



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

por

VINNY SOUSA DE QUEIROZ

ORIENTADOR(A): Regina Coeli Lisboa Soares

2015.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

por

VINNY SOUSA DE QUEIROZ

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para
a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador(a): Regina Coeli
Lisboa Soares

2015.1

DEDICATÓRIA

A vida corre. Etapas são rematadas. Aqueles objetivos colimados no passado são hoje alcançados, abrindo caminho para novos horizontes. É este um momento especial. Eu coroo a minha graduação como estudante de Direito com a conclusão desta monografia. Se empenhei esforço não o fiz apenas para minha vaidade, mas para que outras pessoas também se felicitassem e recebessem a devida e justa dedicatória.

A Marluce e Walter, meus pais. A vocês dedico pois são como porto-seguro no qual posso sempre me sustentar. Pequena homenagem diante de tamanho sacrifício que ofertam cotidianamente para a minha felicidade.

A Magid, minha namorada. A você também dedico pois é em ti a fonte que me faz despertar eloquente amor.

AGRADECIMENTO

Deus, acima de tudo, Deus. Pela dádiva da vida, pela mão superior que me guias. Se reconheço que tudo vem de Ti, não me furto de agradecer-Te por esta vitória em minha vida acadêmica. Todas as ações *ad majorem Dei gloriam*.

Regina Coeli L. Soares, minha professora de Direito Constitucional e orientadora deste trabalho. Obrigado pela atenção e paciência e pelo dom que tem em cativar seus alunos a sempre pensarem o Direito da maneira certa: criticamente. Ninguém aprende nada sozinho. Obrigado pelo conhecimento transmitido.

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o instituto das medidas provisórias no ordenamento jurídico brasileiro, estudando sua evolução histórica, a maneira pela qual foi introduzida entre nós, a normatividade incidente no assunto, o trato que o instituto recebe da doutrina e jurisprudência, sua aplicação prática e, em especial, a questão atinente ao controle de constitucionalidade sobre tais atos do Chefe do Poder Executivo. Para tanto, mostrou-se de extrema relevância proceder à apreciação do princípio da separação de poderes, positivado no art. 2º da Constituição Federal de 1988, o qual ganhou capítulo próprio nesta monografia. Os pontos mais importantes do instituto das medidas provisórias, previstos no art. 62, da Carta Constitucional, foram perquiridos. Por fim, empenhamos esforços em expor as nuances que cercam o estudo do controle de constitucionalidade, exercido no Brasil, sobre as medidas provisórias. Buscou-se, ao longo do trabalho, registrar criticamente as opiniões mais abalizadas sobre todos os assuntos que compõem este texto acadêmico, não nos furtando de apresentar divergências de relevo ao longo do trabalho, tais como: a possibilidade de Estados e Municípios – e o Distrito Federal -, autorizarem a edição de medidas provisórias no âmbito de suas competências; e a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade no que diz respeito aos pressupostos de relevância e urgência, autorizativos da edição de medidas provisórias.

Palavras-Chave: Medidas Provisórias – Separação de Poderes – *Checks and Balances* – Constitucionalismo - Conceitos Indeterminados – Princípio da Simetria – Controle de Constitucionalidade – Atos Normativos – Relevância e Urgência

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
-------------	----

INTRODUÇÃO.....	08
-----------------	----

CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES

I.1 Breves considerações sobre o Estado.....	11
I.2 O Constitucionalismo.....	12
I.3 A teoria da Separação de Poderes.....	13
I.4 As diferentes concepções da teoria da Separação de Poderes.....	17
I.5 Alguns aspectos da Constituição Federal de 1988 acerca da Separação de Poderes.....	21
I.6 A teoria da Separação de Poderes na evolução histórico-constitucional brasileira.....	26
I.7 Considerações finais do capítulo.....	28

