

ANA PAULA MARTINS CESCINETTO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS**

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista no curso de Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Professor-orientador: Mauro Rocha.

**CURITIBA
2005**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
I – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	07
1 FUNDAMENTO - SUPREMACIA E RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO.....	07
2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	09
2.1 Inconstitucionalidade formal e material.....	09
2.1.1 Inconstitucionalidade formal.....	09
2.1.2 Inconstitucionalidade material.....	10
2.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	10
2.2.1 Inconstitucionalidade por ação.....	11
2.2.2 Inconstitucionalidade por omissão.....	11
3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
3.1 Quanto à natureza do órgão de controle	12
3.1.1 Controle político.....	12
3.1.2 Controle judicial.....	12
3.1.3 Controle misto.....	13
3.2 Quanto ao momento de exercício do controle	13
3.2.1 Controle preventivo.....	13
3.2.2 Controle repressivo.....	14
3.3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle	14
3.3.1 Controle difuso	14
3.3.2 Controle concentrado	15
3.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial	15

3.4.1 Controle por via incidental.....	15
3.4.2 Controle por via principal ou ação direta	15
4 HISTÓRICO	16
5 EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE.....	17
6 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	19
7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO	21
7.1 Poder de veto	22
7.2 Possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional.....	22
8 CONTROLE PELO PODER LEGISLATIVO.....	24
8.1 Pronunciamento da comissão de Constituição e Justiça	24
8.2 Rejeição do veto do Chefe do Poder Executivo	24
8.3 Sustação de ato normativo do Poder Executivo	25
8.4 Juízo prévio acerca das medidas provisórias	25
8.5 Aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal	25
8.6 Possibilidade de revogação de lei inconstitucional	25
9 CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	26
9.1 Controle difuso.....	26
9.2 Controle concentrado via ação direta.....	27
II – MEDIDAS PROVISÓRIAS	30
1 ORIGEM.....	30
2 NATUREZA JURÍDICA.....	31
3 MATÉRIAS SUSCETÍVEIS DE TRATAMENTO	33
4 PRESSUPOSTOS.....	36

4.1 Pressupostos formais	36
4.2 Pressupostos materiais.....	37
5 TEMPO DE EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA.....	39
6 PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	40
7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	41
7.1 Controle parlamentar	41
7.2 Controle judicial	43
7.2.1 Controle sobre a matéria em seu aspecto substancial.....	45
7.2.2 Controle sobre a matéria em seu aspecto formal	45
7.2.3 Controle sobre os pressupostos.....	46
8 MEIOS PROCESSUAIS DE CONTROLE JURISDICIONAL	
DA CONSITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	55
9 CONSEQÜÊNCIAS DA PERDA DE EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA	
EM FACE DAS AÇÕES INSTAURADAS	56
10 CONSEQUÊNCIAS DA CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI	56
11 REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISORIAS.....	59
12 MEDIDA CAUTELAR	62
13 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa uma análise sobre o controle de constitucionalidade em face das medidas provisórias editadas pelo Chefe do Poder Executivo.

Com o escopo de propiciar maior agilidade a prováveis questões fáticas recobertas de relevante interesse nacional e caráter de urgência em sua aprovação, outorga-se constitucionalmente ao Chefe do Poder Executivo o poder de editar as medidas provisórias, não podendo aguardar a morosidade do processo legislativo. Assim, como matéria relevante e urgente, seriam as medidas votadas no prazo de trinta dias (na redação original do artigo 62 da Constituição Federal) e atualmente no prazo de sessenta dias (com a redação pela Emenda Constitucional 32 de 11 de setembro de 2001¹), posto que o interesse nacional estaria em jogo.

Inobstante, o Poder Executivo vem reiteradamente editando e reeditando medidas provisórias, o que se tornou a regra, em detrimento da utilização excepcional que deveria caracterizar, eis que se trata de exceção constitucional ao princípio da divisão dos poderes. Ao editar medidas provisórias que não se encontram revestidas dos requisitos exigidos constitucionalmente e normalmente reeditando-as repetidamente advém a questão de supra importância sobre a possibilidade do controle destes pressupostos pelos demais poderes.

¹ Artigo 62 da Constituição Federal “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, como força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...)

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

Para chegar a tal análise e resposta, parte-se no presente trabalho, do conceito e fundamentos do controle de constitucionalidade, notadamente o princípio democrático.

A seguir, um breve estudo sobre a origem histórica e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, bem como as formas de controle.

Importa demonstrar o âmbito em que pode haver o controle de constitucionalidade das medidas, adentrando mais detalhadamente, na questão da possibilidade de controle sobre os pressupostos de relevância e urgência exigidos pela Lei Fundamental para a edição das medidas provisórias, especificamente, no controle jurisdicional pelo Poder Judiciário ou se cabível apenas o controle político pelo Poder Legislativo, agora alçado a nível constitucional.

I CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 FUNDAMENTO - SUPREMACIA E RIGIDEZ DA CONSTITUIÇÃO

A constituição de um Estado é considerada sua lei fundamental, é ela quem institui o sistema sobre o qual se fundará o Estado.

José Afonso da SILVA conceitua a constituição como

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado².

Basta tal idéia para a finalidade do presente trabalho, não sendo necessário adentrar nas concepções sobre a Constituição.

As normas constitucionais expressam todos os valores primordiais para a sociedade que rege. O pressuposto da supremacia da Constituição, para Luís Roberto BARROSO “é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas”³.

A Constituição é a base da organização de um Estado, e se situa no topo da pirâmide jurídica - teoria formulada por Hans Kelsen. Para Kelsen, a ordem jurídica é formada por diversas normas jurídicas, em construção escalonada em diversas camadas ou níveis. No topo desta construção está a norma fundamental, que vem a ser fundamento de validade de todas as demais normas⁴.

² SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.º edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 38.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 02.

⁴ Hans Kelsen *apud* VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém : Editora Cejup, 1999, p. 17

A supremacia constitucional vem a ser a posição hierárquica mais elevada dentro do sistema. Em decorrência desta, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente no sistema se não estiver em conformidade com a Constituição.

Como forma de tornar esta supremacia possível adota-se a rigidez constitucional. Através desta, a norma constitucional possui um procedimento de elaboração e alteração distinto, mais complexo do que o necessário para edição de uma lei ou ato infraconstitucional.

A supremacia e a rigidez constitucional vem a ser, na realidade, os pressupostos do controle de constitucionalidade. Isto porque, existindo uma ordem escalonada e devendo todos os atos infraconstitucionais obediência à Constituição, é necessária a previsão de um sistema de proteção deste sistema, uma forma de controlar e retirar a eficácia dos atos que antagonizem com a Constituição.

O controle de constitucionalidade, portanto, visa corrigir eventuais desvios de leis e atos normativos, outorgando unicidade ao sistema e fazendo prevalecer a Constituição do Estado.

Este controle se dá através do confronto entre a lei ou ato normativo com os princípios e regras de determinada ordem constitucional, podendo ser feito no âmbito político ou jurisdicional, conforme será analisado a seguir.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorrendo sobre o controle de constitucionalidade afirma que este

é a verificação de adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação quanto aos requisitos formais – *subjetivos*, como a competência do órgão que o editou – *objetivos*, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto aos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico⁵.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16.º Ed., São Paulo : Editora Saraiva, 1989, p. 37.

O controle de constitucionalidade representa ainda um corolário do Estado de Direito, pois é a garantia de que todos e qualquer ato estatal que ofenda a Constituição possa vir a ser declarado nulo e ineficaz.

2 ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1 Inconstitucionalidade formal e material

A distinção entre inconstitucionalidade formal e material é meramente doutrinária, dependendo do vício do ato legislativo. No entanto, a consequência será a mesma, qual seja, a invalidade da norma, que terá sua eficácia paralisada.

O único caso em que a classificação entre inconstitucionalidade formal e material acarretará efeitos diversos será no caso de incongruência de um ato legislativo em face de uma nova Constituição, que na realidade não é considerado controle de constitucionalidade.

Neste caso, a incongruência material não tem como subsistir sendo a norma automaticamente revogada em face da nova Constituição.

No entanto, em se tratando apenas de incompatibilidade formal, a norma preexistente será recepcionada pelo ordenamento jurídico.

2.1.1 Inconstitucionalidade formal

A Constituição prevê expressamente a forma de produção das leis e espécies normativas. A inconstitucionalidade formal ocorrerá quando um ato legislativo for produzido sem observar as normas de competência ou o procedimento previsto para

sua formulação, como iniciativa, quorum de votação, trâmite nas casas legislativas e outros dispositivos constitucionais.

Na inconstitucionalidade formal pode-se distinguir: a) orgânica - quando o ato legislativo for editado sem observar as regras de competência, que são expressamente previstas na Constituição; b) formal propriamente dita, quando a produção do ato legislativo não seguir o processo legislativo próprio.

2.1.2 Inconstitucionalidade material

Na inconstitucionalidade material, o ato legislativo foi produzido conforme as regras constitucionais, tanto de competência quando de forma (iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação), mas seu conteúdo é incompatível com a Constituição, seja com uma regra ou com um princípio, utilizando-se como parâmetro todas as normas constitucionais, de organização, definidoras de direitos e programáticas⁶.

2.2 Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A Constituição é norma jurídica dotada de imperatividade, podendo, portanto, ser violada por via de ação ou de omissão.

2.2.1 Inconstitucionalidade por ação

⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 28.

Ocorre à inconstitucionalidade por ação quando um dos três Poderes do Estado pratique um ato em desacordo com a Constituição, quando esta proíba sua realização.

Na matéria sob análise, importa os atos típicos do Legislativo que sejam incompatíveis com o texto da Carta Magna, sendo que o controle procura paralisar a eficácia deste ato, que está produzindo efeitos, ou retirá-lo do ordenamento.

Para José Afonso da SILVA, “o fundamento dessa inconstitucionalidade está de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição” (grifos do autor)⁷.

2.2.2 Inconstitucionalidade por omissão

Em sendo a Constituição imperativa, é formada de normas cogentes, determinantes. Pode determinar que o Poder Executivo execute determinada medida. Em não sendo esta realizada, incorre em omissão inconstitucional.

No caso do Poder Legislativo, a Constituição determina que sejam promulgados atos normativos para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais. Quando o Poder não obedece a esta determinação, ou seja, não produz o ato normativo que foi previsto como necessário à integrar o comando normativo, é passível de controle de constitucionalidade por omissão.

A omissão poderá ser total, quando o legislador se abster inteiramente de atuar, ou parcial, quando edita a lei sobre o assunto, mas não de forma integral.

⁷ SILVA, José Afonso. op. cit. p. 47.

Deixa-se de tecer maiores comentários sobre o instigante tema da inconstitucionalidade por omissão por não se tratar do objetivo do presente trabalho.

3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Quanto à natureza do órgão de controle

3.1.1 Controle político

O controle político é realizado por um órgão com natureza política. É o modelo francês, no qual foi retirada a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, criando-se um Conselho Constitucional, cujos componentes são escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento. No caso específico francês, o Conselho não tem o poder de declarar inconstitucional lei já em vigor, mas sim de realizar controle prévio.

No caso brasileiro, pode-se falar que há o controle político realizado pelo Poder Executivo e Legislativo, em que pese o controle seja eminentemente judicial.

