispositivo atual exige a submissão ao Parlamento, e, caso não ocorra no referido prazo, perde a eficácia desde a sua edição. Essa

análise parlamentar abrange a verificação de existência dos pressupostos de autorização (relevância e urgência), a constitucionalidade da matéria, objeto da Medida Provisória e se a referida matéria pode ser normatizada através do dispositivo de urgência, de modo que sejam resguardadas as de reserva do Legislativo. Por conseguinte, o Poder Legislativo pode emendar, suprimir ou modificar o texto normativo de modo a enquadrá-lo nas premissas constitucionais.

Os pressupostos autorizadores de edição da Medida Provisória não constituem conceitos indeterminados, em interpretação sistemática da Constituição, que permite ver o todo em cada uma das suas partes, é possível identificar limites à sua aplicação. Não obstante, estes conceitos são definidos no contexto da Medida editada, ou seja, podem ser indeterminados em abstrato, mas são determinados em concreto.

A Medida Provisória, embora participe, de processo legislativo diferenciado da Lei ordinária e tenha eficácia por tempo determinado, deve ser considerada como lei, não apenas por constar no art. 59 da atual C.F, mas por gerar efeitos primariamente, no sentido de poder revogar dispositivo anterior. Além disso, não há hierarquia entre a Lei Ordinária, Lei Complementar, Lei Delegada e a Medida Provisória. Não tratá-la como lei, enquanto em vigor, seria subestimar o instituto e seus efeitos no mundo jurídico já que a Lei na contemporaneidade, não concerne apenas normas gerais e abstratas, mas também normas específicas.

A ausência de limites diretamente expressos na C.F. não significa que o instituto normativo de urgência possa ser editado regulamentando sobre qualquer matéria, pois é possível extrair da Constituição seus limites materiais. Matéria de Emenda não é passível de normatização por M.P, matéria tributária e matéria penal são reservas do Poder Legislativo face aos princípios de anterioridade e da

legalidade. A exceção da matéria tributária ser instituída por M.P. consta no art. 154, II da C.F, ou seja em casos de iminência (extremamente relevantes) ou de guerra externa é possível o Executivo instituir impostos mas serão suprimidos à medida em que cessem as causas da sua criação.

Ressalvamos que a Medida Provisória difere do Decreto-lei da Constituição anterior, principalmente porque a ausência de apreciação pelo Congresso Nacional significa desaprovação da Medida Provisória, ao passo que, na sua vigência, a não apreciação parlamentar do Decreto-lei no prazo estabelecido validava, na íntegra, o ato do Executivo. Difere também do "*Decreto-legge*" italiano, embora tenha sido o grande inspirador do constituinte brasileiro, já que o instituto peninsular prevê prazo de sessenta dias para apreciação parlamentar, enquanto que no Brasil esse prazo é de trinta dias. Contudo, as diferenças não são de cunho exclusivamente formais, nem mesmo superficiais, pois são relacionadas às peculiaridades sistêmicas de cada realidade constitucional, visto que cada instituto (Decreto-lei, *Decreto-legge* e Medida Provisória) está inserido em sistema próprio, ensejando análise específica às suas particularidades ordenamentais.

O exíguo prazo para apreciação da M.P, pelo Congresso Nacional, disposto no art. 62 da C.F, somado ao excessivo número de medidas editadas, têm culminado com a reedição de inúmeros atos legislativos de urgência. É consenso doutrinário que a Medida Provisória rejeitada pelo Congresso Nacional não possa ser reeditada, porém, o STF tem entendido ser passível de reedição a medida não apreciada pelo Legislativo. Esse entendimento é passível de divergência, pois a reedição com clausula de convalidação da medida anterior tem permitido que várias Medidas Provisórias sejam reeditadas indefinidamente, inclusive trilhando caminhos sem possibilidade de retorno, contrariando todos os preceitos constitucionais

relacionados ao instituto.

Para alguns autores o transplante do dispositivo italiano ao sistema constitucional brasileiro não é adequado, principalmente devido à diferença entre os regimes de governo. Na Itália, vigora o parlamentarismo que (segundo esses autores) aceita melhor o instituto devido à proximidade entre o Legislativo e o Executivo (representado pelo Primeiro Ministro) que é escolhido pelo parlamento. Acreditamos, entretanto, que o ato legislativo de urgência é imprescindível no Estado Contemporâneo. As exigências hodiernas de execução fazem com que o constitucionalismo precise munir o Executivo de mecanismos que lhe permitam uma atuação eficaz. É nesse sentido que a legislação de urgência do Poder Executivo se tornou premissa dos mais avançados sistemas constitucionais, não importando o regime de governo. Evidentemente no regime parlamentarista¹, o instituto se enquadra melhor devido ao alto índice de comunicação entre os poderes¹, pois o Gabinete, nesse caso, é um intermediário entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Por isso, no presidencialismo, a M.P. exige maior participação parlamentar na verificação de sua legitimidade, sentido que remonta ao estabelecimento de freios e contrapesos, buscando sempre o maior equilíbrio possível entre os poderes.