CAPÍTULO II – MEDIDAS PROVISÓRIAS

II.1 Antecedentes da medida provisória: análise do decreto-lei.....	31
II.2 Primeiras linhas sobre medida provisória: análise de seu conceito.....	33
II.3 O (possível) uso desmedido das medidas provisórias.....	37
II.4 Pressuposto constitucionais de relevância e urgência.....	38

II.5 A Emenda Constitucional n. 32/2001 e suas consequências.....	39
II.6 Prazo de vigência das medidas provisórias.....	
II.7 Regime de urgência das medidas provisórias	42
II.8 Trâmite das medidas provisórias	43
II.9 Possibilidade de emendas	44
II.10 Rejeição da medida provisória.....	45
II.11 Revogação da medida provisória.....	45
II.12 Consequências do confronto entre a medida provisória e a legislação pretérita conflitante	48
II.13 Limitações materiais	48
II.13.1 Limites materiais explícitos	48
II.13.2 Limites materiais implícitos.....	51
II.14 Medidas provisórias nos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal	51
II.15 Consequências produzidas pelas MPs no ordenamento jurídico.....	53
II.16 Situação das MPs editadas antes da EC n. 32/2001.....	54
II.17 Análise da lei de conversão	55

CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

III.1 Noções introdutórias.....	56
III.2 Controle de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	56
III.3 Controle de constitucionalidade e medidas provisórias	62
III.3.1 Controle sobre os pressupostos constitucionais da relevância e urgência: análise resumida da evolução jurisprudencial de nossa Corte Constitucional.....	64

III.3.1.1 Requisitos da relevância e da urgência como conceitos jurídicos indeterminados.....	
III.3.1.2 Análise dos demais argumentos que buscam inviabilizar o controle sobre os pressupostos da relevância e urgência.....	70
III.3.1.3 A análise crítica do Ministro Celso de Mello em relação à jurisprudência do Supremo.....	72
III.3.1.4 Medida provisória do art. 167, § 3º, da Constituição, e a exigência do terceiro requisito	75
III.3.2 Controle da matéria sobre a qual versa a medida provisória.....	75
III.3.3 Controle meritório, isto é, análise da compatibilidade do conteúdo trazido pela medida provisória com as normas constitucionais substanciais	76
III.3.4 Tem a lei de conversão da MP o condão de afastar o controle jurisdicional?77	
III.3.5 Controle político de constitucionalidade das medidas provisórias: controle repressivo feito pelo Legislativo e pelo Executivo	79
III.3.5.1 Controle pelo Legislativo	79
III.3.5.2 Controle pelo Executivo	79
III.3.6 Da impossibilidade lógico-pragmática de se exercer controle preventivo de constitucionalidade sobre medidas provisórias.....	83
III.3.7 Controle difuso de constitucionalidade sobre as medidas provisórias.....	84
Conclusão.....	87
Bibliografia.....	91

INTRODUÇÃO

O mundo hodierno é dinâmico. Os acontecimentos, incessantemente, são prenhes de inovações e mudanças inesperadas. O Direito, como não é alheio ao mundo dos fatos, deve enfrentar as questões que lhe são apresentadas com a mesma celeridade que as fazem surgir, sob pena de a ordem jurídica¹ mostrar-se anacrônica.

Juristas de escol criam teorias a fim de manter a contemporaneidade do ordenamento jurídico em relação ao mundo social, fático, com o intuito de, ao fim e ao cabo, buscar justiça e manter a força normativa da Constituição, tal qual propugnava o brilhante Konrad Hesse², para quem a norma jurídica, precipuamente a norma constitucional, deveria guardar reverência à realidade dos fatos:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. (...) Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”³.

O objetivo é manter essa força normativa. A título de exemplo, citamos Peter Häberle, que é mentor da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Pode-se dizer que existem outros valores imediatos a serem concretizados por essa ideia, tais como democracia e república, porém é plenamente possível visualizar o desiderato de não ser testemunha da perda de eficácia, ou força normativa, da norma jurídica.