3.1.2 Controle judicial

O controle judicial teve início com a experiência norte americana, na decisão da Corte Suprema *Marbury v. Madison*, quando foi reconhecida pela primeira vez a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Na Europa o controle de constitucionalidade iniciou-se na Austria, com a aceitação pela Constituição de 1920 do modelo proposto por Hans Kelsen, criando-se os tribunais constitucionais, de atuação jurisdicional, mesmo que não integrassem a estrutura do Poder Judiciário.

3.1.3 Controle misto

José Afonso da Silva cita ainda o controle misto, que se dá quando a constituição prevê tanto o controle exercido por um órgão e natureza judicial quanto por órgãos de natureza política, exemplificando com a Suíça, em que as leis federais se submetem ao controle político da Assembléia Nacional e as leis locais sob o controle jurisdicional.

3.2 Quanto ao momento de exercício do controle

3.2.1 Controle preventivo

O controle preventivo é o que se realiza antes que o projeto de lei se torne lei, ou seja, antes mesmo da existência de uma lei. E o controle realizado durante o trâmite legislativo, sendo a forma utilizada pelo Conselho Constitucional francês.

No Brasil, embora o sistema seja eminentemente judicial e posterior, há alguns casos de controle prévio, como o realizado pelo Poder Legislativo nas Comissões de Constituição e Justiça e pelo Poder Executivo, no momento da sanção ou veto do Chefe do Executivo, que poderá vetar o projeto de lei já aprovado no Poder Legislativo por entendê-lo inconstitucional.

No direito brasileiro, vem sendo reconhecida também uma hipótese de controle prévio pelo próprio Poder Judiciário, através de deferimento, pelo Supremo Tribunal Federal de mandados de segurança contra tramitação de propostas de

emendas constitucionais cujo conteúdo seja violador de cláusula pétrea da Constituição⁸.

3.2.2 controle repressivo

O controle repressivo é realizado quando a lei ou ato legislativo já está em vigor, buscando paralisar sua eficácia. É realizado no direito brasileiro principalmente pelo Poder Judiciário, através do controle difuso e concentrado, mas também pelo Poder Legislativo e Executivo em casos específicos previstos na Constituição Federal de 1988.

3.3 Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

3.3.1 controle difuso

O sistema de controle de constitucionalidade difuso permite a qualquer juiz e tribunal a análise da constitucionalidade de um ato legislativo, podendo e devendo declarar sua incompatibilidade com a Constituição e a não aplicação da lei naquele caso concreto sob julgamento. Surgiu com a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*.

No Brasil, surgiu com a primeira Constituição Republicana, subsistindo até hoje.

3.3.2 controle concentrado

⁸ V. RDA, 193:266, 1993, MS 21.747, Rel. Min. Celso de Mello.

O sistema de controle concentrado de constitucionalidade outorga a um único órgão ou a um número limitado de órgãos cuja função única ou principal é a realização do controle. Este órgão pode ser jurisdicional ou não.

Tal sistema surgiu na Áustria, seguindo-se a teoria de Hans Kelsen.

No Brasil, a Emenda Constitucional n.º 16 de 6 de dezembro de 1965 introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, legitimando ativamente o Procurador Geral da República.

3.4 Quanto à forma ou modo de controle judicial

3.4.1 controle por via incidental

É o controle exercido por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos, decorrente do modelo americano, no qual a análise da constitucionalidade ou não de determinado ato legislativo é antecedente lógico do mérito da ação, tratando-se de questão prejudicial.

É chamado também como controle por via de exceção ou defesa, porque a inconstitucionalidade também é invocada pela parte demandada como fundamento.

3.4.2 controle por via principal ou ação direta

É o controle exercido por meio de tribunais constitucionais, decorrente do modelo europeu. É analisada a lei em si, independente de qualquer caso concreto. Busca preservar a harmonia do sistema jurídico.

Na ação direta o conjunto de legitimados ativos é prevista na própria Constituição, e o âmbito do processo será discutir uma norma ou uma omissão em contraste com a Constituição.

É normalmente associado ao controle concentrado e no Brasil tem caráter abstrato, embora esta situação não seja regra.

4 HISTÓRICO E SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário surgiu nos Estados Unidos da América, em célebre decisão do Juiz Marshall, prolatada em 1803 no caso *Marbury v. Madison*.

Esta decisão foi a primeira na qual a Suprema Corte americana afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, na forma difusa.

Luís Roberto BARROSO bem expõe as razões enunciadas por Marshall que vem a ser os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, a *supremacia da Constituição*: 'Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação'. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a *nulidade da lei que contrarie a Constituição*: 'Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo'. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: 'É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam⁹ (grifos no original).

Em que pese o voto de Marshall reflita o conflito político existente à época, inclusive o fato de que ele defendia os interesses do partido democrata, tal

⁹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 08.

circunstância não diminui a importância da decisão exarada, eis que definiu a competência do Poder Judiciário para analisar os atos do Poder Executivo e Legislativo à luz da Constituição.

Foi a decisão que primeiro reconheceu o controle de constitucionalidade, reconhecendo o princípio da supremacia da Constituição e da subordinação dos poderes estatais a ela, bem como a competência do Poder Judiciário como intérprete da Constituição e das leis infraconstitucionais em contraponto à ela.

5 EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE

Reconhecida a inconstitucionalidade de um ato legislativo, surge o problema dos efeitos desta declaração, cuja origem do problema se situa na natureza do ato inconstitucional, se este é inexistente, inválido ou ineficaz.

Há três planos distintos, o da existência do ato normativo, da validade e da eficácia.

A existência de um ato jurídico se verifica “quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência”¹⁰.

Ausente ou deficiente um destes elementos, o ato não ingressa no mundo jurídico, sendo inexistente.

Caso seja existente no mundo jurídico, o outro plano é o da validade, ou seja, se os elementos que formam este ato se revestem de todos os atributos exigidos pela lei para sua perfeição. E o caso da competência do agente e do objeto lícito e possível.

¹⁰ Ibidem. p. 12

Por fim, a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão de produzir efeitos.

BUZUID, citado por José Afonso da Silva entende como absolutamente nula a lei inconstitucional. José Afonso da SILVA também expõe a posição de Francisco Campos, de que o ato ou lei inconstitucional é inexistente e de Ruy Barbosa, que acata a nulidade do ato inconstitucional¹¹.

José Afonso da SILVA afirma não ser possível simplesmente transportar a visão privatista da invalidade dos atos jurídicos ao campo da inconstitucionalidade, analisando a eficácia da sentença em separado no caso de controle difuso, concentrado via ação direta genérica, ação interventiva e ação por omissão¹².

Para Luis Roberto BARROSO, a inconstitucionalidade afeta o plano da validade, eis que o ato jurídico (ato legislativo), existente, não foi formado com todos os atributos exigidos. Em sendo inválido não deve ser aplicado, passando, somente aí, para o plano da eficácia¹³.

Em não sendo válido o ato, este será nulo ou anulável.

Para a maior parte da doutrina, o ato legislativo inconstitucional será nulo de pleno direito e a decisão judicial apenas declara tal nulidade, reconhecendo a nulidade preexistente, produzindo efeitos retroativos, desde a entrada da lei no mundo jurídico. Portanto, a lei inconstitucional não produzirá efeitos, devendo a situação voltar ao estado anterior das coisas.

No direito brasileiro, a tese da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente acolhida, desde o início da República.

No entanto, para Hans KELSEN, que idealizou um controle concentrado realizado por um tribunal constitucional, a lei inconstitucional seria válida até que a

¹¹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 52.

¹² Ibidem, p. 53.

¹³ Barroso, Luís Roberto. op. cit. p. 15.

corte pronunciasse sua inconstitucionalidade. Portanto, até este momento a lei seria aplicável, não podendo ser negada sua aplicação pelos juízes. Negava-se aqui a possibilidade de controle difuso. Assim, a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável e a sentença teria caráter constitutivo negativo. Tal tese não teve grande acolhida, não ultrapassando os limites da Áustria¹⁴.

No direito brasileiro, apesar de reconhecida a tese da nulidade da norma inconstitucional, esta vem sendo atenuada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a produção de efeitos em alguns casos, quando há o cotejo com outros princípios constitucionais.

6 SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é judicial e foi instituído pelo Constituição Republicana de 1981, que previu o controle difuso por meio de exceção (artigos 59 e 60). Foi adotado, na época o modelo americano, que com algumas alterações, perdura até a Constituição Federal de 1988.

As Constituições supervenientes à de 1981 foram, pouco a pouco, introduzindo novos elementos, ocasionando a adoção também do sistema concentrado de controle.

Na Constituição de 1934 houve a previsão de três inovações que vieram a se incorporar de forma definitiva ao sistema constitucional brasileiro, quais sejam: da ação direta interventiva (art. 7.º, I, a e b), a previsão da reserva de quorum, ou seja, de que apenas por maioria absoluta de votos dos membros os tribunais poderiam

¹⁴ Hans Kelsen, apud BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 18-19.

declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal da competência de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.

Sob a égide da Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional n.º 16 de 6.12.65 foi instituída a ação genérica direta de inconstitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal e legitimidade ativa do Procurador-Geral da República, sendo ação genérica, trazendo, assim, para o país, o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (artigo 101, I *k* da Constituição), mecanismo análogo aos das cortes constitucionais européias.

A mesma Emenda também permitiu que se criasse processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da constituição estadual.

A Constituição de 1988 manteve o sistema híbrido de controle via incidental e difuso juntamente com o controle por via principal e concentrado.

No entanto a Constituição de 1988 ainda previu algumas inovações, como a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2.º) e o mandado de injunção (artigo 5.º inciso LXXI); a ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103); a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual (artigo 125, §4.º), previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1.º) e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (artigo 102, III).

Por fim, a Emenda Constitucional n.º 3 de 17.3.93 criou a ação declaratória de constitucionalidade.

Completando o sistema, duas leis foram editadas, sendo a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, que regulamenta o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Analisando-se as disposições acima mencionadas, pode-se concluir que o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o jurisdicional, havendo, conforme será visto a seguir, algumas previsões que podem ser caracterizadas como controle político.

Dessume-se também que no Brasil adota-se tanto o sistema difuso, por meio de exceção, quanto o concentrado, através de ação declaratória de constitucionalidade; ação direta de inconstitucionalidade, esta sob três modalidades: interventiva; genérica; supridora de omissão e ainda através da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No entanto, apesar do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil ser eminentemente judicial, há previsões no texto constitucional ou decorrentes do próprio sistema que outorgam aos Poderes Executivo e Legislativo importante papel no controle, seja este preventivo ou repressivo e em caráter concreto ou abstrato.

7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER EXECUTIVO

Zeno Veloso justifica a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo no controle de constitucionalidade pelo dogma da supremacia da Constituição¹⁵. As

¹⁵ VELOSO, Zeno. op. cit. p. 332.

situações abaixo descritas seguem as indicadas por Luis Roberto Barroso em sua obra *Controle de constitucionalidade no direito positivo*. Além das abaixo explicitadas, o autor inclui, tanto na atuação do controle pelo Executivo como pelo Legislativo a possibilidade de iniciativa de ação direta de inconstitucionalidade.

7.1 Poder de veto

O artigo 66, *caput* da Constituição Federal de 1988 estabelece que concluída a votação do projeto de lei, este será enviado ao Presidente da República para sanção.

