



SENADO FEDERAL
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO
UNILEGIS

ANA PAULA DE AZEVEDO CARVALHO

**A MEDIDA PROVISÓRIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Brasília – DF

2008



Universidade do
Legislativo Brasileiro



Universidade Federal de
Mato Grosso do Sul

ANA PAULA DE AZEVEDO CARVALHO

**A MEDIDA PROVISÓRIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro e pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de especialista em direito legislativo.

Orientador: Joanisval Brito Gonçalves

Brasília

2008

A MEDIDA PROVISÓRIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trabalho de Conclusão de Curso de especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro e pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul no 2º semestre de 2008.

Aluna: Ana Paula de Azevedo Carvalho

Banca Examinadora:

Joanisval Brito Gonçalves

Clarita Costa Maia

Brasília, 04 de dezembro de 2008.

RESUMO

Este estudo visa analisar a convivência do instituto da medida provisória, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988, com a permanência do princípio da separação dos poderes como fundamento do sistema político pretendido pela Constituição Federal, que assegura condições e prerrogativas para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito. O tema é relevante, sobretudo diante do questionamento acerca da violação da independência dos poderes, que devem exercer controle uns sobre os outros, sem, contudo, interferir de modo que inviabilize o desempenho de suas funções típicas. São inúmeras as críticas à edição de medidas provisórias e a interferência que representam no Poder Legislativo.

Palavras-chave: controle; medidas provisórias; pressupostos constitucionais; separação de poderes; violação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. Notas à Teoria da Separação dos Poderes	10
1.1 Histórico – De Montesquieu ao século XXI.....	10
1.2 Doutrina e conceitos	13
2. Medidas Provisórias	19
2.1 Breve histórico – do decreto-lei à medida provisória modificada pela EC 32.....	19
2.2 A Emenda Constitucional nº 32, de 2001	26
2.3 Admissibilidade – requisitos constitucionais de relevância e urgência.....	31
2.4 Prática e procedimento legislativo da Medida Provisória – Prazos e sobrestamento de pauta	36
3. A Medida Provisória à luz do princípio da separação dos poderes	43
3.1 Relações Executivo – Legislativo: observância dos pressupostos constitucionais de admissibilidade e das limitações em razão da matéria	43
CONCLUSÃO.....	54
BIBLIOGRAFIA	58
ANEXO	61

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como proposta fundamental analisar a convivência do instituto da medida provisória, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988, com a permanência do princípio da separação dos poderes como fundamento do sistema político pretendido pela Constituição Federal, que assegura condições e prerrogativas para o funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

A idéia de separação de poderes, que é um dos princípios fundamentais da democracia moderna, surgiu visando evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado Absolutista que precede as revoluções burguesas, e fundamenta-se com as teorias de Aristóteles, de Montesquieu e de John Locke. Idealizou-se um mecanismo que evitasse esta concentração de poderes, onde cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos.

Ressalta-se que a identificação dessas funções distintas do Estado foi imaginada já na teoria de Aristóteles, cabendo à teoria de Montesquieu evidenciar que tal divisão de funções permitiria um maior controle do poder estatal a partir de um sistema de freios e contrapesos, no qual cada órgão exerça as suas competências e também controle o outro. Oportuno observar que o princípio chamado de tripartição de poderes reflete, na verdade, uma separação das funções legislativa, executiva e judiciária, e não uma separação do poder, que é uno e, em um Estado Democrático, pertence ao povo.

A Constituição brasileira de 1988 consagrou a teoria da separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos, que determina que apesar de independentes, os poderes do Estado devem atuar de maneira harmônica. No texto constitucional foram aprovados muitos dispositivos que têm como fundamento evitar o arbítrio e garantir os direitos fundamentais do Homem, prevendo expressamente a existência dos Poderes do Estado, bem como a instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais

e criando mecanismos de controle recíprocos. Todos esses cuidados visavam a continuidade do Estado Democrático de Direito¹.

As medidas provisórias estão previstas no artigo 62 da Constituição Federal, que estabelece o processo legislativo e limitações deste mecanismo. Ressalta-se que o processo de apreciação pelo Congresso Nacional das medidas provisórias deve observar prazos rígidos, objetivando que estas sejam apreciadas enquanto válidas. Findo o prazo de 45 dias contados da publicação, a apreciação da medida provisória entra em regime de urgência constitucional, sobrestando todas as demais deliberações da Casa Legislativa que a estiver analisando até que seja concluída a votação².

Merece atenção o fato de o regime de urgência constitucional implicar no sobrestamento das deliberações legislativas (art. 62, § 2º, da CF/88). Observa-se que a edição excessiva de medidas provisórias, inclusive de medidas que não atendem aos critérios de relevância e urgência e que muitas vezes violam as vedações constitucionais, impedem os trabalhos do Poder Legislativo, visto que fica impedido de deliberar sobre outras matérias e projetos de relevante interesse social.

Neste ponto, surge o questionamento acerca da violação da independência dos poderes, que devem exercer controle uns sobre os outros, sem, contudo, interferir de modo que inviabilize o desempenho de suas funções típicas. São inúmeras as críticas à edição de medidas provisórias e a interferência que representam no Poder Legislativo.

Realmente, quando se observa que as pautas das Casas Legislativas estão constantemente sobrestadas para apreciação das inúmeras medidas provisórias, tem-se a impressão de que o Poder Executivo está invadindo a esfera do Poder Legislativo. No entanto, não se pode ignorar os inúmeros mecanismos de controle previstos na Constituição e à disposição do Poder Legislativo, inclusive com o poder de rejeitar as medidas provisórias apresentadas.

Com enfoque nos Poderes Legislativo e Executivo, é possível enumerar diversas hipóteses de controle do Legislativo sobre o Executivo e vice-versa. São exemplos de controle do

¹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 137/141.

² JUNIOR, Gabriel Dezen. *Direito Constitucional – curso completo*. Brasília: VESTCON. 2001. p. 379/387.

Legislativo sobre o Executivo a possibilidade daquele sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, bem como a deliberação sobre o veto presidencial, podendo o Poder Legislativo derrubá-lo, com grande custo político.

O controle do Executivo sobre o Legislativo tem como exemplos a possibilidade de o Presidente exigir regime de urgência em projetos de lei de sua autoria, a prerrogativa de veto ou sanção e, finalmente, o tema deste trabalho, a edição de medidas provisórias com força de lei, em casos de relevância e urgência. Cabe ressaltar que o objeto deste trabalho está centrado nas relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, com foco no controle parlamentar das medidas provisórias, tratando somente em segundo plano do controle jurisdicional das mesmas.

Ademais, após a Emenda Constitucional nº 32/2001, com a vedação à reedição das medidas provisórias não apreciadas no prazo ou rejeitadas na mesma sessão legislativa, o Legislativo resgata maior controle parlamentar sobre o uso do instituto. Tal prerrogativa esvazia ainda mais o argumento de afronta ao princípio da separação dos poderes, visto que há inúmeros instrumentos de controle (parlamentar e jurisdicional) hábil a conter excessos do Executivo, tanto à disposição do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário. Isso posto, cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, no caso do controle parlamentar, se posicionar de modo a evitar abusos na edição de medidas provisórias, resguardando sua função típica legiferante, afirmando, desta maneira, o princípio da separação dos poderes.

A metodologia empregada no presente trabalho foi essencialmente da pesquisa bibliográfica sobre o fundamento teórico do princípio da separação dos poderes, dos mecanismos de controle parlamentar e jurisdicional, do instituto da Medida Provisória e seu procedimento legislativo, assim como para o levantamento conceitual dos termos empregados, baseada em livros nacionais e estrangeiros e artigos científicos, bem como em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nos processos de matérias, sinopses, levantamentos, e Anais do Congresso Nacional.

Na Parte 1 será tratado o tema da teoria da separação dos poderes, com um breve histórico e igualmente breve dissertação sobre questões doutrinárias e conceituais. A Parte 2 analisará o instituto da medida provisória, seus antecedentes, sua aplicação no ordenamento jurídico

brasileiro, seu procedimento legislativo e as normas regimentais, tendo o cuidado de comparar o artigo 62 original e o modificado com a Emenda Constitucional nº 32/2001. Ainda nessa parte, há um estudo sobre a admissibilidade da medida provisória e os pressupostos constitucionais da relevância e urgência. Por fim, a Parte 3 demonstrará como se realiza na prática a convivência entre o instituto da medida provisória e o resguardo do princípio da separação dos poderes, analisando o uso dos instrumentos constitucionais disponíveis para o controle parlamentar, em primeiro plano, e o controle jurisdicional, em segundo.

1. Notas à Teoria da Separação dos Poderes

1.1 Histórico – De Montesquieu ao século XXI

No século XVIII, com a obra de Montesquieu, intitulada *De L’Esprit des Lois*, surge a teoria da separação dos poderes. Formulada por Montesquieu, a teoria buscava, inicialmente, garantir a liberdade dos indivíduos. Segundo o teórico, não existe liberdade quando o poder legislativo e o executivo reúnem-se na mesma pessoa (ou órgão), uma vez que isso possibilitaria a edição de leis tirânicas para sua posterior execução pelo mesmo “ente”.

Montesquieu, ao analisar as formas de governo, inova ao conceber a teoria da separação dos poderes, acreditando que a existência da liberdade só é possível em um regime de divisão e separação dos poderes, de forma que a cada um corresponda uma função (competência) específica. Conforme o autor são três as principais “ordens de poder”: o Legislativo, que faz as leis; o Executivo, que aplica as leis em geral; e o Judiciário, que aplica as leis em casos particulares. Ainda, segundo a mencionada teoria, cada poder (função) deve ser independente, com competências específicas e prerrogativas próprias, inconfundíveis com a dos outros poderes. Somente assim, acreditava Montesquieu, a liberdade estaria garantida pela limitação do exercício de um poder pelo outro.³

A teoria de Montesquieu representa uma evolução por considerar um sistema onde existem três poderes – legislativo, executivo e judiciário –, harmônicos e independentes entre si, representando funções fundamentalmente distintas, ainda que seu exercício seja conferido ao mesmo órgão. Entretanto, considerava ideal que cada função fosse atribuída a um órgão próprio.

Ao dividir as funções e limitar competências, buscou-se o equilíbrio entre os poderes como forma de assegurar a liberdade e os demais direitos dos cidadãos, como ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A teoria clássica da divisão dos poderes foi construída com um claro acento anti-hierarquizante. Sua finalidade básica era explodir a concepção verticalmente monolítica do poder político, que até então o reduzia à figura convergente, uma e suprema de um único soberano. Dividindo-se o poder, supôs-se,

³ FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. P. 180-181.

seria possível uma progressiva separação entre política e direito e, em conseqüência, estabelecer condições para a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão. Em nome do equilíbrio entre os poderes divididos, regulava-se, no fundo, a influência da política na administração do Estado, vista como legítima e pertinente no plano do Legislativo, parcialmente legítima e pertinente no plano do Executivo e fortemente neutralizada no plano do Judiciário.

Nos quadros do estado de direito, esta neutralização é uma peça-chave na efetivação do princípio da separação dos poderes. A relação de independência e harmonia, que deve existir entre eles, exige um princípio com força capaz de controlar as paixões políticas. Nesse sentido fala Montesquieu do Judiciário como um poder de certo modo nulo, mas que constitui, não obstante, a mais alta autoridade nos governos constitucionais.⁴

No início do século XVI, Maquiavel registrou em sua obra, “O Príncipe”, que já se distinguia na França os três poderes - legislativo, executivo e judiciário⁵ - com o objetivo de preservar a liberdade e a segurança do rei. No entanto, a sistematização doutrinária da separação de poderes, que admitia quatro funções fundamentais, decorre da obra de Locke, no século XVII. Essas funções eram exercidas por apenas dois órgãos, o Parlamento e o rei. Ao primeiro cabia a função legislativa. Ao rei, cabia a função executiva, a qual abrangia também a chamada função federativa (relacionada aos temas externos, como declaração de guerra e paz e alianças). Ainda cabia ao rei a quarta função, que constituía uma prerrogativa, pois permitia ao monarca não se submeter às regras quando agisse em nome do bem público.⁶

O diferencial da teoria formulada por Montesquieu consiste na necessária correlação de uma divisão orgânica para cada divisão funcional, de forma que “*tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos*”, conforme Celso Ribeiro de Bastos⁷. Assim, deve haver um órgão ao qual seja atribuído o desempenho de cada uma das funções (legislativa, executiva, judiciária), sem que haja qualquer vínculo de subordinação entre eles⁸.

Este mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a introdução do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) encontrado na Constituição norte-americana, no século XVIII, pelos *Founding Fathers* (*The Federalist Papers*). A chamada ‘separação dos poderes’ não exigiria, assim, que os poderes legislativo, executivo e judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Poder judiciário e decisão política. Folha de São Paulo, 15.12.1993. In: FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. P 470.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit. P. 217/218.

⁶ Jonh Locke, Segundo Tratado sobre o Governo, XII, XIII e XIV. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 218.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. P. 560/

⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 32.

interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais.

No século XIX a idéia da separação dos poderes já havia sido incorporada pela doutrina política como mecanismo eficaz e necessário para evitar governos absolutos. Por essa época foi agregada à finalidade única de preservação da liberdade, inspiradora da teoria, também a busca pelo aumento de eficiência do Estado, distribuindo atribuições a órgãos especializados.⁹ Dalmo Dallari ressalta que a concepção moderna da teoria da separação dos poderes foi construída gradativamente, conforme o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais.¹⁰

A Constituição brasileira de 1988, buscando evitar o arbítrio e garantir os direitos fundamentais do Homem, previu expressamente a existência dos Poderes do Estado, bem como da instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e criando mecanismos de controle recíprocos. Tal repartição de poderes visa a assegurar a continuidade do Estado Democrático de Direito.¹¹

Dessa forma, a Constituição Federal consagrou a teoria da separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos, que determina que apesar de independentes, os poderes do Estado devem atuar de maneira harmônica. Para tanto, o texto constitucional consagra um sistema de mecanismos de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que um Poder controle os demais e seja também controlado por eles.

Em resumo, a teoria da separação dos poderes foi idealizada quando se almejava limitar a atuação do Estado, restringindo-lhe o poder. Contudo, a sociedade evoluiu de modo a demandar a participação do Estado em diversas áreas, impondo a existência de um arcabouço legal mais complexo. Assim, para criação de normas gerais, o Legislativo precisa estar informado das ações do Executivo e dos meios à disposição deste para a concretização das normas exaradas por aquele. Por outro lado, o Executivo necessita responder às demandas sociais, inclusive às graves e urgentes, e não pode depender do moroso processo de elaboração legislativa.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 216.