Existem alguns fatores que levam à diminuição da eficácia de determinada norma, como a sua patente injustiça ou o seu forte viés autoritário. Mas não são os únicos fatores. A falta de congruência entre norma e realidade é fator determinante, como dito acima.

¹ Em metonímia entenda-se o próprio Estado

² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Tradução de Gilmar Mendes.

³ Ibid. p. 14-15.

Pois bem, a manutenção da eficácia da norma no meio social é objetivo permanente do jurista. A velocidade das mudanças sociais é fato que não se pode conter. O jurisperito, então, é levado a tentar criar mecanismos que tentam equacionar esse problema. Percebemos, hoje, no Brasil, v.g., o fenômeno da *degradação hierárquica da matéria*, difundida por alguns estudiosos, que vem a ser: determinada matéria, que outrora era regrada por lei em sentido formal, hoje é regulamentada por decreto, ou seja, ato infralegal. Motivo: o processo legislativo ordinário não mais é meio idôneo para regular determinados assuntos que demandam uma resposta eficiente e célere do Direito. Então, essa matéria passa a ser regulamentada por decreto do Poder Executivo, cujo processo de formação é consentâneo com o anseio social por uma resposta rápida do Estado para determinado tema. Há degradação hierárquica porque esse assunto é regido agora por ato hierarquicamente abaixo da lei. Há uma tentativa de outorgar ao Executivo a edição de normas como nunca antes visto, com o fundamento de que a prestação normativa do Estado através do processo legislativo previsto para a edição de leis formais não mais dá conta de se manter atual diante do mundo fático.

Outros muitos instrumentos jurídicos podem ser citados, inclusive, e com grande relevância, as medidas provisórias. Não é algo novo como o fenômeno que vem de ser dito no parágrafo precedente. Pelo contrário, sua gênese remonta ao decreto-lei de matriz italiana. O escopo de se manter em vigor o instituto das medidas provisórias é o de especificamente possibilitar que o Estado tenha subsídios para dar uma rápida e efetiva resposta normativa a situações urgentes e relevantes que se apresentam. É dizer: para que o ordenamento jurídico não se torne lacunoso ante os acontecimentos do mundo, autoriza-se a edição de medidas provisórias, com o fim mediato de se manter viva a força normativa do próprio ordenamento.

Por isso, não é mais possível advogar a vetusta tese de que a Separação de Poderes deve ser rígida, autorizando apenas que cada Poder exerça as suas funções típicas, alijando de suas competências o exercício de funções atípicas. Porém, logicamente, é mister equilibrar as forças estatais: se ao Executivo é dado legislar, a

fortiori é curial competir aos demais Poderes a fiscalização dessa atribuição legiferante atípica.

Ora, um dos meios de controlar essa atuação do Executivo é a atuação do Poder Judiciário, quando exercente do controle de constitucionalidade⁴. A Constituição Federal nunca deve deixar de bussolar a atuação dos representantes do povo. A edição de medidas provisórias deve guardar respeito com a normatividade constitucional, dela não se afastando.

Nessa esteira, esta monografia rascunha o estudo dessas temáticas, não se desviando do regramento constitucional e do desejo permanente de trazer à baila palavras que auxiliem o estudo das medidas provisórias.

À liquidez do mundo – expressão de Zygmunt Bauman -, o ordenamento jurídico oferece adrede instrumentos de rápida criação e efêmera existência.

⁴ A afirmativa não exclui a possibilidade de ser feito o controle de constitucionalidade por parte dos demais Poderes.

CAPÍTULO I – SEPARAÇÃO DE PODERES

I.1. Breves considerações sobre o Estado

Para falarmos em separação de poderes, é necessário, antes, abriremos um parêntese e explicarmos, mesmo que *en passant*, o surgimento do Estado, especialmente do Estado dito moderno.

A expressão Estado possui sua origem no latim *status* e veio a lume pela primeira vez na obra de Maquiavel, O Príncipe, conforme nos informa o professor Dalmo Dallari⁵, e nos detalha Norberto Bobbio⁶:

“É fora de discussão que a palavra ‘Estado’ se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: ‘Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados’ [1513, ed. 1977, p. 5]”.