O parágrafo primeiro do citado dispositivo prevê a possibilidade de veto do Presidente da República caso considere o projeto, no todo ou parte, inconstitucional.

Há um controle prévio de constitucionalidade, previsto na própria Constituição Federal e cuja legitimidade é outorgada ao Chefe do Poder Executivo, impedindo que o ato legislativo inconstitucional ingresse no mundo jurídico.

7.2 Possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional

Em sendo a Constituição Federal suprema, é reconhecida pela doutrina a possibilidade do Chefe do Poder Executivo negar aplicação a uma lei que considere inconstitucional.

Contra tal poder insurge-se Zeno Veloso, afirmando que uma vez que a sanção cabe ao Chefe do Poder Executivo, como poderia ele, após ter sancionado o projeto de lei, participando, portanto de sua formação, acoima-lo de inconstitucional

e negar sua aplicação? Afirma que se trataria de poder de duplo veto ou veto exterporâneo e tardio¹⁶.

Como a promulgação da Constituição de 1988, que outorgou ao Presidente da República e ao Governador do Estado legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, passou-se a ser questionado tal poder, eis que poderia questionar ao Poder Judiciário, intérprete último da lei e da Constituição.

Gilmar Ferreira MENDES, ao que parece, partilha do entendimento de que após 1988, não mais há razão para reconhecer ao Chefe do Poder Executivo a possibilidade de descumprir lei que entenda inconstitucional. Afirma que “a outorga do direito para propor a ação direta, aos chefes do Executivo federal e estadual, retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos na maioria dos casos, a motivação para adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito”¹⁷.

Luis Roberto BARROSO continua reconhecendo a possibilidade do Estado descumprir lei que considere inconstitucional, sob o argumento da supremacia constitucional. Aduz ainda em defesa de sua tese que “até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão poderá fazê-lo o Chefe do Executivo”¹⁸.

Luís Roberto BARROSO cita a Emenda Constitucional n.º 3 de 17.3.93 como confirmatória de sua tese, eis que esta previu o efeito vinculante da decisão proferida em ação declaratória, interpretando que antes da decisão, podem os poderes entender a lei como inconstitucional.

¹⁶ VELOSO, Zeno. op. cit. p. 334.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. In: *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, a. 48, n.º 186, jul./dez. 1995, p. 41.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 66

8 CONTROLE PELO PODER LEGISLATIVO

Luis Roberto BARROSO elenca diversas formas de exercício de controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo, seqüência esta seguida neste trabalho. No entanto, Zeno VELOSO reconhece apenas a discussão sobre a constitucionalidade nas Comissões de Constituição e Justiça nas casas legislativas, e o veto legislativo previsto no artigo 49 da Carta Magna¹⁹.

8.1 Pronunciamento da comissão de constituição e justiça

O artigo 58 da Constituição Federal estabelece que o Congresso Nacional e suas casas terão comissões permanentes, nos moldes previstos no regimento interno, estendendo-se este modelo aos planos estadual e municipal.

Via de regras, as casas legislativas tem uma Comissão de Constituição e Justiça, que analisará os projetos de lei sob a ótica de sua constitucionalidade, sendo, portanto, um controle preventivo, de natureza política.

8.2 Rejeição do veto do Chefe do Executivo

Caso o Chefe do Poder Executivo vete um projeto de lei, este retorna ao Poder Legislativo, que se reunirá para analisar o veto em sessão conjunta, podendo derrubá-lo, mesmo em se tratando de veto por inconstitucionalidade (artigo 66, §4.º da Constituição Federal de 1988). Neste caso, prevalecerá o entendimento do Poder Legislativo.

¹⁹ VELOSO, Zeno. op. cit. p. 334-335.

8.3 Sustação de ato normativo do Executivo

O artigo 49, inciso V da Constituição Federal outorga ao Poder Legislativo o poder de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

8.4 Juízo prévio acerca de medidas provisórias

Com a Emenda Constitucional 32, de 11.11.2001 o artigo 62, §5.º da Constituição Federal passou a prever a análise por cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais da medida provisória, antes da análise do mérito.

8.5 Aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal

Luis Roberto BARROSO entende ainda como uma forma de controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo a possibilidade de editar emendas a Constituição contra teses reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal.

8.6 Possibilidade de revogação da lei inconstitucional

O artigo 52 inciso X da Constituição Federal outorga privativamente ao Senado Federal o poder de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei

declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Cabe mencionar que o Senado, neste caso não declara a lei inconstitucional, mas apenas suspende sua eficácia, com efeitos *ex nunc*.

9 CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil, como já mencionado, é feito tanto de forma difusa e incidental quanto concentrada e via de ação.

Para a análise da possibilidade de controle de constitucionalidade das medidas provisórias, necessário ainda algumas considerações gerais sobre o controle difuso e sobre o concentrado.

Na esfera do controle concentrado, importa para a finalidade do presente estudo o controle via de ação direta, não sendo necessário adentrar no controle da omissão, na argüição de descumprimento de preceito fundamental ou na ação interventiva.

9.1 Controle difuso

Como já mencionado, o controle difuso é realizado tanto por juízes quanto por tribunais, tendo como pressuposto um processo no qual a constitucionalidade de determinado ato legislativo seja questão prejudicial, havendo, portanto, partes e um conflito de interesses.

No decorrer do processo, tanto o autor quanto o réu podem argüir a inconstitucionalidade de determinado ato legislativo, pedindo de forma incidente a

declaração desta inconstitucionalidade. Pode também ser suscitada pelo Ministério Público, quer como parte quer como fiscal da lei. O próprio juiz ou tribunal poderá suscitar a inconstitucionalidade de uma norma que seria aplicável no caso.

Reitere-se que o objeto principal do pedido não é a inconstitucionalidade da lei, mas sim o reconhecimento de um direito, que depende da discussão da constitucionalidade ou não da norma.

Para reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo pelos Tribunais, mesmo de forma incidente, a Constituição Federal previu a reserva de plenário (art. 97), pelo qual esta somente poderá ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou órgão especial. Esta reserva é decorrência do princípio de presunção de constitucionalidade das leis e dela decorre que nenhum órgão fracionário de tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de ato legislativo.

O que mais importa no estudo do controle difuso de constitucionalidade vem a ser a eficácia subjetiva e objetiva da sentença.

A eficácia subjetiva da sentença que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei como matéria incidental à decisão do pedido é limitada às partes do processo, não afetando terceiros. Ainda, a eficácia objetiva é limitada à parte dispositiva, não fazendo parte dela a fundamentação na qual consta a questão prejudicial.

Sobre a eficácia temporal, como já analisado anteriormente, no direito brasileiro, é dominante o entendimento de que uma lei inconstitucional é nula, e portanto, uma vez reconhecida incidentalmente sua inconstitucionalidade no processo deverá ter efeitos retroativos.

A declaração incidental de inconstitucionalidade pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em razão de competência originária quanto em grau recursal

– ordinário ou extraordinário. Ressalte-se que ao Supremo Tribunal Federal também se aplica a reserva de plenário e caso seja declarada incidentalmente inconstitucional um ato legislativo, deverá ser comunicado da decisão o Senado Federal, que poderá suspender no todo ou em parte a execução do ato.

9.2 Controle concentrado via ação direta

O controle concentrado via ação direta visa o pronunciamento judicial em abstrato sobre a validade de uma norma.

Luís Roberto BARROSO afirma se tratar de exercício atípico de jurisdição, “porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei”²⁰.

A questão principal a ser enfrentada pelo órgão julgador é a validade da norma, em confronto com a Constituição Federal. A competência de guarda da Constituição Federal é do Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em confronto com a Constituição Federal (art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal).

A legitimação ativa é fornecida, de forma restrita, pela Constituição Federal, sendo legitimados universais: Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais são o Governador do Estado, a Mesa de Assembléia

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. op cit. p. 114.

Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103 da Constituição Federal).

O processo da ação direta de inconstitucionalidade foi disciplinado pela lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Um dos aspectos importantes da ação direta de inconstitucionalidade é a possibilidade, prevista constitucionalmente, de deferimento de pedido cautelar. Como observa Luís Roberto BARROSO “na prática [...] a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos pela prolongada vigência da medida liminar”²¹.

Para concessão de medida cautelar devem estar presentes a plausibilidade da tese exposta e a possibilidade de prejuízo decorrente da demora da decisão, a irreparabilidade dos danos e necessidade de garantir posterior eficácia da decisão final. Caso deferido o pedido cautelar, todos os julgamentos de processos que tenham como fundamento naquela lei devem ser suspensos, aguardando a decisão final.

O indeferimento do pedido cautelar não gera efeito vinculante.

A decisão final seja procedente seja improcedente é irrecorrível, somente sendo cabível embargos de declaração. A decisão tem efeitos retroativos, salvo expressa deliberação em sentido contrário.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit. p. 143.

II MEDIDAS PROVISÓRIAS

1 ORIGEM

As medidas provisórias foram introduzidas na Constituição da República do Brasil de 1988, vindo a substituir a figura dos antigos Decretos Leis. A razão da substituição pelo constituinte foi a tentativa de findar com a usurpação das funções do Congresso pelo Poder Executivo, extinguindo com os decretos lei.

Ambos os institutos têm como inspiração mais imediata os *provvedimenti provvisori com forza di legge*, consagrado na Constituição italiana de 1947.

Cabe análise superficial sobre as diferenças entre as medidas provisórias e os decretos leis, constatando-se que nas disposições constitucionais anteriores, o Presidente da República poderia expedir os decretos-leis em caso de urgência ou interesse público relevante, vedando-se o aumento de despesa. Havia ainda menção expressa a quais matérias poderiam ser disciplinadas através dos decretos-leis, que vinham a ser: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Publicado o decreto-lei, este tinha vigência imediata, e deveria ser submetido ao Congresso Nacional, que tinha o prazo de sessenta dias para submetê-lo à análise, podendo aprová-lo ou rejeitá-lo, e caso não houvesse deliberação, considerava-se aprovado o decreto. A rejeição pelo Congresso possuía eficácia *ex nunc* não importando em nulidade dos atos praticados durante sua vigência.

No tocante às medidas provisórias, tem-se que o constituinte continuou a exigir os pressupostos da relevância e urgência, não mais delimitando expressamente as matérias que podem ser tratadas via medida provisória. No

entanto, modificou-se a disciplina nos casos em que não há apreciação pelo Congresso Nacional no prazo legal, perdendo, neste caso, a medida provisória sua eficácia desde a publicação, desfazendo-se o ato, desconstituindo-se *ex tunc* devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações decorrentes. Estas são as diferenças básicas, restando na doutrina e jurisprudência a discussão sobre a possibilidade de controle judicial dos pressupostos, que era negada na época dos decretos-leis, e novamente vem sendo desperdiçada, pelo Poder Judiciário, a chance de coibir os abusos do Poder Executivo.

2 NATUREZA JURÍDICA

A medida provisória é elencada, no sistema constitucional brasileiro atual no artigo 59 da Constituição Federal como uma espécie normativa, sendo definida no artigo 62 da Carta Magna (já com alteração provocada pela Emenda Constitucional 32 de setembro de 2001): “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Deve-se partir do princípio que a Constituição Federal tem como princípio a independência dos poderes, incumbindo a cada qual sua função típica. Somente quando permitido pela Carta Magna é que se outorga a determinado poder o exercício de função típica de outro.