¹⁰ Ob. Cit. P. 218.

¹¹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. P. 137-141.

1.2 Doutrina e conceitos

Quando se tratar da expressão *separação de poderes*, deve-se observar a importância de se diferenciar *poder* de *função*, visto que o primeiro é uno e indivisível, mas pode ser exercido por diferentes órgãos, sem que perca a unidade. Ressalta-se que tal distinção se faz necessária para a compreensão de que a desconcentração do poder em vários órgãos visa à proteção da liberdade individual, porquanto a concentração do poder conduz a um governo ditatorial. Por outro lado, a distribuição de funções visa o aumento da eficiência do Estado, na medida em que o desempenho de suas atribuições é organizado apropriadamente.¹²

Remotamente, Aristóteles já vislumbrava o perigo de se concentrar o exercício do poder e menciona brevemente o problema da eficiência. No século XIV, Marsílio de Pádua, estabelece a diferença entre o poder legislativo e executivo, sendo o povo o titular do primeiro e, o príncipe, do segundo.

Com a obra *De L'Esprit des Lois*, e a formulação da teoria da separação dos poderes por Montesquieu, o pensamento político ocidental evoluiu para considerar um sistema onde existissem três poderes – legislativo, executivo e judiciário –, harmônicos e independentes entre si, como anteriormente citado.

Analisando a nova roupagem da teoria trazida por Montesquieu, Dallari¹³ considera:

O ponto obscuro da teoria de Montesquieu é a indicação das atribuições de cada um dos poderes. Com efeito, ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo ‘das coisas que dependem do direito das gentes’ e outro poder executivo ‘das que dependem do direito civil’. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, que por ele o Estado ‘pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos’. E acrescenta: ‘chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado’. O que se verifica é que Montesquieu, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse.¹⁴

Como é óbvio, dando atribuições tão restritas ao Estado, Montesquieu não estaria preocupado em assegurar-lhe a eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit. P. 217.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit. P. 219.

¹⁴ Montesquieu, De L'Esprit des Lois, especialmente o livro VI. IN: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 218.

Visando mitigar o poder do Estado, a teoria da separação dos poderes foi consagrada como um dos pilares do Estado Moderno, sustentáculo da democracia, integrando a função limitadora da Constituição. Dessa forma, o imperativo da separação dos poderes passou a figurar de maneira expressa na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), bem como na Constituição norte-americana.

A idéia da separação dos poderes, incorporada pelas Constituições como corolário do Estado Democrático, inaugurou um sistema de controle que ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos. Segundo este sistema os atos praticados pelo Estado podem ser de duas espécies: gerais ou especiais. Os primeiros, de competência exclusiva do Poder Legislativo, consistem na elaboração de regras gerais e abstratas; enquanto os segundos, de competência do Executivo, possuidor dos meios necessários para atuar concretamente, deverão ser praticados dentro dos limites da norma geral exarada pelo Legislativo. Ao Judiciário, por sua vez, cabe fiscalizar a atuação dos outros poderes, de forma a obrigá-los a respeitar os limites da respectiva esfera de competência.

Destarte, se mostrou inviável na prática a separação rigorosa dos poderes, haja vista que a independência total entre os poderes os distanciaria da vontade política central. É, pois, imprescindível que haja coordenação entre os poderes, com objetivo de harmonizá-los e, dessa forma, viabilizar os fins do Estado. Necessário também permitir que um poder desempenhe funções típicas dos outros de forma excepcional ou subsidiária para permitir que cada poder (órgão) seja independente na sua administração e organização.

O tripé fundamental do Estado constitui-se na e pela Constituição Federal, que disciplina as competências, limitando a atuação de cada um dos poderes, considerando, além da harmonia e da independência, o equilíbrio entre eles, diante da complexa organização estatal. Assim, ao exercer sua função, o Executivo deve observar não só as leis editadas pelo Legislativo, como à sua fiscalização direta, e também, submeter-se ao controle judicial de legalidade. Enquanto o

Legislativo tem sua atuação limitada pelo Poder Judiciário – intérprete e aplicador da lei no caso concreto –, e pelo Poder Executivo, aplicador de todo ordenamento jurídico-normativo.¹⁵

Contudo, esse sistema clássico de controle muitas vezes não é suficiente para manter o equilíbrio entre os poderes, principalmente, no caso brasileiro, quando se considera a ausência de uma Corte Constitucional propriamente dita e o complexo político onde se viabilizam sistemas denominados “hiperpresidencialismo” e “presidencialismo de coalizão”, formas contemporâneas que esbarram no modelo inicial de “freios e contrapesos”.

Nesse sentido:

... os eventuais embates institucionais acabam não sendo satisfatoriamente resolvidos pelo sistema clássico de ‘freios e contrapesos’, permitindo, em última análise, o possível comprometimento do tradicional tripé em que se assenta a base nuclear da democracia e, em particular, da estabilidade do regime político democrático.¹⁶

Reis Friede observa, ainda:

O indispensável – é absolutamente frisar – é que seja, a todo custo, resgatado o denominado efeito sinérgico da tríade basilar dos poderes do Estado, preservando, em consequência, a perfeita harmonia, a verdadeira independência e, sobretudo, o rigoroso equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Somente a abordagem harmônica e equilibrada da famosa vertente de três pontas, consoante os ensinamentos clássicos de Montesquieu, pode, de forma definitiva, imprimir o substrato necessário a propiciar (e mesmo assegurar) as condições mínimas de uma verdadeira democracia que deva ser obrigatoriamente forte em sua essência e permanente em sua acepção temporal.

(Não podemos deixar de ratificar mais uma vez que a harmonia e o equilíbrio dos poderes de Estado, como fatores fundamentais da estabilidade democrática, só podem ser definitivamente estabelecidos na própria essência da trilogia tradicional que assegura a interdependência recíproca entre os vértices de poder nucleados, por seu turno, pelo manto sagrado da Constituição Federal, entendido em sua plenitude, o que forçosamente inclui poder exclusivo e superior (verdadeiramente supremo em sua acepção específica) aos demais poderes concebidos pela própria Constituição, na qualidade de único substrato perceptível da norma fundamental.)¹⁷

Uma das críticas¹⁸ à teoria é que a separação é meramente formal, haja vista a intensa interpenetração entre os poderes do Estado, de forma que um pratica atos que, a rigor, seriam da competência de outro. Dallari ressalta que o mencionado princípio não é capaz de garantir a liberdade individual ou o modelo democrático de Estado, *in verbis*:

¹⁵ FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. P. 471.

¹⁶ Ob. Cit. p. 473.

¹⁷ Ob. Cit. p. 473-474

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 221.

¹⁸ Ob. cit. p. 221.

A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não em a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.¹⁹

Na tentativa de resguardar o princípio da separação dos poderes, apresentam-se alternativas que viabilizem o aumento da eficiência do Estado, como a delegação de poderes e a transferência constitucional de competências. Nota Dallari que tais alternativas não solucionam o problema, posto que mantêm determinada organização sem, contudo, preservar as funções determinantes de sua criação. Ainda, destaca que:

... as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.²⁰

No entanto, a previsão normativa de competências para cada autoridade do Estado, elaborada por Montesquieu, pode ser considerada como meio eficaz para controlar o exercício do poder estatal até os dias de hoje.

O princípio da separação dos poderes deve ser encarado como uma divisão de competências internas do Estado, de forma horizontal, da mesma maneira que verticalmente são divididas competências entre União, Estados e Municípios.

Assim, não se pode emprestar ao referido princípio caráter absoluto²¹, como se cada órgão tivesse uma única função, separando, incondicionalmente, executivo, legislativo e judiciário. Faz-se necessária a compreensão de que os órgãos atuam de forma predominante em algumas áreas conforme a previsão constitucional, que pode

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 221.

²⁰ Ob. cit. p. 223.

²¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 250.

estabelecê-las livremente, e até mesmo instituir figuras além daquelas clássicas, como é o caso do Ministério Público.²²

Historicamente, as medidas provisórias têm como antecedente imediato o antigo decreto-lei, previsto na Constituição anterior. Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, ficou demonstrada a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência.

Visando regularizar a situação e tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, a Constituição de 1988 previu o instituto das medidas provisórias, com força de lei, de iniciativa do Presidente da República e de apreciação imediata e obrigatória pelo Congresso Nacional.

As medidas provisórias estão previstas no artigo 62 da Constituição Federal, que estabelece o processo legislativo e limitações deste mecanismo. Ressalta-se que o processo de apreciação pelo Congresso Nacional das medidas provisórias deve observar prazos rígidos, objetivando que estas sejam apreciadas enquanto válidas. Findo o prazo de 45 dias contados da publicação, a apreciação da medida provisória entra em regime de urgência constitucional, sobrestando todas as demais deliberações da Casa Legislativa que a estiver analisando até que seja concluída a votação²³.

Merece atenção o fato de o regime de urgência constitucional implicar no sobrestamento das deliberações legislativas (art. 62, § 2º, da CF/88). Observa-se que a edição excessiva de medidas provisórias, inclusive de medidas que não atendem aos critérios de relevância e urgência e que muitas vezes violam as vedações constitucionais, impedem os trabalhos do Poder Legislativo, visto que fica impedido de deliberar sobre outras matérias e projetos de relevante interesse social.

Neste ponto, surge o questionamento acerca da violação da independência dos poderes, que devem exercer controle uns sobre os outros, sem, contudo, interferir de modo que inviabilize o desempenho de suas funções típicas. São inúmeras as críticas à edição de medidas provisórias e a interferência que representam no Poder Legislativo.

²² BRANCO, Luiz Carlos Branco. Da Constituição da Inglaterra – por Montesquieu. *Opinio Jure* 8. Universidade Luterana do Brasil. P. 51 – 65.

²³ JUNIOR, Gabriel Dezen. *Direito Constitucional* – Curso Completo. Brasília: VESTCON. 2001. p. 379/387.

Realmente, quando se observa que as pautas das Casas Legislativas estão constantemente sobrestadas para apreciação das inúmeras medidas provisórias, tem-se a impressão de que o Poder Executivo está invadindo a esfera do Poder Legislativo. No entanto, não se pode ignorar os inúmeros mecanismos de controle previstos na Constituição e à disposição do Poder Legislativo, inclusive com o poder de rejeitar as medidas provisórias apresentadas.

2. Medidas Provisórias

2.1 Breve histórico – do decreto-lei à medida provisória modificada pela EC 32.

O instituto da medida provisória tem como uma de suas características essenciais o fato de, ao ser publicado, entrar em vigor imediatamente com força de lei. Usa-se o termo ‘edição de medida provisória’ para o ato do Presidente da República de legislar com esse instrumento. É um meio prático e legalizado pelo texto constitucional, porém, os requisitos de relevância e urgência exigidos para a admissibilidade da medida provisória são evitados de subjetividade, o que estimula o ambiente de excessiva mobilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante destacar a observação de Niebuhr²⁴, quando se qualifica a medida provisória como lei:

(...) Não se pode confundir força de lei com a própria lei. A medida provisória, segundo enunciado do artigo 62 da Constituição Federal, reveste-se de força de lei, isto é, inova a ordem jurídica, criando, modificando e extinguindo direitos. Ora, nesse sentido, a Constituição também inova a ordem jurídica, embora não se ouse equipará-la a lei. (...) É lícito afirmar, portanto, que a medida provisória, tal qual a Constituição e o tratado internacional, tem força de lei, que se traduz na força normativa, criadora de direito, porém sem equiparar-se à lei. Agregue-se que, se o constituinte quisesse equiparar a medida provisória à lei, não lhe teria dado o nome que deu. Se a força de lei equivale à lei, não seria medida provisória, mas lei provisória, o que por si só já é um disparate.

Quanto à definição da medida provisória como lei, Mello (1996)²⁵ destaca cinco motivos contrários, cuja análise será amplamente feita ao longo deste trabalho. A forma excepcional da medida provisória é o primeiro motivo: faz-se uso do instituto para regular certos objetos ou matérias, excepcionalmente, quando a via normal para regulá-los seria por meio da lei. Outro ponto é a condição efêmera da medida provisória, que tem sua duração máxima preestabelecida na Constituição Federal, enquanto a lei deve perdurar no tempo por prazo indeterminado, salvo quando são leis temporárias. A medida provisória tem caráter precário, ou seja, podem ser rejeitadas pelo Congresso Nacional ou fenececerem por decurso de prazo. Mais, as leis ao serem revogadas (por meio de outras leis) não perdem seus efeitos pretéritos, enquanto que as medidas

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. O novo regime constitucional da medida provisória. São Paulo: Dialética, 2001; p. 83.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros Editores, 1996; p. 96.

provisórias são *ex tunc*, assim que deixarem de ser convertidas em lei. Finalizando, enquanto a medida provisória exige requisitos constitucionais de relevância e urgência, a lei, por sua vez, faz relevante o que por ela for estabelecido.

Assim como a medida provisória, o decreto-lei brasileiro tem sua origem na Itália, onde o governo utiliza o *decreto-legge* para atender os casos de solução imediata, não podendo aguardar a demora natural do processo legislativo. Nunca é demais observar que o decreto-lei, bem como a medida provisória, provêm de um regime diferente do brasileiro, visto que na Itália se adota o regime parlamentarista. A adoção desses instrumentos pelo Brasil, que é presidencialista, é motivo de constantes debates. Para efeitos deste trabalho, importa saber se a competência de legislar por parte do Poder Executivo, em ambiente tão ilimitado, fere ou não o princípio da separação dos Poderes de Montesquieu.

Os constituintes de 1988 introduziram o instituto da medida provisória no inciso V do artigo 59, que trata do processo legislativo e da elaboração dos atos normativos previstos na nova Carta, com a finalidade de substituir o decreto-lei do sistema jurídico nacional. Por meio do Ato Institucional nº 2, oriundo no regime militar recém instalado, há o resgate do decreto-lei²⁶. Na Constituição de 1967, alterada pela Emenda 1, de 1969, era previsto a utilização de ‘decretos com força de lei’ ou ‘decretos-leis’ pelo chefe do Executivo, desde que o objeto estivesse inserido num rol de matérias específicas, conforme o disposto no artigo 55, incisos I a III.²⁷

Recapitulando as bases históricas do uso do decreto-lei no direito brasileiro, a "primeira experiência" com o instituto acontece no Estado Novo, com a Constituição de 1937.²⁸ Em 1946, a Constituição não previa esta competência ao Chefe do Executivo, vedando inclusive a delegação legislativa (§ 2º do art. 36, CF 46). Isso pode ser explicado pelo contexto pós-Segunda Grande Guerra, em que qualquer indício de autoritarismo era de imediato rechaçado. Entretanto, como dito acima, o Ato Institucional nº 2/65 vem incorporar, de forma não convencional, o decreto-lei

²⁶ "[...] os Atos Institucionais possuíam igualdade de posição hierárquica com a Carta de 1946", "[...] apesar de não (sic) acarretar um rompimento com" esta. (GALIANO, 2006, p.34).