Há discussão quanto ao século em que passaram a existir os Estados: alguns afirmam ter sido antes do século XVII, enquanto outros mencionam que só após o século XVII poder-se-ia falar em Estado. Dalmo Dallari nos ensina que o primeiro grupo considera haver Estado desde o aparecimento do homem sobre a terra; o segundo, só admite existir o Estado após o aparecimento de necessidades que foram impostas aos grupos de homens viventes, fazendo surgir, nos diversos grupos e lugares, diversos Estados.

No concernente à causa criadora do Estado, Thomas Hobbes dedica o primeiro parágrafo da parte II do Leviatã para explicá-la⁷:

“A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2012. p. 65.

⁷ Anderson Schreiber aduz que “em sua obra mais difundida, o Leviatã, Hobbes associa o Estado a um monstro bíblico, poderoso e invencível, cuja presença se faz necessária para controlar a natural tendência dos homens ao conflito. Sem o Estado, os homens viveriam, segundo o filósofo inglês, em uma ‘guerra permanente de todos contra todos’ (bellum omnia omnes), o que acabaria por conduzi-los à morte”. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 03.

visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais (...).⁸”

Majoritariamente, divide-se os períodos de evolução do Estado em Estado Antigo, Estado Medieval e Estado Moderno. Observe-se que de acordo com a doutrina que advoga a existência do Estado apenas a partir do século XVII, com o nascimento do Tratado de Westfália, seria atécnico denominar os antigos “Estados” grego ou romano de Estados propriamente ditos.

O movimento precursor do Estado moderno foi a revolução na concepção de vida sofrida na Europa. O Renascimento marcou a crise que deu cabo ao sistema feudal. Com arrimo novamente em Dallari⁹, pode-se dizer que os senhores feudais não mais toleravam a tributação indiscriminada de monarcas de ocasião, constituindo o *status quo* um permanente estado de guerra. Torna-se, então, grande a necessidade de um poder soberano que tivesse autoridade sobre uma base territorial mais ou menos extensa. Nasce, então, o Estado Moderno, inicialmente absolutista.

É com o Estado Moderno que surge o absolutismo e a soberania fica consolidada. Destaque-se que a soberania referida é a soberania do monarca, autoridade suprema no território. O Estado estava inexoravelmente ligado à pessoa do governante, e não a uma instituição despersonalizada. Num primeiro momento, o monarca é reconhecido como autoridade cujo poder emana do divino; posteriormente, através das teorias contratualistas, passa a ser qualificado como um “fiador da segurança social”.

I.2. O Constitucionalismo

O poder excessivo do monarca fez com que as camadas sociais se indignassem com a rigidez e abusos do sistema político¹⁰. No globo, revoluções ocorrem, tendo como pináculo a Revolução Francesa, na qual houve a Queda da Bastilha, símbolo do absolutismo.

⁸HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. Parte II, cap. XVII.

⁹DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 70 s/s.

¹⁰BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 136.

A partir de então o Constitucionalismo se torna a base das novas nações. Enceta-se o império das leis e a soberania sai das mãos da quimera real, pertencendo ao povo. O governo é agora regido e subserviente das leis. Luís Roberto Barroso explica muito bem o fenômeno:

“Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of the law*, *Rechtsstaat*). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira (...). Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação ao poder. Em primeiro Lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não devem ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana (...). Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes (...). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal (...)”¹¹.

Percebemos afundar aquela antiga realidade de concentração de poder nas mãos de um único soberano, que não encontrava óbice para legislar, julgar e administrar de forma concomitante.

1.3. A teoria da Separação de Poderes

Desse esboço histórico, passamos a analisar a teoria da Separação de Poderes.

Quando concebemos em nossa mente a expressão “separação de poderes” é comum vir a reboque o nome de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu¹² (1689-1755). Se Montesquieu é o nome mais importante acerca desta temática, quase à unanimidade concorda. Porém, certo é que Aristóteles já expunha as primeiras ideias de divisão das funções do Estado à sua época.