Assim, em casos especificamente previstos na Constituição Federal, outorga-se ao Poder Executivo o poder de legislar, como nos casos da lei delegada, ou para responder a questões urgentes que não podem aguardar o trâmite originário que é próprio do Poder Legislativo.

Trata-se, portanto, da outorga constitucional ao Poder Executivo de exercer função legislativa, devendo-se, como exceção que é ao princípio da divisão e independência dos poderes, ser exercido dentro de seus limites constitucionais, submetendo-se a controle pelos demais poderes. A forma como será efetivado este controle é o objeto do presente trabalho.

A doutrina dissente no tocante à natureza jurídica das medidas provisórias, sendo diversas as teorias identificadas por Clèmerson Merlin CLEVE²², ora outorgando-lhe a natureza de ato administrativo com força de lei (para Marco Aurélio GRECO); de ato político, executivo (para Sérgio de Andréa FERREIRA); de poder cautelar legislativo (para Saulo RAMOS), até quem combata exaustivamente sua natureza de lei, como Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

Eros Roberto GRAU afirma que a medida provisória tem natureza de lei, que teria vigência provisória imediata²³.

José Afonso da SILVA afirma que as medidas provisórias sequer deveriam constar no artigo 59, eis que sua formação não se dá por processo legislativo, embora admita que tem força de lei²⁴.

Adota-se, aqui, a posição trazida por Clèmerson Merlin CLEVE, que equipara a medida provisória à lei, afirmando que lei não é apenas o produto formal emanado do Poder Legislativo.

Atualmente, o direito constitucional admite, em determinadas circunstâncias rigidamente disciplinadas, o exercício da função legislativa pelo Executivo. Por conseguinte, a lei não é apenas aquela editada pelo Poder Legislativo. É possível afirmar que, no atual contexto da experiência jurídica, todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, quando praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, será lei, desde uma perspectiva genérica²⁵.

²² CLEVÊ, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2.º ed. São Paulo : Max Limonad, 1999, p. 55-58

²³ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.o. 658, ago. 1990 p. 241

²⁴ SILVA, José Afonso. op. cit. p. 522 e 529

²⁵ CLEVÊ, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 55

3 MATÉRIAS SUSCETÍVEIS DE TRATAMENTO POR MEDIDA PROVISÓRIA

Importa ao presente estudo a menção às matérias que podem ser objeto de medida provisória, eis que, em seguida, será analisado se é possível o controle constitucional judicial sobre este aspecto.

A medida provisória tem por objeto matérias que podem ser reguladas através de lei ordinária. Com a Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, passou a constar no texto constitucional uma série de limitações expressas (artigo 62, §1º da Constituição Federal).

Assim, é vedada a edição de medidas provisórias que versem sobre matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no artigo 167, §3.º da Constituição Federal. Também não pode ser editada medida provisória que vise a detenção ou seqüestro de bens, poupança popular ou outro ativo financeiro.

A Constituição ainda veda medida provisória que disponha sobre matéria já disciplinada em projeto de lei, aprovado pelo Congresso Nacional e que esteja apenas pendente de veto ou sanção presidencial.

Outras Emendas Constitucionais paulatinamente trouxeram novas limitações materiais ao conteúdo das medidas provisórias. A Emenda Constitucional de Revisão n.º 01 de março de 1994 impede que a medida provisória regule o Fundo Social de Emergência. A Emenda n.º 05 de 1995 veda a edição de medida

provisória para regulamentar serviços de gás canalizado pelo Estado. A Emenda 06 de agosto de 95 proíbe a adoção de medida provisória para a regulamentação de artigo da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada a partir de 1995.

A Emenda n.º 07 de 1995 veda a medida provisória para regulamentação do disposto no artigo 21, inciso XI.²⁶ Por fim, a Emenda Constitucional n.º 09 de 1995 dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal, vedando a edição de medida provisória para disciplinar a matéria prevista no artigo 177, incisos I e IV e dos §§1.º e 2.º da CF.

Além destas limitações explícitas, extrai-se do sistema constitucional algumas limitações implícitas, decorrentes de interpretação sistemática.

Algumas matérias são vedadas ao próprio legislador ordinário, tratando-se das matérias reservadas à manifestação do constituinte derivado, não podendo, por certo, a medida provisória dispor sobre matéria reservada ao poder constituinte através das emendas constitucionais.

De outro lado, existem matérias que sequer poder ser objeto de alteração pelo Poder Constituinte, tratando-se do núcleo intangível da Constituição: as cláusulas pétreas. Não estão, portanto, também no âmbito de disposição da ação normativa do Presidente da República.

As matérias reservadas ao Poder Legislativo, não podem ser objeto de delegação, estando previstas no artigo 68, §1.º da CF. Se estas matérias se configuram em reserva absoluta do Legislativo, não podendo sofrer delegação, interpreta-se que o Constituinte não permite a incursão do Poder Executivo, sequer por lei delegada, tanto mais por medida provisória.

²⁶ Artigo 21, inciso VI dispõe competir à União: *'explorar diretamente ou mediante autorização concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais'*.

Não pode a medida provisória dispor sobre matéria reservada à lei complementar.

Outra matéria de significativo interesse e discussão vem a ser a possibilidade ou não de ser editada medida provisória para disciplinar matéria de ordem tributária ou penal. No tocante à matéria penal, a discussão era anteriormente fundamentada pelo próprio princípio da reserva legal, inexistindo dúvidas que a medida provisória não poderia disciplinar matéria penal, especialmente para tipificar crimes e majorar penas.

Atualmente, com a alteração provocada pela Emenda Constitucional n.º 32, a vedação é expressa (artigo 62, §1.º inciso I alínea b).

Na questão tributária, correta a doutrina que veda sua edição, eis que o princípio da legalidade demanda lei formal para instituir ou majorar tributos. Pode aduzir ainda o princípio da anterioridade, que não se coaduna com a característica transitória da medida. Com a alteração do artigo 62 pela EC 32, este entendimento deverá ser revisto, uma vez que prevê expressamente no §2.º do mencionado artigo²⁷, a possibilidade de medida provisória que institua ou aumente tributos, desde que convertida em lei até o último dia do exercício financeiro em que foi editada, a fim de ter validade para o seguinte, como uma forma de obedecer aos princípios retro mencionados.

Como já mencionado, a análise no presente trabalho - apenas a título de citação - interessa para os fins de controle de constitucionalidade da medida provisória em seu âmbito formal, no tocante à matéria tratada.

²⁷ "Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada".

4 PRESSUPOSTOS

Feito um esboço superficial sobre a medida provisória, sua origem, natureza e disciplina, passa-se a um dos pontos de maior importância no estudo desta espécie legislativa, que vem a ser seus pressupostos.

A Constituição Federal, ao disciplinar a matéria das medidas provisórias, elencou pressupostos que legitimariam e autorizariam a sua edição.

José Afonso da SILVA classifica como pressupostos formais a relevância e a urgência, e como pressupostos materiais a matéria possível de ser regulamentada por medida provisória.

No entanto, Clèmerson Merlin CLÈVE adota classificação em pressupostos (a) formais: (aa) edição pelo Presidente da República, (ab) submissão imediata ao Congresso Nacional; (b) materiais: (ba) relevância; (bb) urgência.

Adota-se no presente trabalho a classificação feita por Clèmerson Merlin Clève.

4.1 Pressupostos formais

A medida provisória somente poderá ser adotada pelo Presidente da República, que concentra em si a competência para a prática de tal ato e deve ser imediatamente submetida ao Congresso Nacional para apreciação.

Os pressupostos formais referem-se à competência para editar tal ato, exclusiva do Presidente da República ou do Chefe do Poder Executivo, nos casos em que as Constituições Estaduais reproduzam tal previsão.

Além da competência para o ato, deve seguir o procedimento de elaboração previsto na Constituição Federal, qual seja: a imediata submissão ao Congresso Nacional (artigo 62, *caput* da Constituição Federal de 1988).

4.2 Pressupostos materiais

Conforme classificação adotada, os pressupostos materiais vêm a ser a relevância e a urgência da matéria tratada.

Analisando-se o texto constitucional, percebe-se que a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República ficou condicionada à presença indispensável e cumulativa dos dois pressupostos acima mencionados, quais sejam: relevância e urgência, utilizando o constituinte do conectivo “e”.

Douglas Yamashita, em artigo jurídico afirma que

A relevância do caso é insuficiente para justificar o sacrifício, ainda que parcial, dos princípios da legalidade e da tripartição dos poderes. O conectivo ‘e’, no art. 62 da CF/88 deixa claro e cristalino que, igualmente imprescindível, é a urgência da tomada de providências em caso relevante. Isso significa que determinado direito ou garantia fundamental deve estar sendo ameaçado, de tal maneira, que a demora numa proteção cautelar legislativa, muito provavelmente, levará à perda ou prejuízo irreparável do bem sob ameaça²⁸ (grifos no original).

Relevância e urgência são conceitos jurídicos de cunho indeterminado, que retratam expressões vocabulares plurissignificativas, admitindo várias interpretações, em conformidade com a ótica ou pensamento de cada intérprete.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, sobre esta indeterminabilidade dos conceitos “relevância e urgência”, afirma que

A utilização de conceitos vagos é comum em nosso ordenamento, havendo sempre – citando Saenz Moreno – “uma ‘zona de certeza positiva’, compreensiva das hipóteses em que é indubitosa sua abrangência pelo conceito e uma ‘zona de certeza negativa’, em que é indubitosa sua inaplicabilidade. Assim, apenas e tão-

²⁸ Revista Trimestral de Direito Público – 24, p. 219.

somente no intervalo entre ambas, ou seja, na franja de tais conceitos é que se instaurará uma chamada 'zona de incerteza', de imprecisão. Segue-se que o Judiciário, ao defrontar-se com noções desta ordem – o que sucede a cotio a sem fins – terá que fixar-lhes a significação *in concreto*, sendo aí inevitável a interferência de um critério permeado por algum teor de subjetivismo²⁹.

O mesmo Celso Antônio Bandeira de MELLO, comentando sobre os pressupostos da medida provisória ensina:

Por serem, como visto, excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes que demandem urgente suprimento, é óbvio que só podem ser expedidas quando (a) situação muito grave demande providências imediatas, que tenham de ser tomadas incontinenti pena de perecimento do interesse público que devem suprir e, (b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário³⁰.

Celso Ribeiro BASTOS afirma:

E pacífico o entendimento doutrinário de que a urgência para a edição de medida provisória fica caracterizada quando a adoção de espécie normativa pelo procedimento legislativo ordinário não permitiria o êxito tempestivo da finalidade objetivada pelo Governo. Com relação à relevância, deve ser ela bem mais expressiva do que a relevância comum que toda matéria merecedora de disciplinação legislativa possui³¹.

No caso das medidas provisórias, para Clemerson Merlin CLÈVE:

A relevância demandante de sua atuação não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade³².

Além de relevante, deve a matéria ser urgente, tratando-se de pressupostos cumulativos e não alternativos. A urgência a que se refere o texto constitucional deve ser entendida como a matéria que não pode aguardar o decurso do trâmite

²⁹ RT0758 1998 p. 13.

³⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 6.o. Ed, 1995, p. 63.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional* p. 360

³² CLÈVE, p. 69-70.

ordinário do processo legislativo, ou mesmo o trâmite sumário, devendo ser disciplinada desde logo.