²⁷ "Este autorizava o Presidente da República a editar atos normativos com força de lei, denominados decretos-leis, em casos de urgência ou de interesse público relevante, desde que daí não decorresse aumento de despesa, sobre 'segurança nacional', 'finanças públicas, inclusive normas tributárias' e 'criação de cargos e fixação de vencimentos'". (FERREIRA FILHO, 2002).

²⁸ GALIANO, Leonardo de Faria. As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias. Brasília: Brasília Jurídica, 2006; p. 33.

no sistema jurídico instalado em 1946, além de decretar o recesso do Parlamento em todas as esferas federativas, de forma condizente com o golpe deferido na democracia brasileira em 1964. Nesta mesma base, foi editado o Ato Complementar nº 3²⁹, “[...] que conferia ao Presidente a possibilidade de "baixar decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição" durante o recesso do Congresso Nacional, ou "em estado de sítio ou fora dele".

A insegurança jurídica decorrente dos atos mencionados só foi minimamente debelada com a Carta de 1967, em que o uso do ‘decreto com força de lei’ era limitado por alguns dispositivos constitucionais, tais como a "urgência" ou o "interesse público relevante", e a vedação do aumento de despesas. Era, contudo, taxativo quanto às matérias passíveis de regulamentação por esse tipo de decreto - a segurança nacional e as finanças públicas. A Emenda nº 1, de 1969, altera a expressão ‘decretos com força de lei’ para ‘decretos-leis’, e mantém a sua abrangência à área de atuação restrita, conforme a Carta de 1967, porém com novas brechas - a criação de cargos públicos e a introdução de normas tributárias.

Na prática, o decreto-lei passou a ser a forma corriqueira e normal de legiferar. Para o Presidente da República este era o meio menos oneroso politicamente de ver suas propostas aprovadas, especialmente porque houve uma interpretação bastante ampla aos conceitos de ‘segurança nacional’ e ‘finanças públicas’. Nesse momento histórico é possível constatar que houve uma ruptura dos limites entre os Poderes, com uma concentração ‘de facto’ do poder de legislar nas mãos do Executivo, contrariando o princípio da separação de poderes definido por Montesquieu. Na verdade, essa rotina legiferante do Executivo veio a ser denunciada como “um dos abusos inomináveis do regime militar.”³⁰

O decreto-lei não é um mal. Decretos-leis existem na Itália, na Espanha, em Portugal, em todos os países contemporâneos e, junto com a lei delegada, é uma necessidade do governo moderno. O problema é o seguinte: no enfoque de um sistema presidencialista de governo, ele sempre será visto como autoritário. E, de fato, nesta circunstância, ele o é, porque o Presidente que assina um decreto-lei não tem apoio

²⁹ "instrumento normativo muito assemelhado às nossas atuais leis complementares, especialmente quanto à hierarquia" Galiano (2006, p. 35)

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; p. 236.

parlamentar...Ele existe, contudo, na Itália, Espanha e Portugal e ninguém o reprova. Nas raras oportunidades, em que se permite – e elas ocorrem – a opinião pública não o repudia, porque o Governo que baixa decreto-lei compõe a liderança majoritária do Parlamento. São os mesmos homens que poderiam baixar a lei. Entretanto, naquele momento de emergência, utilizam o expediente, porque é preciso para desindexar a economia, para tabelar preços ou fazer uma minidesvalorização. Deixar a medida para amanhã, para 48 horas depois, será torna-la, inócua, obsoleta – ela se tornará premissa. Se a medida, afinal de contas, for absurda, surgirá o voto de desconfiança e não haverá mais Governo. Não só não haverá mais decreto-lei: não haverá, então, o próprio Governo...³¹

Em princípio, o que se buscou preservar em todos esses momentos de alterações na Carta Magna, foi um instrumento que desse ao Presidente da República, excepcionalmente, a competência de legislar em situações imediatas e pontuais: um remédio jurídico emergencial. É inquestionável que há muitas diferenças entre o decreto com força de lei, o decreto-lei e a medida provisória. Contudo, a essência continua a mesma – o Poder Executivo exerce a função legiferante apartado dos demais Poderes que compõem um sistema democrático de governo.

Para substituir o viés autoritário impregnado no decreto-lei, os constituintes de 1988, vivendo um período de transição democrática e sob enormes demandas idealizadoras por parte da sociedade, foram buscar em experiências internacionais algum instrumento que o substituísse. O instituto da medida provisória não nasceu no Brasil naquele momento. Sua origem vem do *provvediment provvisori*, do parlamento italiano.³²

Antes disso, porém, encontravam-se dispositivos assemelhados em outras constituições e em outros países. Há informações de que a mais antiga previsão constitucional do decreto-lei ocorreu na Prússia, no artigo 63 da Carta de 1850, que estabelecia condições para o seu uso: "só nos casos em que haja necessidade urgente de manutenção da segurança pública ou de superação de um extraordinário estado de necessidade, poderão ser expedidos decretos, sob a responsabilidade de todos os ministros de Estado, decretos esses que não poderão ofender a Constituição, mas que poderão alterar leis". Não muito depois, já havia a previsão de aprovação desses decretos pelas Câmaras na sessão legislativa seguinte.

³¹ AZEVEDO, Márcia M. C. Prática do Processo Legislativo – Jogo Parlamentar: Fluxos de Poder e Idéias no Congresso, exemplos e momentos comentados. São Paulo: Editora Atlas, 2001; pág. 178.

³² Na Itália existe previsão constitucional no art. 77, do "[...] que a doutrina de lá costuma se referir por decreti-legge, ordinanze di necessita, ou também, provvedimenti provvisori com forza di legge." (GALIANO, 2006, p. 28).

Outros exemplos poderão ser observados em sistemas políticos não autoritários, ao longo do século XX. O decreto-lei na França foi utilizado a partir da Primeira Guerra Mundial, com a restrição definida em matéria financeira e sujeito à apreciação do Poder Legislativo.³³ No parlamento inglês existia um instrumento parecido com a delegação de poder, porém não se confundindo com as atuais 'leis delegadas'. Na Bélgica há a faculdade de o governo editar *arrêts-lois* em casos de urgência e necessidade, hipótese esta que constitui verdadeira norma legislativa.³⁴

Em Portugal, um exemplo de país com forte viés autoritário, constata-se a previsão do decreto-lei na Constituição de 1911 (a primeira da República), sendo sua edição possível com a autorização do Poder Legislativo, continuando nesses moldes até 1933, quando se dispensou essa autorização, condicionando o seu uso nos casos de urgência e necessidade. Basta lembrar que em 1930, Antonio de Oliveira Salazar assumiu o controle absoluto em Portugal, governando primeiramente como Ministro das Finanças e em seguida como Presidente do Conselho de Ministros. Em 1932, Salazar redigiu a Constituição do 'Estado Novo', criando um regime corporativo à semelhança do que Benito Mussolini instaurara na Itália. O regime salazarista durou até a década de 70, vivendo um hiato de governo após 1968, quando o ditador sofreu um acidente e permaneceu moribundo durante um par de anos.³⁵

A Constituição de 1976, de Portugal, deu ao decreto-lei maior força, uma vez que o constituinte o revestiu de maior autonomia e amplitude. Segundo Canotilho, "pois quando a matéria não é reservada à Assembléia da República (equivalente ao nosso Congresso Nacional), tais como matéria relativa à organização e funcionamento do próprio governo, o Presidente pode, em concorrência com a Assembléia, editar atos legislativos para as regular, fazendo uso, assim, de uma competência legislativa originária. No entanto, há também a competência legislativa dependente, ou seja, relativamente a determinadas matérias, que a própria Constituição elenca e, por conseguinte, o Governo precisa de autorização do legislador para a edição dos referidos

³³ No livro *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* de Hauriou, cita que a "Constituição Francesa de 1958 que, em seu art. 47, diz que se o Parlamento não se pronunciar no prazo de sessenta dias, o projeto de lei sobre matéria financeira pode entrar em vigor por *ordonance*"

³⁴ GALIANO, Leonardo de Faria. As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias. Brasília: Brasília Jurídica, 2006; p. 31-32.

³⁵ MAXWELL, Kenneth. O Império Derrotado – Revolução e Democracia em Portugal. São Paulo: Editora Cia das Letras, 2006.

decretos-leis, assim permanecendo atualmente.”³⁶ Em exemplos de alguns países comunistas como Cuba, Hungria e Polônia, as respectivas Constituições prevêm o uso de decretos-leis.

No Brasil, as críticas que se somam ao uso indiscriminado da medida provisória pelo Executivo vêm de encontro aos anseios democráticos ampliados pelo longo período da ditadura militar e pela percepção de impotência política diante de um autoritarismo cultural do sistema político nacional. É inegável que o instituto da medida provisória se desvirtuou ao longo das duas últimas décadas. Se a conclusão de Chiesa (2002)³⁷ fosse seguida à risca, os problemas relacionados ao abuso de edição de medidas provisórias seriam eliminados, visto que, aquilo que é provisório não deveria ser permanente, o que é efêmero não deveria perdurar no tempo, e o que tem ‘força de lei’ não é lei.

Consultando o original italiano, que consagra a medida provisória com força de lei no artigo 77 da sua Constituição de 1947,³⁸ em cujo texto explicitamente proíbe o governo, sem delegação das câmaras, de emitir decretos com valor de lei ordinária, só o admitindo na segunda parte, quando se prevê exceção para os casos extraordinários de necessidade e urgência, percebe-se a distância que hoje se dá entre a intenção dos constituintes no transplante dessa solução de ato normativo àquele tempo, para a rotina de edição de medidas provisórias pelo governo brasileiro.

A observação de Clèmerson Merlin Clève³⁹ é relevante quando se analisa a legislação italiana, pois essa faz referência tanto ao decreto-lei quanto à medida provisória, com poucas distinções entre ambas. Na Itália, as medidas provisórias são editadas por meio de decretos e são

³⁶ RESENDE, Idma. Medidas Provisórias e a Emenda Constitucional nº 32/01. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073)>. Acesso em: 20 out. 2008.

³⁷ CHIESA, Clélio. Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional. Curitiba: Juruá, 2002; p. 40.

³⁸ Assim, o constituinte abeberou-se dos provvedimenti provvisori con forza di legge, consagrado no artigo 77 da Constituição italiana de 1947, cuja primeira parte do texto proíbe que o Governo, sem delegação das câmaras, emita decretos com valor de lei ordinária. Entretanto, a segunda parte prevê exceção à primeira, para casos extraordinários de necessidade e urgência, em que o governo, por sua responsabilidade, pode tomar providências com força de lei, que devem, no mesmo dia, ser submetidas às câmaras, que, se dissolvidas, haverão de reunir-se em 5 (cinco) dias. A terceira parte do art. 77, por seu turno, consigna que, caso esses provvedimenti não sejam convertidos em lei em 60 (sessenta) dias, a eficácia deles cessa retroativamente, facultando-se à Câmara regular por lei as relações deles decorrentes. Todavia, para compreender o sistema constitucional italiano, há de se atentar para o artigo 89 da supracitada Carta, que preconiza a responsabilidade dos Ministros proponentes, tendo eles inclusive que referendar os atos do Presidente da República como condição de validade dos mesmos. Além disso, a segunda parte do artigo 89 determina que os atos com valor legislativo são referendados também pelo Presidente do Conselho de Ministros, que é quem dirige o órgão representativo do governo. Enfim o artigo 94 do mesmo diploma constitucional prescreve que o governo deve ter a confiança das duas câmaras, que, uma vez dada, pode ser revogada. (CARRAZZA, 2001, p. 76).

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. - 2ª ed. Revista e ampliada. - São Paulo: Max Limonad, 1999.

chamadas de decretos-leis. Lá, os decretos ainda regulamentam atos políticos, administrativos individuais, dentre outros, fazendo com que as normas deles decorrentes não se confundam com seu veículo de edição. Essa é uma grande diferença entre o direito italiano e o brasileiro, onde a medida provisória é definida na Constituição como proposição legislativa autônoma, integrante do processo legislativo, conforme dispõe o inciso V, do artigo 59.

Outro exemplo significativo é visto na Constituição espanhola de 1978, que prevê um instrumento semelhante ao nosso: as “*disposiciones legislativas provisionales*” não têm, entretanto, a amplitude e a liberdade das nossas medidas provisórias. Primeiro, o prazo para o parlamento se pronunciar a respeito é de apenas trinta dias, havendo, nesse ínterim, a possibilidade de tramitação de projetos de lei em regime de urgência que tratam da mesma matéria.

Um importante detalhe deve ser enfatizado nesta análise: a Comissão de Sistematização de 1988 ao incorporar o instituto da medida provisória na Constituição brasileira, ao modo do art. 77 da Constituição italiana, o fez com base num modelo parlamentar de governo. Posteriormente, quando o sistema presidencialista venceu, a Comissão de Sistematização não extirpou do texto aquele instrumento próprio do parlamentarismo. No projeto original, as medidas provisórias dependiam de solicitação prévia do Primeiro-Ministro e presumiam o apoio da maioria parlamentar identificada com o Chefe de Governo e seu Programa. Com a manutenção do presidencialismo e mantido o instituto de origem italiana, entregou-se ao Presidente da República uma ilimitada fonte de arbítrio e liberdade para legislar.

Outrossim, a redação do art. 62, da Constituição de 1988, por ser tão concisa e imprecisa, ensejou um intenso debate doutrinário:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.⁴⁰

⁴⁰ Constituição Federal promulgada em 1988.

Diante da liberdade concedida pelo texto constitucional, vários Chefes do Executivo que assumiram o governo após 1988 fizeram uso indiscriminado da medida provisória, legislando sobre quaisquer assuntos. Fosse por motivo político, econômico ou social, o Presidente da República, tendo o seu interesse despertado, editava uma medida provisória, sem levar em consideração os pressupostos de relevância e urgência apregoados bem no início do texto do artigo 62.