Não enumeramos todas as conclusões passíveis de extração do presente trabalho. Contudo, uma convergência deve ser aludida, todos os autores estudados criticam o exagerado número de Medidas Provisórias editadas desde a sua criação, na C.F. de 1988, e a grande maioria, senão todos, rogam por limites dos poderes do Presidente da República, para que a democracia seja melhor estabelecida. O Congresso Nacional, órgão supremo legitimado pelos cidadãos para legislar, precisa intervir sem o total comprometimento com a ordem política adotada pelo Governo,

para que o princípio da Separação de Poderes seja estabelecido em consonância com os dizeres constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Fabesp, 1998.
2. ARAÚJO, David e SERRANO, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
3. ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 7.ed. São Paulo: Atena, 1963.
4. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
5. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
6. _____. O Decreto-lei no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.72, p.30-36, out./dez. 1964.
7. _____. Perfil constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.95, p.28-32, jul./set. 1990.
8. BARRETO, Vicente. *O liberalismo e a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
9. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

10. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.
11. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
12. _____. *Do estado liberal ao estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
13. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito constitucional*. São Paulo: RT, 1984
14. CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Emendas em Medida Provisória. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.63, jan./mar., 1990
15. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
17. _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Editora, 1994
18. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra Editora, 1991.
19. CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 2.ed. São Paulo: RT, 1981.
20. CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.97, p.37-42, jan./mar. 1990.
21. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

22. CASTRO, Róbison Gonçalves de. Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de Medidas Provisórias versando matéria orçamentária pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.126, p.103-111, abr./jun. 1995.
23. CERETI, Carlo. *Corso di Diritto Costituzionale italiano*. 5.ed. Torino: G. Giappichelli Editore. 1958.
24. CERNICHIARO, Luíz Vicente e CÔSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: RT. 1990.
25. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.
26. _____. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
27. _____. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
28. _____. A lei no Estado contemporâneo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.21, p.124-138, out./dez. 1997.
29. CORRÊA. Antônio Celso Di Munno. Medidas Provisórias. Natureza. Prorrogação. Ato Jurídico Perfeito. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.11, p.295-307, abr./jun. 1995.
30. COUTO E SILVA. Almiro do. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.179-180, p.51-67, jan./jun.. 1990.
31. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni de Diritto Costituzionale*. 5.ed. Padova: Cedam, 1984.

32. CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e Medida Provisória. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n.54, p.23-34, out./dez. 1990.
33. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
34. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de Direito e as Medidas Provisórias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.654, p.238-244, abr. 1990.
35. DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das Medidas Provisórias*. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
36. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n.45, p.130-142, jul./set. 1988.
37. DIAS, Luiz Claudio Portinho. Medidas Provisórias: inconstitucionalidade institucionalizada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 771, p.121-132, jan. 2000.
38. DINIZ, Vânia Fernandes. Medidas Provisórias: sua especificidade precária e a infringência dos direitos adquiridos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.136, p.203-227, out./dez. 1997.
39. FERRAZ, Anna Cândida Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
40. _____. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar Atos Normativos do poder executivo*. São Paulo: RT, 1994.
41. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Artigo 55 da Constituição e a vigência e a eficácia dos Decretos-leis sobre a política salarial. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.68.

42. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
43. _____. *Curso de Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
44. _____. A missão do Poder Executivo no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.117, p.29-49, 1974.
45. FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
46. decretos-lei As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico Constitucional Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.110, p.137-152, abr./jun. 1991.
47. FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991.
48. FOGAÇA, José. Pronunciamento no Senado realizado na sessão do dia 23.10.1996. <http://www.senado.gov.br/web/senador/jofog/disc08.htm> (06.05.2000)
49. FORTES, Paulo Celso. Atividade legislativa do poder executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.84, p.352-355, abr./jun. 1966.
50. FRANCO, Alberto Silva. A Medida Provisória e o princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.648, p.366-368, out. 1989.
51. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