Para Carmen Lúcia ANTUNES ROCHA “a urgência ali questão de data (momento) à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência”³³.

Zeno VELOSO afirma que “urgência, nesta matéria, é a situação que exige normatização imediata, expedita, inadiável, que não pode esperar tempo algum, ao ponto de não se poder deflagrar o processo legislativo ordinário, nem mesmo com o pedido de tramitação de urgência, prevista no art. 64, §§1.º e 4.º da Constituição Federal”³⁴.

Ainda como urgente, deve-se entender não só a vigência da norma editada, mas também sua eficácia, razão pela qual não se aceita como urgente pela doutrina medida provisória que tenha sua eficácia diferida para o futuro, após determinado lapso temporal.

Mais elementos sobre os conceitos de relevância e urgência serão vistos abaixo, na questão da possibilidade de controle de constitucionalidade sobre tais pressupostos.

5 TEMPO DE EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Nos termos do artigo 62, §3.º da Constituição Federal, as medidas provisórias perderão sua eficácia no prazo de sessenta dias, se não forem convertidas em lei, podendo ser prorrogadas uma vez por igual período.

Portanto, o prazo máximo de eficácia de uma medida provisória é de cento e vinte dias.

³³ Apud Clemerson. op. cit. p. 71.

³⁴ VELOSO, Zeno. op. cit. p. 169

José Afonso da SILVA afirma que a medida provisória tem força de lei sujeita a uma condição resolutiva. No prazo de cento e vinte dias, deverá ocorrer uma das três situações abaixo descritas: i) conversão em lei no prazo legal; ii) rejeição no prazo legal; iii) perda da eficácia caso não apreciadas pelo Congresso Nacional.

No caso de rejeição expressa ou falta de apreciação pelo Congresso Nacional, deverá este disciplinar por decreto as relações jurídicas decorrentes da medida provisória, que afinal, entrou no mundo jurídico e produziu efeitos.

6 PROCEDIMENTO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

As medidas provisórias, após editadas pelo Presidente da República, deverão ser imediatamente submetidas ao Congresso Nacional, sendo apreciadas em cada uma das casas legislativas, pelo seu plenário, iniciando-se pela Câmara de Deputados. A sessão de votação é precedida de exame e parecer de uma comissão mista de deputados e senadores.

A análise do mérito das medidas provisórias, ou seja, sobre o seu conteúdo, deverão ser precedidas, em ambas as casas, de um juízo prévio sobre a observância de seus pressupostos constitucionais.

Caso não seja apreciada em quarenta e cinco dias a partir de sua publicação a medida provisória entrará em regime de urgência, trancando a pauta do Senado e da Câmara dos Deputados até sua votação.

O projeto de lei de aprovação da medida provisória poderá alterar seu texto original, caso em que continuará em vigor a medida provisória até a sanção ou o veto do Chefe do Poder Executivo.

7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Neste ponto adentra-se no objeto do presente estudo, o controle de constitucionalidade das medidas provisórias. Obviamente, a medida provisória é objeto de controle de constitucionalidade, notadamente por se tratar de uma excepcionalidade ao princípio da legalidade e da repartição dos poderes.

A questão primordial e que ainda vem sendo negada pelo Supremo Tribunal Federal é a possibilidade de controle dos pressupostos classificados como materiais no presente trabalho: a relevância e urgência. Alguns consideram tais elementos como políticos, somente passíveis de serem analisados pelo próprio Presidente da República no momento de edição das medidas provisórias.

Outros pontos a serem abordados vêm a ser as conseqüências para ações já instauradas de reedições de medidas provisórias, ou mesmo de novas medidas com o mesmo conteúdo principal.

7.1 Controle parlamentar

A Constituição da República prevê, expressamente o controle parlamentar das medidas provisórias, devendo estas, logo que editadas, serem submetidas imediatamente à apreciação pelo Congresso Nacional.

Para alguns doutrinadores, este controle seria apenas político, inexistindo um controle jurídico pelo Parlamento.

Inobstante tem-se que, na realidade, este controle pelo Congresso deve ser jurídico e político ao mesmo tempo. Isto porque, apesar de realizar o controle político, realizará também uma avaliação referente à admissibilidade da medida

provisória, se os pressupostos de urgência e relevância estavam presentes para a edição daquela.

No dizer de José dos Santos CARVALHO FILHO³⁵, o ordenamento jurídico atribui a alguns agentes o poder jurídico de valorar os aspectos subjetivos concernente aos conceitos jurídicos indeterminados. Deste juízo subsequente poderão decorrer duas situações, sendo que na primeira, o juízo de valor subsequente adota os mesmos fatores de valoração do juízo originário e o confirma (juízo de valor confirmatório) e na segunda situação, o juízo subsequente utiliza-se de outros valores e eliminar o primeiro juízo, substituindo-o (juízo de valor substitutivo).

Sob esta ótica, se o Congresso Nacional considera aquela situação que determinou a edição da medida provisória como revestida de relevância e urgência, emite um juízo de valor confirmatório e passa a analisar seu conteúdo, podendo converter a medida provisória em lei. Caso discorde da valoração do Presidente da República, suprime a vontade deste e rejeita desde já a medida provisória.

Trata-se de uma valoração prévia, da admissibilidade da medida provisória, e em havendo os pressupostos de relevância e urgência, passa-se à análise do mérito da medida provisória, que vem a ser seu conteúdo propriamente dito.

Portanto, o Congresso Nacional, ao apreciar medida provisória editada pelo Presidente da República, primeiramente, deve fazer a análise dos pressupostos da medida, verificando a existência de relevância da matéria e urgência em seu tratamento. Inexistindo tais condições, incumbe ao Congresso rejeitar de plano a medida provisória, sem sequer adentrar em seu mérito. Concordando com a valoração, ou seja, entendendo presentes os pressupostos e que a medida

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle da relevância e urgência nas Medidas Provisórias. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 9 jan/jun.1999, p.138.

provisória foi editada observando-se os preceitos constitucionais, aí sim, cabe ao Congresso realizar a análise política sobre o conteúdo da medida, aprovando-a e transformando-a em lei, com ou sem alterações.

Existe o controle constitucional da medida provisória pelo Congresso Nacional, que infelizmente não vem sendo realizado, cingindo-se o órgão parlamentar em realizar apenas a análise política do ato, convertendo em lei diversas medidas provisórias que não possuíam os requisitos constitucionais e portanto, possuem vício de origem.

Celso Antônio Bandeira de MELLO adverte que o controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo é de cunho político, totalmente diverso do juízo jurídico a ser realizado pelo Poder Judiciário no uso de suas atribuições e competência.

Com a alteração nas disposições referentes à medida provisória promovida pela Emenda Constitucional n.º 32, esta análise prévia se tornou determinação constitucional.

O artigo 62, §5.º da Constituição Federal dispõe que a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

Tal alteração de plano demonstra que tais pressupostos são plenamente sindicáveis, quer pelo Poder Legislativo quer pelo Poder Judiciário.

Isto significa também que o entendimento da Câmara dos Deputados (onde se inicia a votação) de que os pressupostos foram observados não vincula o Senado, que pode entender de forma diversa.

7.2 Controle judicial

No Brasil, ao se falar em controle constitucional das medidas provisórias deve-se falar em três níveis: a) controle dos pressupostos de habilitação - relevância e urgência – pressupostos materiais; b) controle sobre a matéria tratada pela medida provisória, se esta aceita tratamento por esta espécie legislativa; c) controle sobre a matéria em si, se atende as normas e princípios constitucionais, da mesma forma como qualquer lei.

Celso Ribeiro BASTOS aceita os três níveis de controle, afirmando que:

... ~~pode ocorrer: a) primeiro um controle dos pressupostos de habilitação~~ (afinal estão ou não presentes); b) depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta regime legislativo provisório ou não); c) finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não só a letra formal, mas sim substancial, as normas e princípios adotados pelo constituinte)³⁶.

Tem-se, portanto, sob esta ótica, que, editada uma medida provisória, poderia o Poder Judiciário ser provocado - mediante ação de controle abstrato de constitucionalidade ou mediante controle difuso - a se manifestar, primeiramente, sobre os pressupostos da medida provisória, ou seja, se o caso que ensejou o ato se revestia de relevância e urgência. Existindo tais requisitos, poderia o Poder Judiciário analisar se a matéria tratada está no âmbito das medidas provisórias, ou se é caso de vedação explícita ou implícita pelo texto constitucional. Por fim, como qualquer outra espécie legislativa, cabível a análise sobre sua compatibilidade com a Constituição Federal.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18^o. ed. São Paulo : Saraiva, 1997 p. 362

7.2.1 Controle sobre a matéria em seu aspecto substancial

O controle de constitucionalidade sobre a matéria em si vem sendo aceito pela doutrina e realizado em sua integralidade pelo Poder Judiciário, que aceita a medida provisória como ato normativo com força de lei, e assim, sujeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade, tanto controle concentrado quanto difuso.

7.2.2 Controle sobre a matéria em seu aspecto formal

No tocante ao controle sobre a possibilidade da matéria de determinada medida provisória ser apta a ser tratada por esta espécie legislativa, tem-se que a doutrina vem, largamente, delimitando o campo substantivo da medida provisória, tanto levando em consideração as limitações explícitas no texto constitucional quanto as implícitas, acima especificadas.

E um controle de aspecto formal, por exemplo, caso o Presidente da República edite uma medida provisória tratando de matéria reservada à lei complementar, que, pela importância para o sistema já foi considerada pelo constituinte como sendo necessário um procedimento diverso para aprovação, de forma a garantir que seja tomada cautela para tal normatização. Assim, fere frontalmente a Constituição Federal a edição de medida provisória, devendo o Poder Judiciário coibir tais atos.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que, somente no caso da medida provisória introduzir norma geral e abstrata é que estaria sujeita a

controle abstrato caso contrário, em se tratando de norma de efeitos concretos, somente seria admissível o controle difuso incidental³⁷.

Neste sentido, tem-se ainda a seguinte decisão:

Medida provisória: limites materiais a sua utilização: autorizações legislativas reclamadas pela Constituição para a prática de atos políticos ou administrativos do Poder Executivo e, de modo especial, as que dizem com o orçamento da despesa e suas alterações no curso do exercício: considerações gerais. Ação direta de inconstitucionalidade, entretanto inadmissível, não obstante a plausibilidade da arguição dirigida contra a medida provisória 1600/97, dado que, na jurisprudência do STF, só se consideram objetos iconeos do controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração do no curso do exercício” Adm 1716. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Informativo do STF, n.º 104, 2.2.98.

Não nos parece existir qualquer dúvida da possibilidade e dever do Poder Judiciário apreciar a constitucionalidade da medida provisória levando em consideração a matéria versada por esta, sob seu aspecto formal, ou seja, se efetivamente aquele conteúdo poderia ter sido objeto de medida provisória.

Com a alteração levada a termo pela Emenda Constitucional 32, que expressamente delimitou matérias que não podem ser disciplinadas através de medida provisória, parte do problema resta solucionado, ao menos no tocante às limitações expressas, permanecendo, no entanto, a existência de posições contrárias ao controle formal pelas limitações implícitas na Constituição.