Já em 1995, a sociedade e as autoridades passaram a demandar limites ao uso imoderado dessa prerrogativa do Presidente. Essas demandas foram em parte atendidas pelas Emendas Constitucionais nºs 6 e 7, que incluíram, de modo repetido, o art. 246 no Título IX – “Das Disposições Constitucionais Gerais”, publicadas no Diário Oficial de 16 de agosto de 1995:

Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

(...) Art. 2º. Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX – “Das Disposições Constitucionais Gerais”:
Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. (...)

Emenda Constitucional nº 7, de 1995, que altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias.

(...) Art. 2º. Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX – “Das Disposições Constitucionais Gerais”:
Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. (...)

Esse artigo 246 obrigou uma limitação na abrangência dos conteúdos passíveis de regulamentação por medida provisória. Nesse mesmo ano, o Senador Esperidião Amin apresentou ao Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 1995, estabelecendo novo regime jurídico das medidas provisórias, que, após várias passagens pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, no chamado ‘efeito pingue-pongue’ na sua tramitação (com aprovação de substitutivos que foram sendo continuamente renumerados), foi, finalmente, aprovada em 11 de setembro de 2001, como Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

2.2 A Emenda Constitucional nº 32, de 2001

O texto final aprovado da Emenda Constitucional nº 32 traz ao ordenamento jurídico brasileiro ponderáveis diferenciações em relação ao disciplinamento anterior da matéria,

acarretando, em princípio, em maior estabilidade jurídica ao Estado. Com o correr dos anos, entretanto, o Executivo já faz uso do instituto de forma abusiva, com subterfúgios e interpretações que contrariam o novo artigo 62.

Transcreve-se abaixo o conteúdo da Emenda Constitucional nº 32, que modificou o artigo 62 da Constituição Federal, dentre outros, com o objetivo de melhor destacar os pontos de interesse para este trabalho:

Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.

(...)

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

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

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

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

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado no Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...) Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que a medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Da redação concisa do artigo 62 original, a Emenda Constitucional nº 32/2001 parte para a detalhada enumeração de matérias (conteúdos) em que é vedada a medida provisória, além de trazer mudanças no rito de apreciação da proposição, especialmente em relação aos prazos e à limitação de nova edição. Entretanto, são mantidos os pressupostos de relevância e urgência, firmando o seu uso como instrumento legislativo de urgência. Distinta também é a apreciação da matéria em cada uma das Casas do Congresso Nacional, separadamente, com prazos próprios, o que ensejou a necessidade de novas normas regimentais para a sua tramitação – a Resolução nº 1, de 2002-CN.

Outra inovação é quanto aos efeitos, agora *ex nunc*, caso a medida provisória não seja convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período e por uma única vez; ou, ainda, a não edição de decreto legislativo por parte do Congresso Nacional também até sessenta dias após a rejeição da medida ou perda de sua eficácia por decurso de prazo. Na norma anterior, os efeitos eram *ex tunc*, caso a medida provisória não fosse convertida em lei no prazo de trinta dias após a sua edição, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. O que ocorria na prática era a reedição sucessiva da medida provisória antes de findar os trinta dias, que no decorrer dos anos, ainda viu o abuso de ser enxertada numa matéria renumerada *n* vezes conteúdos distintos do original.

De qualquer forma, não se pode negar que a Emenda Constitucional nº 32, nos longos anos de sua tramitação e calorosos debates, tenha tido como objetivo essencial a limitação do abuso político no uso do instituto importado da Carta italiana, o que ainda incrementa o pressuposto de que o princípio de Montesquieu vem sendo ferido de modo recorrente. A intenção dos constituintes era garantir ao Presidente da República um remédio jurídico emergencial, de caráter excepcional, para assumir a função típica do Poder Legislativo, ou seja, o poder de legislar. Com a emenda de 2001, o Parlamento se preocupou em minimizar o vácuo jurídico causado pelas inúmeras reedições de medidas provisórias, cada uma trazendo em seu bojo novos

efeitos a serem administrados, e, também, em limitar o rol de conteúdos objeto dessa delegação ao Chefe do Executivo.

Contrariamente ao que se divulga, a edição de decretos-leis, e, por conseguinte, o uso de medidas provisórias no solo italiano, é sujeito a limitações de conteúdo, além do requisito de necessidade e urgência. São limitações quase imperceptíveis, que demonstram a preocupação de resguardar as competências de cada Poder. A Emenda Constitucional nº 32 traduz essa preocupação ao listar as matérias vedadas ao Presidente da República para a edição de medidas provisórias, definidas uma a uma na longa lista do texto constitucional, porém, a prática tem mostrado um olhar indiferente a essas vedações. Ressalte-se que a indiferença se dá nos dois terrenos, tanto do Executivo, ao editar medida provisória de conteúdo inconstitucional, quanto do Legislativo, que não exerce o seu poder de apreciar a constitucionalidade da matéria na sua admissão. Entretanto, não há como negar que no sistema jurídico brasileiro há previsão de todas as cautelas necessárias à preservação do princípio de separação dos poderes.

A título de ilustração, segue trecho de Carlos Espósito⁴¹ sobre as limitações italianas na edição de decretos-leis (*provvisimenti provvisori*):

- a) o provimento não pode aprovar ou autorizar a aprovação do próprio provimento;
- b) um decreto-lei não pode proceder à conversão em lei de outro decreto-lei, subtraindo-se a conversão, porquanto tal conduta implicaria em suspender-se a funcionalidade do Parlamento;
- c) o decreto-lei não pode determinar situações irreversíveis, como é o caso de matéria eleitoral de atuação imediata;
- d) como corolário da hipótese anterior, também a suspensão de disposições constitucionais que venha a modificar a estrutura e a organização fundamental do Estado.

A evidência de que há limitações na doutrina italiana, especialmente na proibição de utilizar decreto-lei para dispor sobre matéria insuscetível de delegação legislativa, matéria eleitoral, matéria orçamentária, autorização para emitir leis delegadas, e autorização para o Chefe de Estado ratificar tratados internacionais, sugere que o Brasil não transplantou devidamente o instituto da medida provisória. A redação muito sucinta do artigo 62, à época da promulgação da Carta, deixou brechas que permitiram os abusos. As salvaguardas exigidas para a boa utilização do instituto, sem o viés autoritário, foram sendo discutidas e aprimoradas, tanto no Parlamento

⁴¹ RESENDE, Idma. *Medidas Provisórias e a Emenda Constitucional nº 32/01*. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073)>. Acesso em: 20 out. 2008.

quanto na sociedade, em virtude desse abuso de edição de medidas provisórias, culminando com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32.

O inciso I, alíneas *a* a *d*, tenta abarcar os limites que a doutrina italiana resume na expressão ‘matéria insuscetível de delegação legislativa’, somando a esses, a restrição de matérias orçamentárias, eleitorais, e de organização do Poder Judiciário e do Ministério Público. O inciso III inclui a vedação às matérias exclusivas de leis complementares, e o inciso IV nos remete às observações a) e b) transcritas acima. Do mesmo modo que há um cuidado em preservar a funcionalidade do Poder Legislativo nesses incisos, há a exigência de se preservar a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público como promotores do controle constitucional e judiciário.

Mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 32, a forma abusiva de uso do instituto da medida provisória não deixou de ocorrer. O fato incontestável é que a medida provisória se define como ato político ou de governo, ao contrário da lei, que é o modo normal de criar direito. O maior argumento a favor da medida provisória é o seu caráter excepcional, pendente de relevância e urgência, autorizada para casos anômalos, cuja desatenção imediata poderia acarretar danos ao interesse público e ao sistema político vigente. Sem ranço de autoritarismo, o instituto da medida provisória, se usado dentro dos limites e salvaguardas constitucionais, garante ao Presidente da República um instrumento de ação imediata, que lhe permite preservar a ordem política e econômica do Estado, em casos de anormalidade conjuntural, de extrema raridade e que pudessem provocar comoção no país. O Supremo Tribunal Federal compartilha o entendimento de que a medida provisória é ato político e normativo, com força de lei, conforme classificação de Péricles Prade:⁴²

(...) A medida provisória é medida cautelar atípica porque deve ser utilizada apenas para oferecer resposta à situação relevante e urgente, cuja intervenção normativa não pode esperar o procedimento legislativo ordinário, sob pena de impor prejuízos de envergadura para o Estado e para a Sociedade, devendo ser convertida em lei o quanto antes, caso julgada apropriada pelo Congresso Nacional, dentro do prazo máximo de sessenta dias, prorrogável por igual período. Relacionado ao aspecto cautelar da medida provisória, cabe frisar o seu caráter precário, visto que ela pode ser rejeitada a qualquer momento pelo Congresso Nacional, quer deliberando expressamente, quer não apreciando o seu teor dentro do prazo fatal de cento e vinte dias. Por efeito da precariedade da medida provisória, o Congresso Nacional tem total poder sobre ela, podendo privá-la de efeitos quando bem entender.

⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001; p. 88.

As vedações previstas no novo texto em relação às matérias impedidas de ser objeto de medida provisória são na verdade espelho das vedações relativas às leis delegadas, conforme o disposto no § 1º do artigo 68, acrescida de outros conteúdos. Como já foi visto, o decreto-lei de 1967 só podia tratar de matérias autorizadas no texto da Constituição, estando vedadas automaticamente as demais, obtendo-se assim os limites materiais por via da exclusão. Em 2001 os parlamentares adotaram a redação exaustiva dos assuntos vedados, liberando o restante para a regulação por meio de medida provisória, desde que não haja colisão com outra norma. Essa ressalva é relevante porque acontece de fato a colisão entre eventuais vedações implícitas, tal como as relativas à matéria tributária.

A questão da vedação de matéria de conteúdo de direito penal tem como argumento que a força de lei atribuída à medida provisória não é suficiente para o tratamento de matéria de reserva legal.⁴³ O mesmo raciocínio pode ser aplicado à matéria tributária e ao direito civil, que também se submetem ao princípio da legalidade, e da equidade.

Estando a medida provisória no nível das leis ordinárias, não é de estranhar a vedação lógica à matéria que se refere à lei complementar. Se os constituintes reservaram matérias para serem tratadas diferencialmente, inclusive por *quorum qualificado*, não pode importar o argumento da concorrência de relevância e urgência para justificar a edição de medida provisória nessa arena.

2.3 Admissibilidade – requisitos constitucionais de relevância e urgência

Azevedo (2001) resgata palavras de advertência da Dra. Sara Ramos de Figueiredo que, por oportunas, merecem iniciar esta reflexão:

A disciplina do instituto das medidas provisórias, estabelecendo parâmetros e normas que o caracterizem, objetiva e racionalmente, como instrumento normativo de caráter excepcional é de suma importância para o funcionamento harmonioso do Poder Legislativo. Não é aceitável que as medidas provisórias, concebidas pelo constituinte, em substituição ao autoritarismo explícito do decreto-lei, possam ser utilizadas, indiscriminadamente, pelo Poder Executivo, numa subtração às prerrogativas do

⁴³ Tudo isso decorre do princípio central deste ramo do direito, que é o da reserva legal, retratado pela máxima latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. (NIEBUHR, 2001, p. 102).

Legislativo. A regulamentação se impõe tendo em vista, sobretudo, que o instituto foi concebido a partir de um modelo parlamentarista pela Assembléia Constituinte.⁴⁴

Assim, torna-se inevitável o retorno às bases italianas do *decreto-legge* para a compreensão do cerne do instituto da medida provisória e das exigências constitucionais de admissibilidade. O direito italiano exige como requisito essencial para o seu uso a existência de uma situação de necessidade que tem de ser resolvida com urgência pelo Chefe do Executivo. Cabe a esse então editar atos com força de lei, submetendo-os em seguida ao Parlamento, conforme o sistema de separação de Poderes. Esse entendimento só se justifica pela urgência da situação, que não poderia aguardar a tramitação regular própria do processo legislativo. É universal o conhecimento de que qualquer processo legislativo se caracteriza por entraves de diversas naturezas, diálogos, barganhas, e participação dos segmentos da sociedade, tudo isso, certamente, provocando um *timing* avesso à urgência de determinadas situações.

O *decreto-legge*, na Itália, foi defendido por Biscaretti di Ruffia⁴⁵ no contexto pós-Segunda Guerra:

Mas existe um último caso, de difusão universal, atinente ao exercício da faculdade legislativa por parte do Poder Executivo, e é aquele que diz respeito às múltiplas e variadas eventualidades nas quais o Chefe de Estado, o Governo, ou outras autoridades executivas menores (especialmente militares) são levadas por motivos urgentes de necessidade a editar ordenações com força de lei.

Quando tais ordenações de necessidade ou de urgência são postas em vigor pelo Chefe de Estado com seus decretos – submetidos normalmente a uma subsequente aprovação parlamentar – tomam então o nome de ‘decreti-legge’. Eles são geralmente justificados e admitidos pelos teóricos e pelos práticos do direito porque, na realidade, muitas vezes é preciso atender à necessidade com uma prontidão tal que não permite seguir a via legislativa normal, submetendo previamente o projeto de lei à aprovação das Câmaras.

Recordando o artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, que enfatiza o limite do *decreto-legge* – “O governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos com valor de lei ordinária.”

O artigo 62 original praticamente reproduz o artigo 77 supra mencionado, no que se refere à admissibilidade de medida provisória pelo Parlamento, exigindo relevância e urgência como circunstâncias concomitantes. Mariotti (1999) destaca com conhecimento de causa que na carta italiana se prescreve o instituto “a *casos extraordinários* de relevância e urgência, o que vincaria

⁴⁴ AZEVEDO, Márcia M. C. Prática do Processo Legislativo – Jogo Parlamentar: Fluxos de Poder e Idéias no Congresso, exemplos e momentos comentados. São Paulo: Editora Atlas, 2001; pág. 180.

⁴⁵ In MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. – São Paulo: Saraiva, 1999.

excepcionalidade da medida e ensejaria verificação mais rigorosa de sua admissibilidade *in concreto*. A aderência ao direito italiano, tantas vezes enfatizada em relação ao instituto, e particularmente visível nesse passo, obriga a advertir: é preciso ter cuidado com a doutrina peninsular, que, em boa parte, equipara situação excepcional – urgência dentro da normalidade – a situação de exceção – risco à sobrevivência do Estado e das instituições constitucionais.”⁴⁶ No Brasil, interpreta-se que o estado de necessidade motivador da edição da medida provisória se verifica de modo brando, na verdade, de necessidade dentro da normalidade.