52. GARCÍA ROCA, Javier. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.27, abr./jun. 1999.
53. GONÇALVES, Orestes Campos. A função legislativa do poder executivo: decreto-lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.22, p.174-183, 1972.
54. GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.658, p.240-242, ago. 1990.
55. _____. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.93, p.41-46, 1990.
56. GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.
57. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
58. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
59. _____. Medidas Provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.107, p.5-18, jul./set.. 1990.
60. ICHIHARA, Yoshiaki. *Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1995.
61. IVO, Gabriel. *Constituição Estadual: competência para elaboração do estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997
62. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
63. _____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

64. LIMA, João Frazão de Medeiros. A Medida Provisória e a proibição de sua reedição. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.18, p.442-446, set. 1997.
65. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
66. MACHADO JÚNIOR, Agapito. O uso abusivo de Medidas Provisórias no âmbito do Direito Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.761, p.11-30. Março 1999. disco compacto.
67. MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n.45, p.175-187, jul./set. 1988.
68. _____. Efeitos da Medida Provisória rejeitada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.700, p. 46-47, fev. 1994.
69. MANEIRA, Eduardo. *Direito Tributário: princípio da não surpresa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
70. MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.
71. MEDEIROS SILVA, Carlos. As atribuições constitucionais do Poder Executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.31, p.1-9, 1953.
72. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
73. MÉLEGA, Luíz. A eficácia das Medidas Provisórias reeditadas. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n.7, p.130-133, abr. 1994.
74. _____. Medida Provisória: conversão em lei, promulgação e publicação. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*. São Paulo, n.9, maio 1992.

75. MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as Medidas Provisórias. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.33, p.203-225, jun. 1990.
76. MELLO, Vanessa Vieira de. A Medida Provisória e o Estado Democrático de Direito. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.27, abr./jun. 1999.
77. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1997, v.5.
78. MONTEIRO, Jorge Vianna. *Economia e política: instituições de estabilização econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.
79. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores)
80. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
81. MORAIS, José Luíz Bolzan de, et al. *A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
82. MORALLES, Fernanda Palombini. Da perda da eficácia da Medida Provisória: Juris Síntese. *Legislação e Jurisprudência*, n.16, p.1-7, mar./abr. 1999. disco compacto.
83. MORO, Sérgio Fernando. *Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei*. Curitiba: Juruá, 1998.
84. NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *A chefia do Estado*. São Paulo: RT, 1994.

85. _____. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.
86. PINTO, Felipe Chiarello de Souza. A inconstitucionalidade das Medidas Provisórias de caráter tributário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.27, abr./jun. 1999.
87. PRADE, Pérciles. Medidas Provisórias: análise do substitutivo aos projetos de lei complementar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.660, p.17-27, 1990.
88. RAMOS, Carlos Roberto. *Da Medida Provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
89. RAMOS, Saulo. Medida Provisória. *In: A NOVA ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
90. RANGEL, Leyla Castello Branco. O Poder Legislativo na França. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.9, p.241-280, 1966.
91. _____. O Poder Legislativo na Itália. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.11, p.135-182, 1966.
92. RÃO, Vicente. *As delegações legislativas no Parlamentarismo e no Presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad, 1966.
93. REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1962.
94. _____. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.
95. REVISTA ESPECIAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Coletânea de Medidas Provisórias. São Paulo: Lejur, v.1, 1997
96. ROTHENBURG, Walter Claudius. Reflexões sobre as Medidas Provisórias : inclusive em matéria criminal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.3, p.68-74, jul. 1991.
97. _____. Medidas Provisórias e suas necessárias limitações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.690, p.313-319, abr. 1993.

98. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1995.
99. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
100. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Medidas Provisórias na Constituição Brasileira. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.18, p.446-452, set. 1997.
101. SARTORI, Giovani. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Trad. De Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1996.
102. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constición*. México: Editora Nacional, 1981.
103. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ed. São Paulo: RT, 1989.
104. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
105. TESAURO, Alfonso. *Instituzioni di Diritto Púbblico*. 12.ed. Napoli: Jovene. 1957.
106. UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Normas para apresentação de trabalhos*. 2.ed. Curitiba: Ed. Da UFPR, 1992. 8v.
107. VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Delegação legislativa: a legislação por associações. *Revista de Direito Púbblico*, São Paulo, n.92, p.150-159, 1989.
108. VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 6.ed. Milano: Giufre. 1967.
109. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: il sistema delle fonti del Diritto*. Torino: UTET, 1993. v.1.