7.2.3 Controle sobre os pressupostos da medida provisória

No tocante ao controle de constitucionalidade, seja ele concentrado seja ele difuso, sobre os pressupostos de edição das medidas provisórias, verifica-se certo vacilo na doutrina e, infelizmente, na jurisprudência nacional.

³⁷ Adin 1789-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 12.6.98.

Para fins de comparação, tem-se que a doutrina italiana sempre entendeu que os pressupostos de habilitação da medida seriam matéria de exclusiva análise pelo Poder Executivo e Legislativo, este no momento da conversão em lei. No entanto, mais recentemente, a doutrina vem admitindo a possibilidade de controle, citando-se como exemplos dos defensores desta posição Zagebelsky, Biscaretti de Rufia e Piezorusso.

Na jurisprudência, o Tribunal italiano reconheceu sua competência para analisar a obediência aos requisitos de validade constitucional dos decretos-lei, deixando claro que o controle judicial de legitimidade é diferente do controle parlamentar. Tal controle foi realizado no acórdão de n.º 29 de 1995. E pelo acórdão n.º 360 de 1996 o Tribunal Constitucional Italiano também decidiu que a reiteração de decretos-lei não convertidos em lei deve ser considerado inconstitucional³⁸.

Na Espanha, vem-se realizando efetivamente o controle em caso de abuso sobre os pressupostos de habilitação, entendendo a Corte Constitucional que os pressupostos de habilitação se caracterizam em autênticos limites jurídico-constitucionais da atividade governamental.

Na República Federal Alemã, o Tribunal Federal Constitucional delimitou sua própria competência, decidindo não adentrar no campo constitucionalmente estruturado e delimitado da livre atuação política.

No Brasil, de outro lado, sempre houve o temor de que o Supremo Tribunal continuasse a aceitar o entendimento exposto quando do decreto-lei, quando firmou posição de que a análise dos pressupostos cabia exclusivamente ao Poder Executivo, quando da edição da medida e ao Legislativo, quando da conversão ou não em lei, não podendo o Poder Judiciário adentrar nesta seara política.

³⁸ COMPARATO, Fabio Konder. A questão política nas Medidas Provisórias: um estudo de caso. *Revista do Ministério Público* n. 15, Rio de Janeiro, 2002. p. 127 – 128.

a) Doutrina

Antes de adentrar nas decisões do Supremo Tribunal Federal, vejamos a posição de alguns juristas e operadores do direito.

Clélio CHIESA afirma ser **perfeitamente possível o exercício deste controle, de forma a atender aos desígnios constitucionais**³⁹

O ilustre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em passagem transcrita por CHIESA afirma:

O Judiciário não sai do seu campo próprio nem invade discricão administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para a irrupção da aludida competência.

E dizer: sem eles, inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses não haveria condicionado sua expedição a pre-ocorrências destes supostos normativos. Segue-se que tem de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário seu, o delimitamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreria da Constituição, pois teria o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar.

Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decide sua própria esfera competencial na matéria, seja antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito⁴⁰

Em artigo publicado Celso Antônio Bandeira de MELLO indica quais os óbices normalmente levantados ao entendimento da possibilidade do Poder Judiciário adentrar na análise dos pressupostos da medida provisória.

Um deles é a alegação de que os conceitos são vagos, o que, segundo o autor corresponde a incorrer em dois enganos. O primeiro seria em presumir que tais palavras não possuem qualquer inteligibilidade e que a inclusão dos pressupostos de relevância e urgência seria o mesmo que nada. O segundo engano consistiria em

³⁹ CHIESA, Clélio. *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*, Curitiba . Juná, 1996, p. 98

⁴⁰ CHIESA, Clélio. *op. cit.* p. 99.

desconhecer que as expressões têm exatamente a função de delimitar a competência do Chefe do Executivo e para que possam efetivamente cumprir sua função, é essencial a existência do controle judiciário⁴¹.

Ensina o ilustre jurista que em qualquer conceito indeterminado há uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa e neste ponto caberá ao Poder Judiciário analisar e reconhecer se a situação descrita está coberta pela zona de certeza ou não admite esta interpretação, estando certamente na zona de certeza negativa. Apenas na zona cinzenta, quando é possível e razoável admitir-se tanto um entendimento quanto outro, o Poder Judiciário deve entender que o agente, por estar dentro da zona de interpretação, não atuou em desconformidade com a Constituição.

O outro fundamento utilizado para negar a possibilidade do controle judicial dos pressupostos da medida provisória é a existência de um controle parlamentar. Como já mencionado acima, MELLO afirma que tais instâncias não se confundem, o controle político não se insere nas funções típicas do Poder Legislativo e não significa que seja apenas dele a possibilidade de analisar tais pressupostos.

O último argumento citado é o de que o juízo sobre os pressupostos seria político, emanado pelo Chefe do Poder Executivo e não poderia ser adentrado pelo Poder Judiciário. Também este argumento é rebatido por MELLO afirmando que “é específico do Estado de Direito fixar os condicionantes *jurídicos* ao exercício do poder político”⁴².

Eros Roberto GRAU, no mesmo sentido, aceita o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário. Para Marcelo FIGUEIREDO, a relevância e a urgência, embora se possam chamar de discricionárias, são absorvidas e dissolvidas juridicamente no

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. RT – 758 – dezembro de 1998, ano 87, Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias, p. 13

⁴² Ibidem, p. 14-15

momento em que a medida provisória é publicada, passando, então, seu controle para o Congresso e ao Judiciário. Afirma o autor: "a discricionariedade não se confunde com o arbítrio e só existe antes e até o momento da edição da medida provisória que, uma vez editada, é lançada pelo Presidente ao crivo político (e não jurídico) do Congresso Nacional e ao controle jurisdicional através das pessoas legitimadas direta e indiretamente"⁴³.

Em artigo publicado, José dos Santos CARVALHO FILHO, Promotor de Justiça aposentado do Rio de Janeiro nega a possibilidade de controle dos pressupostos de admissibilidade pelo Poder Judiciário, afirmando que a Constituição Federal outorgou expressamente o poder de valorar os conceitos de relevância e urgência ao Poder Legislativo, sendo este, portanto o único legitimado a fazê-lo. Não poderia, na ótica do autor, o Poder Judiciário exercer a conduta controladora, inexistindo inclusive, sob sua ótica, necessidade do controle, que já seria exercido por outro Poder, estando no sistema de freios e contrapesos. A duplicidade de controle poderia causar confusão quanto à valoração, eis que a possibilidade de ocorrerem decisões contraditórias entre os poderes é grande.

.....

Afirma ainda que:

O Judiciário é, e deve continuar sendo, o titular da função jurisdicional, vale dizer, aquela que tem como núcleo central dirimir conflitos de interesses individuais ou coletivos e, só excepcionalmente, atuar com certa conotação política, como é o caso de sua competência para exercer o controle repressivo da constitucionalidade das leis. Não é isso o que ocorre, entretanto, quando a Constituição atribui a outros órgãos ou agentes o poder de emitir juízos de valor sobre certas situações fáticas. Essas valorações são próprias dos Poderes que têm realmente a função diretiva e política do Estado e são eles Executivo e Legislativo"⁴⁴.

⁴³ FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*, São Paulo : Editora Atlas, 1991, p. 57.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle da relevância e urgência nas Medidas Provisórias. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 9 jan/jun. 1999, p. 142

Ronaldo Poletti também firma posição pela impossibilidade do controle jurídico da constitucionalidade, restando apenas o controle realizado pelo Congresso Nacional, que a seu ver, seria de cunho estritamente político, não admitindo que também este controle pelo Congresso possui conteúdo jurídico.⁴⁵

Cumpra trazer à lume o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, lembrado por Clèmerson Merlin CLÈVE e Clélio CHIESA, que implica a plena sindicabilidade dos atos do Poder Público.

Efetivamente, o artigo 5.º inciso XXXV da Constituição Federal estabelece que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Reitere-se que o fato de os conceitos de relevância e urgência se caracterizarem como indeterminados não os delimita como poder discricionário do Poder Executivo e Legislativo, que somente poderia ser adentrado no âmbito político.

De acordo com Almiro do COUTO E SILVA, citado por CLÈVE: O controle judicial sobre conceitos jurídicos indeterminados é, em princípio total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar-se a aplicação correta ou equivocada".⁴⁶

Para Gilmar Ferreira MENDES:

A insindicabilità dos atos interna corporis há de ser considerada cum grano salis. É que, como nota Canotilho, 'levada a extremo, esta doutrina excluiria a possibilidade do controle dos vícios relativos à formação da própria vontade legiferante e determinantes da própria existência da lei'. Daí admitir que o órgão jurisdicional deva examinar a regularidade do processo de formação da lei, tendo em vista a constatação de eventual afronta à Constituição⁴⁷.

⁴⁵ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 111.

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 145.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional, o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 35-36.

Fábio Konder Comparato, recorda que a Constituição Federal de 1988 consagrou a separação dos poderes como princípio fundamental da ordem política (artigo 2.º) e que toda a doutrina publicista moderna entende que a independência e harmonia entre os poderes é a “garantia institucional das liberdades civis e políticas”⁴⁸. Portanto, a separação de poderes não pode ser violada ou diminuída.

No Estado de Direito, as funções de cada poder são bem definidas, embora não completamente puras e estanques, havendo exceções que assim devem ser vistas e interpretadas.

A competência legiferante primária pertence ao Poder Legislativo, podendo inclusive este poder sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar.

As medidas provisórias tal qual concebidas representam, certamente, uma exceção e uma inversão no procedimento legislativo normal, devendo se cingir perfeitamente nos limites constitucionais, e podendo sofrer controle judicial.

Fábio Konder Comparato chega a admitir a responsabilização pessoal do Chefe do Poder Executivo em atos de usurpação do Poder Legislativo, nos termos do artigo 85, inciso II da Constituição Federal e conclui que “o chefe do Poder Executivo só pode intervir na área própria de atribuições do Congresso Nacional, quando se tratar de problema imprevisto, de reconhecida importância, cuja solução pode ficar comprometida caso venha a utilizar o processo legislativo normal. Se a questão a regular não é de excepcional relevância, não há logicamente nenhuma urgência em se baixar um decreto com força de lei”⁴⁹.

Na esteira deste entendimento, Maria Lucia Luz Leiria afirma:

A independência dos Poderes da República como primado da Constituição Federal está em linha direta com o exercício das atribuições de cada poder nos

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 132.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 134

espaços que lhe são próprios, porque só o exercício nos limites da Constituição é que permite a efetiva manutenção do Estado Democrático, princípio insculpido no art. 1.º da Constituição Federal.

[...]

É, desta forma, fácil de se detectar que, na determinação constitucional de permissão do exercício legislativo pelo Presidente da República (Executivo), também se está buscando a própria manutenção do Estado de Direito e, portanto, em sendo atividade permitida, deve estar conforme e nos termos do texto constitucional. Por isso, também cabível seu controle de constitucionalidade pelo órgão que detém constitucionalmente tal atribuição – diga-se 'jurisdição'. É aí que se fortifica o entendimento da legitimidade do STF para dizer sobre a constitucionalidade das Medidas Provisórias, enquanto exercício constitucional limitado pelos termos expressos do art. 62 da Constituição Federal⁵⁰.

b) Jurisprudência

No entanto, apesar de perfeitamente demonstrada a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre os pressupostos da medida provisória pela doutrina, o Poder Judiciário continua se mostrar conservador em tais alegações, sendo vários os casos em que continua a entender como impossível entrar na avaliação dos pressupostos de relevância e urgência, por se tratar de questões políticas, infensas ao juízo do Chefe do Executivo.⁵¹

Na ADIn 1.516-8 em seu voto, o Ministro Sydney Sanches relatou que

A Jurisprudência do STF tem considerado da competência da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. É de se excetuar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência, sendo a relevância da Medida Provisória incontestável (DJU13.08.99).