Nesse ponto é recomendável que se interprete os requisitos constitucionais de relevância e urgência que inicia o artigo 62 da Constituição, na forma primeira aprovada pelos constituintes e não modificada pela Emenda nº 32. Como interpretar algo tão subjetivo? Essa questão permeia os longos debates promovidos nos plenários do Senado Federal e da Câmara dos Deputados nas últimas duas décadas. O argumento a favor da necessidade gerencial do Estado de acompanhar as demandas do mundo *just in time*, especialmente nos assuntos da Economia e das Finanças, não carece de opositores. A polêmica se situa em conteúdos pertencentes às áreas de médio e longo prazo, como Educação, Saúde, Esportes, etc.

Outro modo de responder à questão acima seria colocar nas mãos do Presidente da República a competência de aferir a presença ou não dos pressupostos de admissibilidade em cada caso concreto. O Supremo Tribunal Federal, no período de vigência da Carta de 1967 e da Emenda de 1969, determinou que o Chefe do Executivo teria pleno exercício do juízo discricionário sobre os pressupostos constitucionais para edição de decretos-leis, cabendo ao Congresso Nacional o controle político e não se cogitando em qualquer controle jurisdicional.

No que respeita às medidas provisórias, entretanto, o Tribunal afastou-se declaradamente dessa jurisprudência, em julgamento no qual ‘admitiu que os pressupostos de relevância e urgência não eram de todo imunes ao controle jurisdicional’, que fica limitado, contudo, ‘à verificação, em cada caso, da existência de abuso manifesto’. Assim, embora tenha mantido para a edição de medida provisória o entendimento firmado a propósito do decreto-lei de que a verificação dos pressupostos autorizadores é matéria de juízo político discricionário, o Supremo Tribunal Federal teria acrescentado que o abuso dessa discricionariedade é passível de apreciação judicial.⁴⁷

Uma iniciativa do Senador Iram Saraiva, em seu Projeto de Lei do Senado nº 47, de 1989, buscou definir esses pressupostos. No texto do projeto constava o seguinte:

⁴⁶ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. – São Paulo: Saraiva, 1999; p. 71.

⁴⁷ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. – São Paulo: Saraiva, 1999; p. 72.

I – **relevante**, a matéria de excepcional importância que esteja a demandar imediata disciplina normativa, derogadora do ordenamento vigente, em razão de acontecimento ou situação conjuntural imprevisível e de extrema gravidade; e II – **urgente**, o estado de iminente perigo que exija imediata ação normativa governamental e de cuja ausência possa resultar grave e irreparável prejuízo ao interesse público.

Do ponto de vista jurídico, existem significados específicos para cada um desses requisitos, dentro do contexto criado pelo artigo 62. Chiesa (2002) lembra que o vocábulo ‘relevância’ remete diretamente ao princípio da separação dos poderes, considerando que o termo “há que ser entendido como sendo algo tão importante que justifique o abandono da sistemática da separação dos poderes, transferindo-se a competência legislativa para o Chefe do Executivo.”⁴⁸ A necessidade, do ponto de vista desse autor, deve ser assim tão importante que justifica também a criação de novos direitos e obrigações por veículo excepcional, como é a medida provisória.

A relevância exigida no art. 62 da Constituição Federal é uma relevância qualificada pela necessidade de uma normatização que não pode sujeitar-se ao rito comum de produção normativa, pois, caso contrário, esvaziar-se-ia o conteúdo do referido pressuposto, na medida em que, como destacou Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘todo e qualquer interesse público é, ipso facto, relevante.’ Ademais, se a matéria normatizada não fosse relevante não haveria a necessidade de ser disciplinada.⁴⁹

A definição para o pressuposto da urgência está condicionada a um lapso de tempo, quando se distingue o que é emergencial do que não o é. Pelo fato de ser uma situação de emergência, excepcional deve ser o rito para a normatização da matéria. Só assim se justifica o desvio do procedimento legislativo ordinário. Dentro dessa definição, não se admite substituir um projeto de lei por uma medida provisória, ainda mais se considerar o disposto no artigo 64,⁵⁰ que viabiliza ao Presidente da República o pedido de urgência para apreciação de matérias no prazo de 45 dias, somados 100 dias no seu máximo decurso, com igual bloqueio das pautas de deliberação do Congresso Nacional. Há um entendimento entre os doutrinadores, que esse seria

⁴⁸ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002; p. 46.

⁴⁹ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002; p. 47.

⁵⁰ “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. (EC nº 32/2001)

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

§ 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

um parâmetro suficientemente objetivo para a definição da urgência: qualquer matéria que pudesse aguardar os cem dias para a sua tramitação não precisaria ser disciplinada pelo instituto da medida provisória.

Observados os significados dos pressupostos, importa salientar que, conforme aponta Niebuhr (2001), o caput do art. 62 se refere aos dois pressupostos fazendo uso do conectivo e, '[...] o que torna imperativa a concorrência dos dois pressupostos', ou seja, '[...] não basta que a matéria e a medida sejam [somente] relevantes, nem que sejam apenas urgentes. Devem ser concomitantemente relevantes e urgentes, havendo imbricação entre os dois conceitos.⁵¹

Em três momentos pode ocorrer a avaliação do juízo de valor acerca dos pressupostos: primeiramente, pelo Presidente da República; depois, pelo Congresso Nacional; e por último, o Poder Judiciário. Nesse quadro se delimitam as fronteiras e prerrogativas de cada Poder, conforme o desenho constitucional do princípio da separação dos poderes.

A importação do instituto italiano para a Carta brasileira veio revestida dos mesmos cuidados, com o objetivo de limitar as prerrogativas de cada Poder. Como foi visto exhaustivamente, na Itália, quando o Governo, em casos extraordinários de necessidade e urgência, faz a opção pelas medidas provisórias com força de lei, deverá, no mesmo dia, submetê-las ao Parlamento para que sejam convertidas em lei. Caso o Parlamento esteja em recesso, ou dissolvido (característica de um sistema parlamentarista), então as Câmaras são convocadas e devem se reunir dentro de cinco dias. O prazo para a medida provisória perder a eficácia se não for convertida em lei, desde a sua edição, é de sessenta dias, contados da publicação. Cabe igualmente ao Parlamento regular por lei as relações jurídicas decorrentes de medida não convertida em lei.

Conforme entendimento de alguns autores, no direito italiano não há restrição quanto à matéria objeto de decretos-lei ou de medidas provisórias, salvo as mencionadas no artigo 77, em que os requisitos de necessidade e urgência são considerados como condições de conteúdo, e não somente como condição formal do exercício da delegação extraordinária do Chefe do Executivo na prerrogativa de legislar. Dessa forma, o poder legiferante previsto para o Chefe do Executivo está tão somente condicionado pela necessidade imposta no texto da norma constitucional,

⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. O novo regime constitucional da medida provisória. São Paulo: Dialética, 2001; p. 92.

sobretudo no que se refere ao objeto e ao conteúdo da medida a ser editada por esse recurso⁵². Contudo, todos os atos do Executivo ficam adstritos a essas determinações constitucionais, que implica, de um lado, uma extensão, e, de outro, uma restrição da competência legislativa de urgência do governo. Em resumo, os decretos-leis italianos, e, por conseguinte, as medidas provisórias, podem disciplinar quaisquer matérias, uma vez que essa prerrogativa tem caráter temporário e serve para tratar de matéria excepcional, que necessita de uma regulamentação inadiável.

Inúmeras afirmações a respeito do uso abusivo do instituto das medidas provisórias se utilizam de expressões diferentes que no fundo traduzem a repulsa ao arbítrio delegado ao Presidente. Somente quando se verifica uma total ausência dos pressupostos no caso concreto é que se viabiliza uma revisão judicial do juízo discricionário concedido. Esse seria um exemplo de controle jurisdicional.⁵³ O controle parlamentar se faz na apreciação de cada medida provisória, por meio do parecer de admissibilidade, onde se avaliam os pressupostos de relevância e urgência, antes da apreciação do mérito da matéria.

Nada justifica, entretanto, que se caracterize como puramente político – isto é, insuscetível de controle jurisdicional – o juízo de existência dos pressupostos constitucionais autorizadores da emissão de medidas provisórias. Se fosse para conferir um poder incondicionado, a Constituição não teria feito referência a pressupostos, ainda mais da forma cumulativa: relevância e urgência. E ainda que esses pressupostos tenham sido expressos através de termos de significado vago e impreciso, é função indelegável do Supremo Tribunal Federal – encarregado precipuamente da guarda da Constituição (art. 102) – dar a palavra final sobre a sua interpretação. A cada vez que o fizer tornará menos vago e impreciso o significado dos conceitos em referência e sinalizará aos poderes políticos a real dimensão da cláusula constitucional.⁵⁴

2.4 Prática e procedimento legislativo da Medida Provisória – Prazos e sobrestamento de pauta

⁵² Convém lembrar que não há no texto da Constituição Italiana a menção da medida provisória, como acontece na Carta brasileira de 1988. Usa-se a expressão ‘provvedimenti provvisori’ com força de lei.

⁵³ “A doutrina tem procurado insistentemente preencher esses vazios, a partir da noção generalizada de que os conceitos de relevância e urgência possibilitam um estreitamento do controle jurisdicional da edição de medidas provisórias. Assim, apesar de a referência jurisprudencial à discricionariedade ser recorrente, ponderável parcela da doutrina propõe que relevância e urgência sejam entendidas como conceitos jurídicos indeterminados.” (Mariotti, 1999; p.73).

⁵⁴ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. – São Paulo: Saraiva, 1999; p. 76-77.

Medida provisória é uma espécie privilegiada e excepcional de ato normativo, que se manifesta no desenvolvimento de atividade político-administrativa com a finalidade de melhor gerir os interesses do Estado-Sociedade, em razão da maleabilidade dos pressupostos de relevância e urgência.⁵⁵

O procedimento de discussão e votação de medidas provisórias no Congresso Nacional está regulamentado pela Resolução nº 1, de 2002-CN, que “dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências, e que revogou a Resolução nº 1, de 1989-CN. Esta Resolução trouxe novidades importantes para o trâmite das medidas, merecendo destaque a mudança para a apreciação bicameral (§ 5º do art. 5º e arts. 6º, 7º e, especialmente, os arts. 8º, 10 e 16), destituindo assim o Poder Legislativo federal da apreciação unicameral, conforme era previsto na resolução anterior. As novas regras, apesar de já contarem seis anos, ainda causam divergências em seu entendimento, acarretando dificuldades recorrentes quanto ao seu cumprimento. Na parte 2.3.d, o exame rápido de alguns casos da prática legislativa poderá ilustrar melhor os obstáculos vivenciados na aplicação da Resolução de 2002.

Ressalte-se que o aspecto procedimental do exame das medidas provisórias é parte secundária da argumentação central deste trabalho, devendo, portanto, constar apenas os itens considerados relevantes para a sustentação do tema. Isso posto, destacam-se, para análise, os artigos 1º, 2º, §§ 3º e 4º do art. 3º (com a criação da figura do Relator Revisor), arts. 6º a 10, e 14.

O artigo 1º⁵⁶ exige uma reflexão constante, porque traz no seu âmago a questão das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, quando o primeiro transforma a sua função atípica de legislar em função típica, flexibilizando-se os requisitos constitucionais de relevância e urgência para a admissibilidade da medida provisória, previstos no art. 62, modificado pela Emenda Constitucional nº 32. O confronto instalado a cada edição de medida provisória emoldura o tema central deste trabalho, que se assenta na discussão acerca da violação ou não do princípio da tripartição de funções do Poder. Como foi amplamente estudado nos parágrafos

⁵⁵ CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. *Conceitos Indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da Constituição Federal)*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

⁵⁶ “Art. 1º Esta Resolução é parte integrante do Regimento Comum e dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de Medidas Provisórias adotadas pelo Presidente da República, com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.” (Resolução nº 1, de 2002-CN).

anteriores, a medida provisória é um típico ato do poder normativo primário concedido ao Presidente da República pelos constituintes de 1988 e independente de qualquer delegação.

Dispõe o artigo 2º sobre a publicação da medida provisória no Diário Oficial da União e o seu envio ao Congresso Nacional. A matéria deve ser examinada por uma Comissão Mista, integrada por doze Senadores e doze Deputados Federais, respeitada a proporcionalidade partidária. Esse artigo é praticamente igual ao artigo 2º da Resolução nº 1, de 1989-CN, que regulamentava a tramitação de medidas provisórias anteriores à Emenda Constitucional nº 32/2001, sendo distinto no número de parlamentares que compõem a Comissão Mista, e com o acréscimo de um parágrafo, que trata dos casos de medida provisória com conteúdo orçamentário.⁵⁷ Com essa autorização expressa no novo artigo 62, o Presidente da República pode legislar sobre matéria orçamentária, com a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto constitucional.⁵⁸ Nesse caso, a medida provisória será examinada pela Comissão Mista de Orçamento.

Uma das novidades do atual processo legislativo das medidas provisórias se encontra na figura do ‘Relator Revisor’,⁵⁹ uma vez que a apreciação da matéria ocorre nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de forma contígua.⁶⁰ O Relator Revisor é sempre um Senador, que elabora o seu parecer baseado no que já foi apreciado na Câmara dos Deputados e nas emendas apresentadas perante a Comissão Mista, no prazo inicial de seis dias⁶¹ após a publicação da medida provisória. Se a Câmara dos Deputados votou a medida provisória com alterações, é um Projeto de Lei de Conversão que vai para o Senado Federal para deliberação, podendo aprová-lo e remetê-lo à sanção presidencial, ou rejeitá-lo, promulgando a medida provisória original. Caso o Relator Revisor emita o seu parecer acolhendo algumas emendas, a

⁵⁷ ”§ 6º, do artigo 2º: Quando se tratar de Medida Provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual, conforme os arts. 62 e 167, § 3º, da Constituição Federal, o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição, observando-se os prazos e o rito estabelecido nesta Resolução.” (Resolução nº 1, de 2002-CN).

⁵⁸ Artigo 167, § 3º, da Constituição Federal.

⁵⁹ Artigo 3º, §§ 3º e 4º, da Resolução nº 1/2002-CN.

⁶⁰ “Artigo 62, § 8º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.”