Em outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 2.150-medida cautelar, o relator Ministro Ilmar Galvão consignou que “os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF”.

⁵⁰ Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região – Porto Alegre, a. 13, n.º 46, 2002, *O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política* p. 53

⁵¹ Neste sentido: Adin 1.397 (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.4.97; Adin 1441-DF (Rel. Min. Octavio Gallotti), j. 28.06.96; Adin 1576-UF (rel. Min. Marco Aurelio), j. 16.4.97.

Numa tímida demonstração de tentativa de alteração deste pensamento, em 1989, o Supremo Tribunal Federal aceitou o controle dos pressupostos de relevância e urgência, mas limitando-a ao manifesto abuso da discricionariedade do Presidente da República, em que pese existirem votos a favor da tese ora exposta.

Nesta decisão o Relator, Min. Moreira Alves afirmou que “os conceitos de relevância e urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judicial quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto”⁵⁴.

Portanto, em que pese ainda tímido, já se admite o controle dos requisitos desde que estes sejam manifestamente improcedentes, ou melhor dizendo, inexistindo no caso, de forma evidente, a relevância e a urgência que fundamentariam a edição da medida provisória.

Julgamento importantíssimo nesta seara foi a da ADInMC 1.753-DF, que teve como Relator o Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 16.04.98, quando foi reconhecida a inconstitucionalidade devido à ofensa ao artigo 62 da Carta Magna pela inexistência de urgência na matéria disciplinada: sobre a prescrição do direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público.

Neste julgamento foi consignado que “o Tribunal reconheceu, excepcionalmente, a ofensa aparente ao art. 62, caput, da Constituição Federal, pela falta de urgência necessária à edição da Medida Provisória impugnada”.

⁵⁴ 9 AdinMc 162, Rel. Min Moreira Alves, j. 14.12.89, DJU 19.9.97.

8 MEIOS PROCESSUAIS DE CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Importa mencionar os meios processuais de controle jurisdicional da constitucionalidade das medidas provisórias. Reitera-se que no Brasil vigora o modelo judicial misto de fiscalização.

Neste ponto, perfeitamente aplicável tudo o que foi dito acima no tópico de controle via de ação direta, ressaltando que a Constituição prevê, em síntese, três tipos de controle concentrado: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade e ação de constitucionalidade por omissão.

No caso das medidas provisórias, a mais freqüente, certamente, será a ação direta de inconstitucionalidade, para a fiscalização dos pressupostos, aspectos formais e materiais.

Em matéria de controle via difusa, a inconstitucionalidade de uma medida provisória poderá ser argüida em qualquer ação tendo um litígio concreto, como matéria prejudicial.

Uma das ações mais comuns em que se dá a alegação de inconstitucionalidade de medidas provisórias é a área tributária, em que quotidianamente são majorados tributos através de medida provisória, cabendo ao contribuinte invocar a manifestação do Poder Judiciário sobre o assunto. Reitere-se ainda que nestes casos, a sentença somente produz efeito inter partes, não afetando terceiros.

9 CONSEQÜÊNCIAS DA PERDA DE EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA EM FACE DAS AÇÕES JÁ INSTAURADAS

Uma vez aceito o controle concentrado de constitucionalidade em face de medida provisória, cumpre a análise sobre o que ocorrerá com a ação já instaurada - seja ela direta ou no controle difuso - nos casos em que a medida provisória perder eficácia pelo decurso do prazo sem apreciação pelo Congresso Nacional ou ainda, quando for convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Claramente, no caso de transcurso *in albis* do prazo sem apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional, perdendo a sua eficácia, com efeitos *extunc* a ação direta de inconstitucionalidade se terá por prejudicada, ante a falta de objeto, eis que não mais está em vigor ou produzindo resultados.

Para Gilmar Ferreira Mendes “não se questiona, diante da jurisprudência tradicional do Tribunal que, rejeitada expressamente a medida provisória ou decorrido *in albis* o prazo constitucional para sua apreciação pelo Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade”⁵³.

10 CONSEQUÊNCIAS DA CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI

Com relação à conversão da medida provisória em lei, deve-se distinguir duas situações, se convertida com ou sem alterações no seu conteúdo.

O fato de ter sido convertida em lei não significa a sanção dos vícios, acaso realmente existes. A inconstitucionalidade formal ou material não se convalida pela aprovação pelo Congresso Nacional, podendo ainda ser declarada pelo Poder

⁵³ JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 25 fev.2004.

Judiciário, não ficando prejudicada a ação, fundamentando-se tal posição no princípio da segurança jurídica e ainda, de economia processual.

Neste sentido, Eros Roberto GRAU, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e Marco Aurélio GRECO, sendo que para este último: "se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade que a atinge desde o momento da adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo"⁵⁴.

Assim, caso a medida provisória seja convertida em lei sem alterações, uma vez que a aprovação e promulgação apenas tornam efetiva sua vigência, preservando-se sua identidade originária, que seria o objeto da arguição de invalidade, a ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada, não havendo que se falar em perda de objeto.

Gilmar Ferreira MENDES cita entendimento segundo o qual

não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade⁵⁵.

Mesmo em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade que questiona os pressupostos da medida provisória, uma vez convertida esta em lei, o vício continua a existir, eis que, apesar de convertida em lei, em não estando presentes os pressupostos de relevância e urgência, aquela lei deveria ter seguido o processo legislativo comum é espécie, e não o procedimento mediante medida provisória.

Tal fato torna a lei inconstitucional, mesmo após aprovada, devendo haver a continuidade da ação e sua declaração de inconstitucionalidade.

De outro lado, a posição do Supremo Tribunal Federal é de que, em sendo convertida em lei, e tendo a lei de conversão modificado substancialmente o

⁵⁴ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, p. 48.

⁵⁵ JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 25 fev.2004.

conteúdo normativo do dispositivo, aí sim, será considerada prejudicada a ação direta. Isto se dá porque houve alteração no conteúdo da lei, não podendo persistir a ação contra a norma que não mais existe em sua integralidade.

Para Gilmar Ferreira MENDES:

Relevante, portanto, para o processo de controle de normas, não é saber se determinada medida provisória foi aprovada com alteração, mas sim se essas modificações alteraram, substancialmente, o objeto da ação instaurada, de modo a afetar a sua própria existência.

É fácil ver que a aprovação de medida provisória com simples alteração formal do texto originário não deveria suscitar maiores problemas no juízo abstrato de normas, uma vez que restaria íntegro e plenamente válido o pedido formulado, sendo facultado ao Tribunal, se entender devido, requerer novas informações junto ao Poder Executivo, bem como solicitar as informações ao Congresso Nacional. (...) Evidentemente, se a medida provisória for aprovada com alterações de tal monta que importem mesmo na derrogação da disposição normativa impugnada, nada mais resta senão proceder-se à extinção do processo⁵⁶.

A posição do Supremo Tribunal Federal merece algumas considerações.

Primeiramente, não basta haver qualquer alteração no texto para caracterizar nova norma e causar de plano a extinção do processo. O Supremo sequer vem admitindo o aditamento da inicial para fins de adequar o pedido formulado originariamente à nova conformação do texto. Como acima citado é essencial analisar se as alterações realmente ocasionaram mudanças substanciais na medida provisória que afetasse a própria existência desta.

Gilmar Ferreira MENDES afirma que a simples alteração formal de texto originário não tem o condão de extinguir o processo no controle abstrato de normas. Para o eminente jurista, apenas acarretaria a extinção do processo a alteração significativa de conteúdo. Indica como possível solução ao caso uma lei que autorizasse o Tribunal a conhecer da ação "sempre que não pudesse afirmar que, no processo de conversão em lei, a disposição impugnada constante da medida

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional, o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 171.

provisória sofreu alterações que afetaram profundamente a sua própria identidade”⁵⁷.

11 REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Por fim, a possibilidade de reedição de medida provisória merece alguns comentários. Primeiramente, tem-se pacífico a impossibilidade de reedição de medida provisória no caso de rejeição expressa pelo Congresso Nacional, sendo entendido inclusive como limitação material ao Poder Executivo, pois se traduziria em clara afronta à separação dos poderes. Eventual medida provisória reeditada após expressa rejeição pelo Congresso necessariamente será inconstitucional, cabendo o controle de constitucionalidade sob tal ótica.

De outro lado, não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo legal, inexistente vedação expressa à possibilidade de reedição.

Esta hipótese sempre provocou dissentimento na doutrina nacional e notadamente entre esta e o Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional 32, com a clara dicção dada ao §10 do artigo 62, veda, na mesma sessão legislativa, a reedição de medida provisória que tenha perdido eficácia por decurso do prazo.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, citado por Zeno Veloso afirma ser necessária distinguir duas situações:

A primeira é a da rejeição da medida provisória. Ou seja, de o Congresso Nacional deliberar expressamente pela não conversão em lei da medida. Nesta hipótese descabe a renovação. Ela, inclusive, poderia configurar crime de responsabilidade (o de tolher o 'livre exercício' do Poder Legislativo).

A segunda é a de haver-se escoado o prazo de trinta dias para a conversão em lei da medida, sem deliberação do Congresso. Neste caso, ocorrendo, ainda, a urgência cabe a renovação. Tal renovação - é certo - pode ser um desafio ao

⁵⁷ Jus navigandi, p. 02.

Congresso, mas este é um problema político, não jurídico. No plano do direito, não há proibição⁵⁸.

Já Zeno Veloso, após concordar que em caso de rejeição expressa não pode a medida ser reeditada, externando entendimento de que também não aceita a reedição de medida provisória que não foi convertida em lei no prazo legal. Fundamenta – em obra escrita antes da Emenda 32:

Embora a Constituição não tenha proibido, explicitamente, esta possibilidade, a vedação decorre do sistema, está implícita no ordenamento. Basta ponderar que a Constituição, no caso, determina que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação, **devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes (CF, art. 62, parágrafo único)**⁵⁹.

Antes da alteração, Clèmerson Merlin CLÉVE já afirmava que efetivamente existem circunstâncias em que a necessidade de reedição será premente, mas que tal fato não pode levar à interpretação de que a medida provisória possa ser usada como meio ordinário de legislação, inclusive mediante a reedição constante de matérias que poderiam perfeitamente passar pelo processo legislativo ordinário, devendo, no seu entender, ser tal conduta coibida pelo Poder Judiciário⁶⁰.

Poderia haver este controle através de ações de inconstitucionalidade, pela ofensa, novamente ao princípio da urgência, eis que, se a medida vem sendo reeditada, como existem exemplos em nossa legislação, por dois ou três anos, claro está a inexistência da urgência alegada.

Outro ponto que merece destaque nesta discussão é a previsão do artigo 62 §3.º da Constituição Federal que prevê a perda de eficácia da medida provisória caso não convertida em lei no prazo de sessenta dias. Ora, tal dispositivo estabelece que com a perda da eficácia, deverá o Congresso disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes. Qual o sentido desta disciplina se pudesse o Poder Executivo

⁵⁸ VELOSO, Zeno. op. cit. p. 166-167.