⁶¹ “Art. 4º: Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal.”

matéria retorna à Câmara dos Deputados.⁶² Entretanto, o Relator Revisor não poderá concluir o seu parecer apresentando um novo Projeto de Lei de Conversão. Com esse rito, há um reforço do chamado ‘unicameralismo alternado’, como ocorre na tramitação de projetos de lei, sobrando ao Senado Federal o papel de revisor das deliberações da Câmara dos Deputados.

Pelo procedimento anterior, a discussão e votação da medida provisória era feita em sessões conjuntas do Congresso Nacional. Por ter sido recorrente a dificuldade de *quorum* para a abertura dessas sessões conjuntas, decidiu-se pela deliberação em separado, com objetivo de dar celeridade ao processo e evitar o bloqueio das pautas de deliberação. Se, por um lado, a nova tramitação agilizou a apreciação da medida provisória, em casas separadas, a paralização do Poder Legislativo se tornou mais evidente, uma vez que o disposto constitucional do § 6º determina o sobrestamento das pautas do Senado e da Câmara dos Deputados, e não mais a do Congresso Nacional, que só deliberava sobre vetos presidenciais e projetos de créditos.

De início, essas normas procedimentais causaram uma verdadeira paralisia nas Casas do Congresso Nacional, incluindo o trabalho nas comissões temáticas, devido ao imenso volume de medidas provisórias editadas pelos Presidentes, após 2001. Em dezembro de 2005, por decisão da Mesa Diretora e anuência das Lideranças Partidárias, o sobrestamento das pautas previsto no § 6º, do artigo 62, deixou de abarcar o trabalho das comissões temáticas, permitindo a apreciação de matérias terminativas.⁶³

Os prazos para a tramitação da medida provisória no Congresso Nacional estão estabelecidos ao longo da Resolução nº 1/2002-CN, com importantes mudanças em relação ao rito anterior à Emenda Constitucional nº 32/2001. Excetuando os prazos para a publicação e remessa ao Congresso Nacional, dentro da lógica processual, os que são fundamentais estão relacionados aos de apresentação de emendas; aos relativos à designação de membros, instalação e calendário da Comissão Mista; aos da tramitação (discussão e votação) na Câmara dos Deputados e no Senado Federal; ao de revisão na Câmara de matéria modificada no Senado; ao de vigência da medida provisória e à prorrogação da vigência; aos específicos às matérias de

⁶² “Art. 7º, § 4º, da Resolução nº 1/2002-CN: O prazo para que a Câmara dos Deputados aprecie as modificações do Senado Federal é de 3 (três) dias.”

⁶³ “Artigo 91, do Regimento Interno do Senado Federal: Às comissões, no âmbito de suas atribuições, cabe, dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar:”
Ofício SGM nº 739/2005, do Secretário-Geral da Mesa, Dr. Raimundo Carreiro Silva. (Em Anexo).

conteúdo orçamentário; e ao de elaboração de projeto de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes de medida provisória rejeitada ou com perda de vigência por decurso de prazo.

O prazo da vigência e eficácia do instituto e sua subsequente conversão em lei sofreu modificações desde os seus primórdios de decreto-lei. Esse deveria ser apreciado no prazo de sessenta dias, e se não o fosse, estaria aprovado tacitamente. Na medida provisória prevista pelos constituintes de 1988, o prazo foi reduzido à metade, trinta dias. A conversão em lei no curto prazo, com a perda da eficácia retroativamente, permitia um rápido e fácil ajuste da ordem jurídica, a menos que o Parlamento dispusesse o contrário. O que se viu na prática foi a deformação do instituto e o abuso em seu uso. O agravante foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal ao permitir a reprodução ou a reedição de medida provisória não convertida em lei no prazo de trinta dias, e que não tinha sido expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Naqueles anos, houve um verdadeiro derrame de medidas provisórias reeditadas, que convalidava as anteriores que não tinham sido apreciadas no prazo constitucional. Estando aberta a brecha jurídica, as necessidades subjetivas (políticas ou administrativas) acabaram por introduzir ou alterar conteúdos nas ementas das medidas provisórias reeditadas, provocando um verdadeiro caos no ordenamento jurídico nacional. Com essa prática, o provisório se tornou definitivo, no bojo das reedições que aconteciam *ad infinitum*. O artigo 20, da Resolução nº 1/2002-CN, disciplinou sobre as medidas provisórias pendentes de apreciação à data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001:

Art. 20. Às Medidas Provisórias em vigor na data da publicação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Resolução nº 1, de 1989-CN.

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

§ 2º São convalidadas todas as emendas apresentadas às edições anteriores de Medida Provisória.

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

A redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001 veda explicitamente a reedição da medida provisória não convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, ou que tenha sido rejeitada pelo Congresso Nacional. Esse novo prazo, combinado com a introdução do novo rito processual – em separado, nas duas Casas – aumentou a pressão sobre o Parlamento, que desde então se dedica largamente à apreciação de medidas provisórias, deixando

de lado a sua função primeira de legislar, com iniciativa própria. Isso ocorre porque o § 6º do atual artigo 62 exige o sobrestamento das pautas de deliberação das Casas do Congresso Nacional quando a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias.

Destaca-se o valor do exame dos pressupostos constitucionais de admissibilidade em separado, previamente à discussão e votação do mérito da matéria. O § 5º do artigo 62 assim o exige. Atenção merece igualmente o § 12, que trata da sanção presidencial de projeto de lei oriundo de medida provisória, com a prerrogativa assim de vetar, total ou parcialmente, a proposta aprovada no Congresso Nacional. A sanção é dispensada quando a medida provisória é aprovada sem alterações. Por sua vez, o mesmo parágrafo explicita que, enquanto não decorrer o prazo de sanção ou veto, ou – depreende-se – até a eventual rejeição do veto, vigorará o texto da medida provisória.

Enfim, esse trabalho tratou extensivamente da base histórica, do contexto político, da conjuntura nacional, da doutrina jurídica, da prática parlamentar, das normas regimentais e do disposto constitucional que cercam o instituto da medida provisória, introduzido no ordenamento brasileiro a partir da Constituição de 1988. É fato que a medida provisória é ato normativo equiparado à lei de origem no Parlamento, visto que produz efeitos na ordem jurídica, inovando o sistema preexistente em caráter primário. Assim, a medida provisória é um típico ato normativo primário e geral. É editada pelo Presidente da República por competência constitucional, que independe de qualquer delegação. Como foi visto nos parágrafos anteriores, o regime jurídico da medida provisória detêm particularidades, começando pelo modo como surge – não como resultado de um processo legislativo padrão, mas a partir de um juízo exclusivo do Presidente da República. A subjetividade na análise da pertinência dos pressupostos de relevância e urgência permeia todas as questões relativas à edição de medida provisória, especialmente as duras críticas. A partir da sua edição, a medida provisória goza de vigência e eficácia imediatas, tendo, porém, a áurea da provisoriedade, visto que a legislação incompatível ao seu conteúdo não ser revogada de imediato, restando suspensa pelo período máximo determinado no artigo 62.⁶⁴

Na redação do artigo 62 original, uma vez editada a medida provisória, esta deveria ser apreciada pelo Congresso Nacional imediatamente, provocando, inclusive, a convocação

⁶⁴ Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com Alexandre Mariotti, p. 88.

extraordinária do Parlamento em recesso.⁶⁵ A partir da Emenda Constitucional nº 32/2001, não se faz mais essa convocação, ficando os prazos suspensos até a reabertura do Congresso Nacional.⁶⁶

A finalidade desse encaminhamento é a conversão da medida provisória em lei, para o fim de acrescentar estabilidade à sua vigência. Nesse sentido, Grau diz que, ao encaminhar medidas provisórias, o Presidente da República encaminha leis ao Congresso Nacional. Enquanto a lei de origem parlamentar depende do Congresso Nacional para ter vigência, a medida provisória depende do mesmo órgão para que sua vigência perca a provisoriedade que a caracteriza. Mas também está ao alcance do Congresso Nacional a solução oposta de riscar a medida provisória da ordem legislativa, rejeitando-a. Em isso ocorrendo, os efeitos normativos da medida provisória desaparecem desde o início, diferentemente do que acontece com a lei de origem parlamentar – e do que ocorria com o decreto-lei.⁶⁷

Isso posto, reforça-se o argumento de que a apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional é essencial à manutenção da ordem política e institucional estabelecida. Quando o Parlamento examina e julga os pressupostos de relevância e urgência, a constitucionalidade do conteúdo e a adequação orçamentária, em juízos tanto políticos como jurídicos, votando a favor, emendando, ou rejeitando a matéria, o faz em caráter definitivo. Especialmente depois da EC nº 32/2001, que vedou em seu § 10, do artigo 62, a reedição de medidas provisórias, o controle parlamentar desses atos normativos fez-se reforçado no texto constitucional, sendo infundadas as análises atuais de exceção ao princípio da separação dos poderes. Como cabe ao Parlamento a última palavra sobre a vigência e os efeitos da medida provisória editada pelo Executivo, a separação de poderes fica preservada no que tem de essencial. Quanto ao papel do Poder Judiciário nessa questão, transcreve-se Ferreira Filho (2002):

(...) a Emenda Constitucional nº 32/2001 nada mudou: a medida provisória pressupõe relevância e urgência. Entretanto, sendo improvável que o Supremo Tribunal Federal altere sua jurisprudência, é de supor que o Executivo continue a editar medidas provisórias em matérias que não sejam flagrantemente não urgentes, com a tolerância do guardião da Constituição. Nada indica que neste ponto a prática abusiva seja obstada pela nova redação.⁶⁸

⁶⁵ Art. 2º, § 6º, da Resolução nº 1/89-CN, combinado com o artigo 62 da Constituição Federal, não modificado pela EC nº 32/2001.

⁶⁶ Art. 18 e parágrafo único da Resolução nº 1/2002-CN.

⁶⁷ MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999; p. 76-77.

⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002; p. 240.

3. A Medida Provisória à luz do princípio da separação dos poderes

3.1 Relações Executivo – Legislativo: observância dos pressupostos constitucionais de admissibilidade e das limitações em razão da matéria

Para efeitos de introdução dessa terceira parte, considera-se de suma importância recordar a definição de medida provisória em contraponto com a de lei, recordando a análise de Mello (1996)⁶⁹, referida na parte anterior. Faz-se, desse modo, fundamento das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, no que concerne a função legiferante. A lei representa a função normativa legítima do Poder Legislativo, que se caracteriza por um processo legislativo onde a sociedade tem oportunidades de participar e de se ver representada. A forma excepcional característica da medida provisória é o oposto dessa versão, daí a necessidade do Chefe do Executivo observar as condições previstas na Constituição para o seu uso, a fim de preservar o delicado equilíbrio entre os Poderes.

Sabe-se que a origem do instituto se assenta na excepcionalidade, quando se precisa regular certos objetos ou matérias prontamente e, a via normal para regulá-los, que seria por meio da lei, não se faz possível devido à relevância e urgência do momento. A condição efêmera da medida provisória, que tem sua duração máxima preestabelecida na Constituição Federal, deveria ser *de per se* um constrangimento para a sua edição sem o rigor dos pressupostos constitucionais de admissibilidade, uma vez que um projeto de lei, sendo aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado em lei, garante a sua permanência no sistema jurídico por prazo indeterminado, salvo quando são leis temporárias. E mais, em princípio, a medida provisória tem caráter precário, podendo ser rejeitadas pelo Parlamento ou fenecerem por decurso de prazo.

Nas últimas décadas o que se buscou preservar em todos os momentos de alterações na Carta Magna foi um instrumento que desse ao Presidente da República, excepcionalmente, a competência de legislar em situações imediatas e pontuais: um remédio jurídico emergencial. Como foi visto, há inúmeras distinções entre o decreto com força de lei, o decreto-lei e a medida

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996; p. 96.

provisória, porém a essência é a mesma – o Poder Executivo exerce a função legiferante apartado dos demais Poderes, criando situações pontuais de desequilíbrio no sistema democrático de governo todas as vezes em que abusa dessa prerrogativa.

No Brasil, as críticas recorrentes ao uso indiscriminado da medida provisória pelo Executivo traduzem a inquietação e os anseios democráticos vividos (e reprimidos) na ditadura militar e, principalmente, na impotência política diante de um autoritarismo cultural e histórico. É fato que o instituto da medida provisória se desvirtuou nas duas últimas décadas. Citando novamente Chiesa (2002)⁷⁰ se fosse seguida à risca, os problemas relacionados ao abuso de edição de medidas provisórias seriam eliminados, visto que, aquilo que é provisório não deveria ser permanente, o que é efêmero não deveria perdurar no tempo, e o que tem ‘força de lei’ não é lei.

O texto final aprovado da Emenda Constitucional nº 32, após praticamente seis anos de tramitação no Congresso Nacional, revestiu o ordenamento jurídico brasileiro de importantes mudanças em relação ao disciplinamento relativo à edição da medida provisória, resultando, como consequência, em maior estabilidade jurídica ao Estado. Contudo, após breve período, novas críticas se levantam contra o Executivo, que faz uso abusivo do instituto, baseando-se em interpretações que contrariam o novo artigo 62.

O fato é que a medida provisória se reveste de características de ato político ou de governo, ao contrário da lei, que é criadora do direito. O maior argumento a favor da medida provisória continua a ser o seu caráter excepcional, de relevância e urgência, autorizada na nova redação do artigo 62 para casos anômalos, cuja desatenção imediata poderia acarretar danos ao interesse público e ao sistema político vigente. Mantendo-se o estado democrático de direito, o instituto da medida provisória usado dentro dos limites e salvaguardas constitucionais garante ao Presidente da República um instrumento de ação imediata. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal compartilha o entendimento de que a medida provisória é ato político e normativo, com força de lei.

⁷⁰ CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002; p. 40.

A teoria de Montesquieu da separação dos poderes está associada ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais, especialmente como limitadora do Poder Público, a fim de garantir o gozo efetivo desses direitos perante o Estado. A redução do poder de Estado por essa via fez com que a idéia da tripartição se convertesse numa teoria das funções estatais e que a cada poder se corresponderia uma função materialmente definida, baseando essa classificação na condição de que o Estado e o direito se identificam.⁷¹ Entretanto, Kelsen contraria essa classificação ao estabelecer que o conceito de separação de poderes se refere a um princípio de organização política, fazendo uma nova leitura da teoria de Montesquieu, assinalando que a separação de poderes seria uma teoria da diferenciação material das funções do Estado. Nessa linha de pensamento, os chamados três poderes podem ser definidos como três funções distintas e coordenadas do Estado, com fronteiras visíveis determinadas constitucionalmente. Destaca, também, que as funções básicas do Estado na verdade são duas – a criação e a aplicação do direito. Para Kelsen é “impossível atribuir a criação do direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. Nessa perspectiva, não se pode distinguir material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estatal da outra.”⁷²

Montesquieu revela sua opção pela monarquia ao longo da sua obra, porque tem uma preocupação legítima com a paralisia decisória do Estado. Os negócios conduzidos por um só, conforme seu pensamento, tem maior prontidão na sua execução. Isso esclarece parte do dilema da atualidade, apesar do modelo de executivo imaginado por Montesquieu ser diferente do modelo contemporâneo. No modelo brasileiro, por exemplo, em que há esse espaço de iniciativa de leis e de edição de medidas provisórias pelo executivo, destarte ser uma República, Montesquieu poderia pensar que essas atribuições do Presidente não se afastaria em demasia das ações necessárias à execução dos negócios do Estado.