⁵⁹ Ibidem, p. 167.

⁶⁰ CLÉVE, op. cit. p. 119

continuar a reeditar a medida provisória? A reapresentação de medida provisória ofende a separação dos poderes e viola a norma que fixa um prazo para sua conversão. Portanto, em não se aceitando a reedição de medidas provisórias, tenham estas sido expressamente ou implicitamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, cabível o controle de constitucionalidade, via de ação ou exceção.

Raul MACHADO HORTA, citado por Clèmerson considera que:

Dois fundamentos desaconselham a reapresentação da medida provisória. O primeiro, de natureza política, presumindo que a reapresentação das medidas provisórias não convertidas poderá adquirir a projeção de um conflito entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, dado o caráter desafiador da reapresentação. O segundo fundamento é de natureza jurídica. A Constituição ofereceu a solução que se deve adotar, em caso de não-conversão em lei das medidas provisórias, impondo ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes⁶¹.

Com a alteração realizada pela Emenda Constitucional n.º 32, tem-se expresso na Constituição Federal ser vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso do prazo. Interpretando tal dispositivo se conclui que pode ser reapresentada a medida provisória em outra sessão legislativa.

Além da análise sobre a constitucionalidade da reedição de medidas provisórias, que como já visto, podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, importa também saber o que ocorre com a ação já interposta no caso de reedição da medida provisória?

Facilmente verificável que, em se tratando de reedição pura e simples de medida provisória, o teor da ação não se abala, devendo ser julgada pelo Poder Judiciário. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem exigindo o aditamento da inicial, adequando o pedido à nova medida provisória, com o que deverá fazer referência ao novo diploma normativo.

⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 121.

12 MEDIDA CAUTELAR

E possível a concessão de liminares em ação direta de inconstitucionalidade, conforme disciplina geral. Cabe aqui a análise sobre os efeitos destas liminares em caso de ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória.

Tem-se que, normalmente, no prazo constitucional estabelecido para a vigência da medida provisória é impossível uma decisão definitiva sobre a constitucionalidade da medida.

Para Gilmar Ferreira MENDES, uma liminar eventualmente concedida terá como efeito retirar a força normativa da medida provisória, cabendo ao Congresso Nacional apreciar a medida como projeto de lei.

Uma forma utilizada pelo Poder Executivo para passar pela decisão do Poder Judiciário é a já mencionada reedição de medidas provisórias, cuja solução aceita pelo Judiciário é o aditamento para prosseguimento da ação contra a nova medida provisória e para que também esta tenha seus efeitos suspensos pela medida liminar.

Gilmar Ferreira MENDES apresenta como uma solução ao problema a criação de um procedimento sumário para julgamento das ADIns, que permitam ao Tribunal decidir a controvérsia dentro de um prazo bem menor.

CONCLUSÃO

1) O controle de constitucionalidade é a análise de uma lei ou ato normativo em face da Constituição Federal, verificando se aquele está em perfeita consonância com esta, tanto em seu aspecto formal quanto material.

2) O fundamento primeiro do controle de constitucionalidade é a supremacia constitucional, que decorre da rigidez constitucional. Isto porque a Constituição é a base da organização de um Estado, havendo um meio mais rígido para sua alteração que as normas comuns. O controle de constitucionalidade, portanto, visa proteger a Constituição, garantir que as normas infraconstitucionais não desobedeçam a seus fundamentos e princípios.

3) O sistema brasileiro de controle é híbrido, abrangendo elementos do sistema americano e europeu. No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido pelos três Poderes, em clara aceitação do sistema de freios e contrapesos.

4) O Poder Executivo exerce o controle de constitucionalidade através do veto do Presidente da República em casos de inconstitucionalidade, e também pela recusa em cumprir uma lei que entenda inconstitucional.

5) O Poder Legislativo exerce o controle através da Comissão de Constituição e Justiça, pela rejeição do veto do Chefe do Poder Executivo, da sustação de atos normativos do Poder Executivo, pelo juízo prévio sobre as medidas provisórias, pela aprovação de emenda constitucional que supere interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

6) O Poder Judiciário exerce o controle tanto de forma concentrada quanto difusa, podendo ser via direta ou incidental.

7) O controle principal, via ação direta se refere ao julgamento sobre a lei em abstrato, sem qualquer litígio concreto. Visa o pronunciamento sobre a validade ou

não de determinada lei ou ato normativo. A decisão tem validade em face de todos, tendo efeito vinculante.

8) O controle difuso é exercido por todos os juízes e tribunais, tendo como objeto principal da ação um litígio concreto entre as partes. A análise da validade de determinada lei ou ato normativo é prejudicial à decisão. A decisão tem efeitos apenas inter partes, não vinculando terceiros.

9) A medida provisória é a sucessora do antigo decreto-lei e como este, possui sua origem em figura semelhante italiana, tendo como finalidade outorgar ao Chefe do Poder Executivo um meio ágil para solucionar casos de extrema relevância para o interesse público e urgência preemente, que não pudesse aguardar o decurso do longo processo legislativo.

10) A medida provisória vem a ser uma espécie normativa, equiparada à lei, em que pese não se trate de lei formal.

11) A Constituição Federal elencou expressamente algumas matérias que não podem ser tratadas através de medidas provisórias, existindo ainda outro rol de matérias que são excluídas desta espécie legislativa, em decorrência de uma interpretação sistemática constitucional.

12) O que se vê é o Executivo legislador, sendo que o Chefe do Poder Executivo vem se utilizando largamente desta espécie normativa para quotidianamente ferir o Estado Democrático de Direito e Constituição Federal em seu mais altos princípio, a divisão dos poderes e a consecução da democracia formal, retirando do seio do Congresso Nacional as discussões ideológicas essenciais à edição de uma lei.

13) A medida provisória foi concebida como meio legiferante excepcionalíssimo, mas infelizmente, assim não vem sendo utilizada, sendo cabível,

portanto, aos demais Poderes da República, na clara execução do sistema de freios e contrapesos, fazer cumprir a Constituição, inexistindo o que se chama de juízo discricionário do Chefe do Executivo ao editar a medida provisória.

14) O artigo 62 da Constituição Federal exige dois requisitos ou pressupostos autorizadores da medida provisória, quais sejam: relevância e urgência. Diversamente de discricionariedade, tem-se, sim, conceito indeterminado, cuja avaliação deve ser feita tanto pelo Poder Legislativo, no momento em que a medida é submetida à sua apreciação, quanto pelo Poder Judiciário, tanto em controle de constitucionalidade difuso quanto concentrado.

15) O Congresso Nacional deve, não somente realizar um controle político, mas também jurídico, verificando a presença dos requisitos para só então passar a análise da matéria da lei propriamente dita. O controle legislativo previsto expressamente na Constituição Federal não exclui o controle judiciário, o que por si só caracterizaria o arbítrio pelo Chefe do Poder Executivo, concedendo-lhe o direito de legislar ilimitadamente.

16) O Poder Judiciário também tem o poder de efetivar o controle de constitucionalidade das medidas provisórias, tanto nos aspectos formais quanto materiais e principalmente da presença da relevância e urgência para sua edição, tanto no controle difuso quanto e principalmente pelo controle concentrado.

17) O fundamento maior que permite ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo adentrarem no pressuposto das medidas provisórias no momento de seu controle é o princípio democrático, segundo o qual o Poder Executivo, tal como os demais, em sua atuação funcional, sujeita-se ao princípio da supremacia das normas constitucionais.

18) Outro fundamento da possibilidade de amplo controle sobre as medidas provisórias é a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, que visa a fiscalização entre si por parte dos três poderes.

19) A posição de não adentrar nesta análise, fundamentando-se se situar no campo político é temerosa, decorrendo, com certeza, da forma como ainda são escolhidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, escolhidos pelo próprio Presidente da República.

20) Conclui-se ser perfeitamente possível, e mais que isso, insere-se dentro da função jurisdicional do Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, devendo realizá-la em seus três aspectos, quais sejam: presença dos pressupostos; aspecto formal da matéria tratada; sobre a matéria em seu aspecto substancial.

21) Em caso de transcurso do prazo sem apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional, perdendo esta a sua eficácia, com efeitos *ex tunc* a ação direta de inconstitucionalidade ficará prejudicada, ante a falta de objeto, eis que não mais está em vigor ou produzindo resultados.

22) A conversão de medida provisória em lei não convalida eventuais vícios formais ou materiais, cabendo o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade anteriormente instaurada.

23) Caso seja a medida provisória convertida em lei sem alterações em seu conteúdo continua a subsistir, devendo a ação direta de inconstitucionalidade ser julgada, não havendo que se falar em perda de objeto.

24) Caso seja a medida provisória convertida em lei com alterações meramente formais também mantém seu conteúdo intacto, devendo apenas ser

emendada a inicial da ação direta de inconstitucionalidade para os fins de adequar o pedido.

25) Apenas em caso de conversão da medida provisória com alterações no texto é que se considera uma nova lei e portanto, ocasiona de plano a extinção do processo.

26) Pacífico o entendimento sobre a impossibilidade de reedição de medida provisória no caso de rejeição expressa pelo Congresso Nacional, sendo entendido inclusive como limitação material ao Poder Executivo, pois se traduziria em clara afronta à separação dos poderes. Eventual medida provisória reeditada após expressa rejeição pelo Congresso necessariamente será inconstitucional, cabendo o controle de constitucionalidade sob tal ótica.

27) Não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo legal, inexistente vedação expressa à possibilidade de reedição. Pode haver controle de constitucionalidade através de ações de inconstitucionalidade, pela ofensa, novamente ao princípio da urgência, eis que, se a medida vem sendo reeditada, como existem exemplos em nossa legislação, por dois ou três anos, claro está a inexistência da urgência alegada.

28) Em se tratando de reedição pura e simples de medida provisória, o teor da ação não se abala, devendo ser julgada pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo : Dialética, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18^o. ed. São Paulo : Saraiva, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle da relevância e urgência nas Medidas Provisórias. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 9 jan/jun.1999, p.138.
- CASTRO, Robson Gonçalves. Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública. *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, a.32 n. 126, abr/jun. 1995.
- CHIESA, Clélio. *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*, Curitiba : Juruá, 1996, p. 98
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2.^o ed. São Paulo : Max Limonad, 1999.
- _____. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. A questão política nas Medidas Provisórias: um estudo de caso. *Revista do Ministério Público* n. 15, Rio de Janeiro, 2002.
- CRUZ, Paulo Márcio. Processo legislativo, medidas provisórias e controle de constitucionalidade das leis. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação legislativa e a jurisdição constitucional. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, p. 252-267.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*, São Paulo : Editora Atlas, 1991, p. 57.
- GRAU, Eros Roberto. Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.o. 658, ago. 1990 p. 241
- GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991, p. 48.

- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O controle de constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Porto Alegre, a. 13, n. 46, p. 13-61. 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional, o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 35-36.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Jurisdicional dos Pressupostos de validade das medidas provisórias. *Revista dos Tribunais* 758, Dezembro de 1998.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo : Dialética, 2001.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 111.
- YAMASHITA, Douglas. Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.o. 24.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª. Malheiros Editores : São Paulo, 2002.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém : Editora Cejup, 1999.