Se for feita uma análise profunda do pensamento de Montesquieu, observa-se que ele pregava um sistema de acordo mútuo dos poderes – executivo, legislativo e judiciário – e na não

⁷¹ “A função legislativa traduz-se pela forma como o Estado cria e modifica o ordenamento jurídico, proferindo decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e a função executiva concretiza-se quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas.”

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 248.

⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 264.

confusão dos poderes, a fim de que as três forças políticas principais não pudessem abusar do poder. Ressalva-se que a interpretação desse suposto abuso de poder não se restringe a um significado jurídico, com limite estritamente legal. O risco de paralisia existia no sistema assim pensado, não sendo de todo mal, de acordo com suas palavras, porque essa ameaça poderia levar os integrantes dos três poderes ao consenso. Montesquieu considerava que a interdependência entre os poderes seria vital para garantir a existência e a estabilidade do Estado, em forma de um poder moderador, visto que se fundamentava na noção de que só o poder detém o poder.

“Os três poderes deveriam formar uma pausa ou inação. Mas como pelo movimento necessário das coisas eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo [de modo concertado]”⁷³

Essas reflexões se tornam necessárias para compreender o contexto brasileiro e buscar instrumentos para romper a paralisia decisória no sistema atual. O excesso de edição de medidas provisórias e a exigência do sobrestamento das pautas de deliberação das duas Casas do Congresso Nacional quando do limite do prazo de sua apreciação, têm provocado, sem dúvida alguma, uma diminuição da atividade legislativa parlamentar e indícios da crise de governabilidade, sem que se configure, entretanto, no cancelamento do sistema de freios e contrapesos e na rejeição da teoria de Montesquieu.

Deve-se ressaltar que, se por um lado, as medidas provisórias ao tempo em que aceleram as decisões e ajudam a evitar a inação; por outro, podem determinar uma perda razoável de legitimidade do próprio instrumento legal, pois seu cumprimento não tem a mesma aceitação que as leis formalmente votadas.⁷⁴

Sempre é bom destacar que as medidas provisórias, como instituto previsto na Constituição, em princípio, não representam ameaças de violação ao equilíbrio entre os poderes, visto que são autorizadas pela Carta, inclusive respaldadas pelo pensamento original de Montesquieu, em sua preferência pela monarquia, cuja condição de moderação se assenta na junção das funções legislativas e executivas em poder do rei.

⁷³ OLIVEIRA, Paulo Cardoso de. Medidas Provisórias: a visão de Hobbes e Montesquieu. *Revista do curso de Direito*. v. 3. p. 90, 2002.

⁷⁴ Ob. Cit. p. 94.

É consenso entre os estudiosos, juristas e políticos que a medida provisória, tal como prevista na EC nº 32/2001, não requer para sua eficácia de consenso prévio entre o Executivo e o Legislativo. Cabe ao Executivo o juízo subjetivo e discricionário de atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e editá-la, remetendo-a em seguida para o Congresso Nacional.

Obviamente, os poderes do Executivo são juridicamente – tanto quanto os do Legislativo – definidos e limitados, sendo o sistema de *checks and balances*, de freios e contrapesos, possibilitadores, por meio de controles recíprocos interorgânicos, da harmonia e a interdependência dos poderes do Estado, com o que se preserva o regime das liberdades públicas.⁷⁵

O que se extrai do pensamento de Montesquieu é uma preocupação com a moderação no uso do poder do Estado. Sua proposta não se detém na estrita separação dos poderes, nem na questão da legalidade. A ênfase está no equilíbrio dos poderes, na divisão política dos poderes, com a previsão de limitação das pretensões de um poder pelo outro. Admitir a independência pura e simples entre os poderes definidos por Montesquieu seria distorcer o fundamento de sua teoria, uma vez que assim haveria uma paralisia da máquina estatal e não o acordo por ele almejado.

Assim:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁷⁶

As críticas acerca do uso abusivo do instituto das medidas provisórias traduzem a contrariedade da sociedade e do sistema político ao arbítrio delegado ao Presidente. Somente quando se verifica uma total ausência dos pressupostos constitucionais de admissibilidade e de conteúdo, no caso concreto, é que se torna possível uma revisão judicial do juízo discricionário concedido ao Chefe do Executivo na função legiferante atípica. Esse seria um exemplo de controle jurisdicional.⁷⁷ O controle parlamentar se faz na apreciação de cada medida provisória,

⁷⁵ ADI-MC 293 / DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 16-04-1993, p. 6429.

⁷⁶ SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5 ed. São Paulo: RT, 1989, p. 98-99.

⁷⁷ “A doutrina tem procurado insistentemente preencher esses vazios, a partir da noção generalizada de que os conceitos de relevância e urgência possibilitam um estreitamento do controle jurisdicional da edição de medidas provisórias. Assim, apesar de a referência jurisprudencial à discricionariedade ser recorrente, ponderável parcela da

por meio do parecer de admissibilidade, onde se avaliam os pressupostos de relevância e urgência, antes da apreciação do mérito da matéria. Com o incremento das medidas provisórias contendo matéria orçamentária, o parecer de admissibilidade tem de dispor previamente sobre a adequação orçamentária ou não da medida, além dos pressupostos constitucionais.

O que se mostra pertinente ao tema deste trabalho é a delimitação das prerrogativas de cada Poder, no sentido de se avaliar a funcionalidade ou não do sistema de pesos e contrapesos desenhado na Constituição brasileira de 1988. A revisão judicial se vê amparada pelo interesse e incremento dos debates doutrinários, na busca de adequada interpretação do artigo 62, aprofundando-se na existência ou não de controle jurisdicional dos pressupostos ali requeridos. Se aceitos os pressupostos de urgência e relevância como conceitos jurídicos indeterminados, deixando de lado o argumento pré 1988 acerca do juízo discricionário exclusivo do Presidente da República, ficariam então as medidas provisórias suscetíveis de controle jurisdicional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal se pronunciar categoricamente pela existência ou não dos requisitos constitucionais em cada caso concreto.

Lembrando que em três momentos pode se fazer a avaliação do juízo de valor acerca dos pressupostos de relevância e urgência, previstos no texto constitucional: primeiramente, pelo Presidente da República; depois, pelo Congresso Nacional; e por último, o Poder Judiciário. Nesse quadro se delimitam as fronteiras e prerrogativas de cada Poder, conforme o desenho constitucional do princípio da separação dos poderes.

Não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 incluiu instrumentos de controle político do Congresso Nacional sobre os atos do Poder Executivo, especialmente sobre a edição de medidas provisórias.

É fato também que os Presidentes da República vêm desconsiderando rotineiramente a avaliação correta dos requisitos de urgência, sem mencionar a questão da relevância, não observando igualmente os limites quanto à matéria vedada no corpo do art. 62. Há casos de medidas provisórias tratando de matéria processual e de matéria penal, por exemplo, ambas vedadas por serem de reserva legal.

doutrina propõe que relevância e urgência sejam entendidas como conceitos jurídicos indeterminados.” (Mariotti, 1999; p.73).

Transcreve-se uma decisão do Supremo Tribunal Federal para ilustrar essa situação de fato:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 394/07, QUE "DÁ NOVA REDAÇÃO AO § 3º DO ART. 5º DA LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003". LEI QUE "DISPÕE SOBRE REGISTRO, POSSE E COMERCIALIZAÇÃO DE ARMAS DE FOGO E MUNIÇÃO, SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS - SINARM".

1. Num exame prefacial, tem consistência a alegação de que a MP nº 394/07 é mera reedição de parte da MP nº 379/07. Isto porque a mais recente incorpora temas da mais antiga, sem o aporte de modificações substanciais. São os temas: a) da prorrogação do prazo para renovação de registros de propriedade de armas de fogo, expedidos pelos órgãos estaduais; b) da fixação dos valores das taxas a recolher em caso de registro de armas, renovação do certificado de registro, expedição de porte da arma, etc. 2. Impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada. Tese contrária importaria violação do princípio da Separação de Poderes, na medida em que o Presidente da República passaria, com tais expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e operacionalizar a pauta dos trabalhos legislativos. Pauta que se inscreve no âmbito do funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, por isso mesmo, matéria de competência privativa dessas duas Casas Legislativas (inciso IV do art. 51 e inciso XIII do art. 52, ambos da CF/88). 3. De outra parte, o ato de revogação pura e simples de uma medida provisória outra coisa não é senão uma auto-rejeição; ou seja, o autor da medida a se antecipar a qualquer deliberação legislativa para proclamar, ele mesmo (Poder Executivo), que sua obra normativa já não tem serventia. Logo, reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já categoricamente desmentidos pela revogação em si. 4. Medida liminar deferida para suspender a eficácia da MP nº 397/07 até o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade. (ADI-MC 3964 / DF Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. DJ de11-04-2008. Ement. Vol-02314-03, p.469)

Entre janeiro de 2007 e novembro de 2008 foram editadas 24 medidas provisórias de matéria orçamentária, abrindo crédito extraordinário, conforme demonstra tabela abaixo:

	Total de Medidas Provisórias editadas entre janeiro / 2007 e novembro / 2008⁷⁸	Medidas Provisórias sobre Crédito Extraordinário (jan. / 07 a nov. / 08)
Editadas	103	24
Aprovadas	82	20
Rejeitadas	6	2
Revogadas	4	0
Sem eficácia	3⁷⁹	2
Em tramitação	8	0

⁷⁸ BRASIL. Presidência da República. Medidas Provisórias. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/_Quadro%20Geral.htm>. Acesso em: 05 nov. 2008.

⁷⁹v. ADI-MC 3964 / DF Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. DJ de11-04-2008. Ement. Vol-02314-03, p.469.

Em levantamento feito pela Secretaria Geral da Mesa (SGM), em 2007 foram recebidas pelo Senado Federal 63 medidas provisórias, das quais somente uma (MPV 377/2007) foi rejeitada por não atender aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência e não há Projeto de Decreto Legislativo regulando a matéria em tramitação.⁸⁰

Os dados supracitados podem sugerir que o Legislativo não emprega os mecanismos de controle adequadamente, de forma que não goza de suas prerrogativas constitucionais.

Não resta dúvida, porque amplamente demonstrado por fatos e ações, que a centralização das funções do Estado num único órgão incentiva o arbítrio, o autoritarismo, características de regimes absolutistas, que podem ser minimizadas com a aplicação efetiva do princípio da separação de poderes. Qualquer tentativa em extrair esse princípio do ordenamento jurídico compactua com o autoritarismo e contra o estado democrático de direito.

Ninguém questiona a necessidade do Estado contemporâneo precisar de instrumentos ágeis para a sua gerência. Daí que se justifica o instituto implantado na Carta de 1988, para que o Presidente, em caráter excepcional, tenha prerrogativa de funções normalmente atribuídas ao Poder Legislativo. Condições limitadoras foram aprovadas para que houvesse o controle político e jurisdicional da ação discricionária do Chefe do Executivo, como formalmente previsto no direito, de modo a conciliar um Estado de Direito com qualquer sistema econômico.

O que não se pode tolerar é que, também neste particular, haja um inteiro descompasso entre o país formal e o país real, com o Poder Executivo autoritariamente legislando às claras em manifesta violação ao princípio constitucional da separação de poderes com a complacência do Poder Legislativo, a tolerância do Poder Judiciário e – o que é muito grave – sem reação da sociedade civil. São fatos que revelam um país em verdadeiro estágio de subdesenvolvimento político.⁸¹

Nota-se que poderia até se falar em autoritarismo, sobre o que se pratica no Brasil, em vistas da utilização abusiva das medidas provisórias. O Presidente tem legislado abertamente no lugar do Congresso Nacional, com evidências da inoperância deste e da tolerância do Poder Judiciário. Tal postura, sob falsa roupagem democrática, poderia colocar em risco os valores democráticos e o Estado de Direito, se não houvesse a previsão constitucional da prerrogativa de legislar e editar medidas provisórias para o Presidente da República, salvaguardada por inúmeros

⁸⁰ Secretaria Geral da Mesa. Relatório da Presidência 2007.

⁸¹ SOUZA. Wilson Alves de. Medidas provisórias na prática brasileira e suas implicações frente à teoria da separação de poderes. *Ciência jurídica – ad litteras et verba*. Ano XV. v. 98, p. 371, 2001.

instrumentos de controle – tanto parlamentar quanto judicial, escritos por todo o texto da Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento do STF, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da

competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão. (grifo)

(...)

(ADI-MC 2213 / DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 23-04-2004, p.7).

Ainda:

Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004), que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado. 2. Prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central. 3. Ofensa aos arts. 2º, 52, III, "d", 62, §1º, I, "b", §9º, 69 e 192, todos da Constituição Federal. 4. Natureza política da função de Presidente do Banco Central que autoriza a transferência de competência. **5. Sistemas republicanos comparados possuem regulamentação equivalente para preservar garantias de independência e imparcialidade. 6. Inexistência, no texto constitucional de 1988, de argumento normativo contrário à regulamentação infraconstitucional impugnada.** 7. Não caracterização de modelo linear ou simétrico de competências por prerrogativa de foro e ausência de proibição de sua extensão a Presidente e ex-Presidentes de Banco Central. 8. Sistemas singulares criados com o objetivo de garantir independência para cargos importantes da República: Advogado-Geral da União; Comandantes das Forças Armadas; Chefes de Missões Diplomáticas. **9. Não-violação do princípio da separação de poderes, inclusive por causa da participação do Senado Federal na aprovação dos indicados ao cargo de Presidente e Diretores do Banco Central (art. 52, III, "d", da CF/88).** 10. Prerrogativa de foro como reforço à independência das funções de poder na República adotada por razões de política constitucional. 11. Situação em que se justifica a diferenciação de tratamento entre agentes políticos em virtude do interesse público evidente. **12. Garantia da prerrogativa de foro que se coaduna com a sociedade hipercomplexa e pluralista, a qual não admite um código unitarizante dos vários sistemas sociais.** 13. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifo)

(ADI 3289 / DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 03-02-2006, p.11.)

Cumprе ressaltar, mais uma vez, que a aprovação pelo Congresso de inúmeras medidas provisórias carentes dos requisitos constitucionais não é conseqüência da ausência de mecanismos de controle, haja vista a possibilidade de impetração de ação direta de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, pelos partidos políticos, para resguardar as prerrogativas constitucionais do Legislativo, contra o abuso na edição das medidas.

Prova de que os mecanismos de controle são eficazes quando e, se utilizados, é a concessão de liminares para suspender a vigência de medidas editadas em descumprimento às limitações impostas pela Carta Magna, como ocorreu no julgamento das medidas cautelares nas ADI 4048 e ADI 4049, impetradas pelo PSDB, que tratavam de crédito extraordinário, matéria vedada pelo artigo 62, § 1º, I, *d*, da CF, *in verbis*:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.

I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei n° 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes.

II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.

III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. **Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes.** Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. **A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP n° 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários.**

IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n° 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. (grifo)

(ADI-MC 4048 / DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 22-02-2008, p. 55.)

Enfim, além do controle político, que pode ser amplamente exercido pelo Legislativo, as medidas provisórias submetem-se também ao controle judicial. Nesse sentido:

A medida provisória está, também, sujeita a controle judicial. Tratando-se de ato normativo federal com força de lei, evidentemente que está sujeita à ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal com possibilidade de medida cautelar, podendo também ser objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade, tudo isso sem prejuízo do controle difuso exercido por qualquer juiz brasileiro em caráter incidental e para o caso concreto em cada processo específico, com possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, arts. 102, I, a, III, § 2º, e 103, §§ 1º e 4º). Mas o controle judicial, como se sabe, dependerá de provocação dos legitimados ao exercerem o direito de ação, porquanto, em vista dos princípios dispositivo e da inércia, adotados pelo Direito brasileiro, 'nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais' (Código de Processo Civil, art. 2º).⁸²

⁸² SOUZA. Wilson Alves de. Medidas provisórias na prática brasileira e suas implicações frente à teoria da separação de poderes. *Ciência jurídica – ad litteras et verba*. Ano XV. v. 98, p. 366, 2001.

CONCLUSÃO

A teoria da separação de poderes formulada por Montesquieu e consagrada como corolário do Estado Democrático é, ainda hoje, discutida e reinterpretada por estudiosos, cientistas políticos e juristas do mundo inteiro. Continua sendo muito criticada pela terminologia utilizada ao tratar da separação de *poderes*, quando de fato trata da divisão de funções estatais distribuída a órgãos distintos, visando uma desconcentração do poder do Estado. Também neste ponto é alvo de críticas, pois que os órgãos não de desempenhar além de suas funções típicas, as atípicas, o que muitos consideram que já seria uma violação à separação almejada.

Entretanto, resta claro que não se deve interpretar de modo absoluto a mencionada teoria. Talvez a aparente rigidez da teoria seja fundamental para a realização de seus fins, quais sejam a garantia da liberdade individual, o aumento da eficiência gerencial do Estado e, especialmente, o afastamento da tirania do cenário político.

Deve-se considerar que quanto mais flexível for o sistema utilizado para estabelecer a quem compete o desempenho das funções estatais, maior o risco de violação a este sistema e maior probabilidade de um governo despótico.

Em um modelo rigoroso criam-se métodos, brechas, enfim, algum espaço para burlar as regras estabelecidas. Nesses casos ocorrem abusos e, ainda, pode existir a preponderância de um poder sobre o outro. Inegavelmente, um modelo aberto propiciaria que os detentores do poder extrapolassem suas prerrogativas sem que houvesse mecanismos de controle capazes de impedir tais abusos ou remediá-los, inclusive pela via judicial.

Em suma, a rigidez do princípio, materializado em regras constitucionais, se faz necessária para a garantia de um efetivo controle, com a possibilidade de fiscalização, de revisão e até de anulação de atos abusivos. A ausência de normas rígidas que definam a quem compete qual função, quais são os limites de sua atuação e quais meios estão disponíveis para preservar suas competências e impedir abusos, inviabiliza o controle judicial, político e até mesmo social, do exercício do poder por seus titulares. Qualquer forma de atuação poderia ser legitimada em nome da flexibilidade supra mencionada e da ausência de previsão legal.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a teoria da separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos. Impôs condicionantes: a primeira, a independência entre os poderes do Estado, e a segunda, que eles devam atuar de maneira harmônica e equilibrada. O texto constitucional estabeleceu mecanismos de controle aptos a conter abusos por parte dos detentores do poder, visando à garantia tanto do equilíbrio na atuação estatal quanto da própria democracia. No entanto, percebe-se que tais mecanismos de controle não são utilizados de modo a preservar a harmonia entre os poderes.

Isso não significa que o sistema desenhado pelos constituintes de 1988 seja falho ou sem mecanismos de regulação suficientes para manter o chamado equilíbrio entre os poderes. O que se observa é uma falta de vontade política, ou melhor dizendo, uma rotina de não ação política para usar os mecanismos previstos ao longo do texto constitucional. Contudo, não pertence ao escopo deste trabalho analisar as questões políticas para que isso aconteça, tais como a presença ou não de um sistema de presidencialismo de coalizão e suas interferências; ou mesmo, interrogar se existem ou não elementos de um hiperpresidencialismo.

É justamente nesse ponto que surge a dúvida quanto à preservação do equilíbrio entre os poderes diante da previsão constitucional da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, no exercício de função atípica.

Cumprir advertir, em primeiro lugar, que não se deve encarar a teoria em termos absolutos, mas considerar a interdependência entre os poderes estatais, pois que as interferências de um poder no outro é que viabilizam o sistema de freios e contrapesos. Segundo, deve-se considerar a complexidade da sociedade atual e suas crescentes demandas, que exigem do Estado uma prestação muitas vezes imediata, sob pena de prejuízos imensos para toda a nação.

Assim, é inegável a necessidade de um instrumento, à disposição do Executivo, para a solução rápida e eficaz de questões urgentes e de relevante interesse social. Tal instrumento é, no caso brasileiro, a medida provisória, com força de lei e eficácia imediata.

Nota-se que o Chefe do Executivo, no exercício desta função atípica legiferante, qual seja, a edição de medidas provisórias discricionariamente, não se exime de respeitar os limites constitucionais e, sobretudo, não está isento do controle político, exercido pelo Legislativo, nem

do controle judicial, nos casos de flagrante desrespeito ao artigo 62, da Constituição Federal. Isso, em atenção ao princípio da separação de poderes e seu sistema de freios e contrapesos.

O grande problema da utilização desmedida do instrumento emergencial, além da insegurança jurídica, é o sobrestamento da pauta de deliberações de ambas as Casas legislativas, até que se conclua a apreciação das medidas provisórias no prazo estabelecido no artigo 62. Esse sobrestamento acaba impedindo o Legislativo de definir sua própria agenda e mais, inibe e frustra a iniciativa parlamentar de projetos de lei. Por outro lado, a apreciação das medidas provisórias, com a possibilidade de rejeição, é a garantia do controle político sobre o ato do Presidente, efetivando o sistema de controle constitucional.

Destaca-se que o sobrestamento da pauta do Legislativo ocorre somente após o 45º dia de vigência da medida provisória. Caso sejam votadas antes desse prazo não há que se falar em sobrestamento de pauta. Novamente o que se observa é uma inércia recorrente dos parlamentares em fazer uso dos instrumentos inibidores de abusos entre um poder e outro.

Tal sobrestamento se justifica pela necessidade de se minimizar a insegurança jurídica decorrente da indefinição das situações jurídicas reguladas pela medida provisória editada, com força de lei e eficácia imediata. Assim, supondo que não houvesse o sobrestamento, uma medida provisória poderia ser apreciada pelo Congresso Nacional meses ou até anos depois de sua edição, quando poderia então ser rejeitada. Nessa situação, as situações jurídicas dela decorrentes já teriam se convalidado pelo decurso de tempo, tornando a rejeição inócua e afastando a hipótese de um efetivo controle. Panorama similar se dava antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001, que vedou a reedição das medidas provisórias.

A análise relativa à violação do princípio da separação de poderes ocorre em virtude do excesso de medidas provisórias editadas e o constante sobrestamento da pauta do Legislativo. Contudo, decorre da leitura do texto constitucional a existência incontestável de mecanismos de controle aptos a evitar abusos na atuação dos titulares do poder. O que ocorre, no entanto, é a não utilização desses meios.

Considerando que existem os mecanismos de controle e que estes funcionam quando utilizados, não se faz pertinente declarar que o princípio da separação de poderes está sendo

violado. Isto porque não se pode afirmar que ocorre uma invasão deliberada das prerrogativas de uma esfera de poder em relação à outra. Além do Poder Legislativo, como próprio detentor dos meios para evitar os abusos e que os julga lícitos, há o Poder Judiciário, com prerrogativas exclusivas de controle judicial, inclusive para a edição de medidas provisórias. Lembrando mais uma vez que o Chefe do Executivo é o primeiro a avaliar a existência ou não dos pressupostos de admissibilidade para uma medida provisória, exercendo ele próprio um poder discricionário ao optar ou não pelo uso do instituto.

Destaca-se que das inúmeras medidas provisórias editadas em flagrante descumprimento às disposições constitucionais, tanto de admissibilidade quanto de conteúdo, raras são as que são rejeitadas em decorrência dessas ausências de requisitos mínimos. Após a Emenda Constitucional nº 32/2001 não há a possibilidade de reedição das medidas rejeitadas de fato ou por decurso de prazo na mesma sessão legislativa. Pelo menos nesse aspecto a Emenda Constitucional mostrou-se eficaz, visto que a reedição era a perfeita demonstração do uso abusivo do instituto, o que provocou um verdadeiro caos no ordenamento jurídico nacional.

Com todas as prerrogativas supracitadas e a mudança ocorrida após a EC nº 32/2001, ficam esvaziados o argumento de afronta ao princípio da separação dos poderes, visto que há instrumento de controle hábil a conter excessos à disposição do Poder Legislativo, bem como do Poder Judiciário. Assim, o que se percebe, à primeira vista, é a ausência (ou impossibilidade) de vontade política para fazê-lo, porque está, em grande parte, nas mãos do Congresso Nacional se posicionar de modo a evitar abusos na edição de medidas provisórias, resguardando sua função legiferante típica e exercendo o controle parlamentar sobre o Executivo, afirmando desta maneira o princípio da separação dos poderes.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Alzira Alves de; José Luciano de Mattos Dias, (org). *O Futuro do Congresso Brasileiro*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1995.

ARENDDT, Hannah. *O que é política? Fragmentos das obras póstumas compilados por Úrsula Ludz*. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999;

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991;

AZEVEDO, Márcia M. C. *Prática do Processo Legislativo – Jogo Parlamentar: Fluxos de Poder e Idéias no Congresso, exemplos e momentos comentados*. São Paulo: Editora Atlas, 2001;

BENEVIDES, Maria Victoria; Paulo Vannuchi; Fábio Kerche, (org). *Reforma Política e Cidadania*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 7ª Ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

_____; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. I. 2 Volumes. [tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini] 5ª Ed. São Paulo: Editora UnB, 2004.

BRANCO, Luiz Carlos Branco. Da Constituição da Inglaterra – por Montesquieu. *Opinio Jure* 8. Universidade Luterana do Brasil. P. 51 – 65.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *A Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / Sérgio Pompeu de Freitas Campos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002;

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. - 2ª ed. Revista e ampliada. - São Paulo: Max Limonad, 1999.

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. *Conceitos Indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da Constituição Federal)*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002;

FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006;

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

GALIANO, Leonardo de Faria. *As medidas provisórias como veículo introdutor de normas tributárias*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992;

LIMA JR., Olavo Brasil de. *Instituições Políticas Democráticas: o segredo da legitimidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996;

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002;

NERY Junior, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001;

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

_____. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*. Volume 18, 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva (Coleção Sinopses Jurídicas), 2002.

RESENDE, Idma. Medidas Provisórias e a Emenda Constitucional nº 32/01. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4073)>. Acesso em: 20 out. 2008.

Artigos Especializados:

SANTI, Marcos Evandro Cardoso. *Sobrestamento de pauta por medida provisória: uma autopunição perto do fim?*

Outros:

Constituição Federal do Brasil.

Regimento Comum.

<<http://www.senado.gov.br/sf/>>

<<http://www2.camara.gov.br/>>

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Principal.htm>

ANEXO



SENADO FEDERAL
Secretaria-Geral da Mesa

OF. SGM nº 739 / 2005

Brasília, 05 de dezembro de 2005.

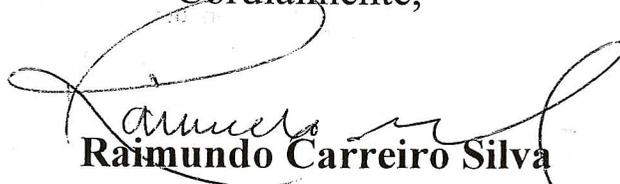
Senhora Diretora,

Em complementação a orientação anterior sobre a apreciação conclusiva de proposições nas comissões e a decisão da Mesa, em reunião com as Lideranças, realizada no dia 10 de março do corrente, e visando a regularidade do procedimento regimental, recomendo o seguinte:

1 – O ofício do Presidente da comissão ao Presidente do Senado, comunicando a aprovação de proposição, deve coincidir com a data de aprovação da matéria na comissão (em turno único ou no turno suplementar);

2 – O Secretário da Comissão, antes de remeter o processado com o ofício comunicando a aprovação da matéria, deve verificar se a pauta do Plenário encontra-se obstruída pela leitura, no decorrer da sessão, de medida provisória, ou desobstruída pela apreciação de medida provisória ou projeto de lei da Câmara com urgência constitucional (art. 64, § 2º da Constituição Federal).

Cordialmente,


Raimundo Carreiro Silva
Secretário-Geral da Mesa

Ilm^a Sr.^a.

CLEIDE MARIA BARBOSA FERREIRA CRUZ

Diretora da Secretaria de Comissões do Senado Federal
(Com cópias aos Secretários de Comissões)

NESTA