Pedro Lenza sintetiza:

“As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra Política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5 e 6.

¹² Montesquieu foi filósofo iluminista, escritor, jurista e político francês. Sendo um crítico do absolutismo, elaborou a sua tese de separação do poder do Estado em três – Executivo, Legislativo e Judiciário. Fez com que seu livro *Do Espírito das Leis* se tornasse um clássico, lido e relido pelos séculos seguintes à sua publicação. Suas ideias encontraram ressonância na redação da Constituição Francesa de 1791, como nas constituições de muitos outros países.

gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos”¹³.

Sahid Maluf inclui Platão na concepção originária da compartimentação das funções do Estado, imputando a John Locke o trabalho da exposição da doutrina:

“O ideal da divisão do poder de Estado teve o seu nascedouro nas obras de Platão e Aristóteles. A prioridade de sua aplicação coube a Cromwell, segundo Esmein. O primeiro expositor da doutrina científica foi John Locke, o vulto mais preeminente do liberalismo inglês”¹⁴.

Marcelo Novelino, detalhando um pouco mais, explica:

“A classificação das funções do Estado foi inicialmente esboçada por Aristóteles (384 a 322 a.C.) no texto intitulado “Política”. Nos tempos modernos, John Locke foi o primeiro autor a formular uma teoria da separação dos poderes do Estado, apesar de só tê-lo feito entre Legislativo e Executivo, não contemplando o Judiciário. De acordo com o filósofo inglês – que contribuiu para a formação da separação dos poderes por meio da interpretação de instituições adotadas (sic) na Grã-Bretanha em decorrência da Revolução de 1688 –, reunir o Legislativo e o Executivo em um mesmo órgão ‘seria provocar uma tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição...’”¹⁵.

Clèmerson Merlin Clève explana mais ainda sobre a influência que Locke teve na formulação de Montesquieu:

“O gênio de Montesquieu não formulou sua clássica teorização a partir do nada. Como todos sabem, o pensador teve em Locke, autor do famoso *Essay on Civil Government*, um precursor. Além da obra de Locke, o filósofo baseou-se na experiência política inglesa, embora, neste caso, sem maior compromisso com a fidelidade”¹⁶.

Segundo Clèmerson, Locke enumerava quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Federativo e o Discricionário.

Percebemos, portanto, que já havia um esboço da teoria da Separação de Poderes muito antes da obra de Montesquieu acima referida.

Ainda sobre o pensamento de Aristóteles e Locke: na *Política*, de Aristóteles, o autor identificou e classificou as diferentes atividades do governo. Não falava expressamente em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, mas o caráter dessas

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433.

¹⁴ MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. p. 101.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 356.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

atividades em muito se assemelhava a tais poderes. O pensador grego enumerava as funções desta forma: havia um poder (ou função) deliberante – a assembléia do povo formada por cidadãos constituía esse corpo deliberantes-, além de um composto de magistrados, com fundamento nas decisões tomadas pelo Poder Deliberante, e de um terceiro integrado por juízes que faziam a aplicação da justiça, o qual diz respeito à nossa atual concepção de jurisdição. Na formulação de Aristóteles, tais poderes/funções não eram independentes¹⁷. Em Locke, houve uma delineação mais precisa sobre os Poderes do Estado, apesar de ainda distante do modelo hodierno. O pensador inglês, inspirado nos ideais do liberalismo político, antagônico do modelo do absolutismo monárquico, discorria precipuamente sobre a proteção da propriedade. Enumerou a necessidade de leis, outorgando demasiada importância ao Poder Legislativo, colocando-o acima de qualquer outro Poder.

Apesar da importância dos retrocitados pensadores, temos como certo que o grande sistematizador da teoria da Separação de Poderes foi, de fato, Montesquieu. Michel Temer, assevera: “deve-se ao Barão de Montesquieu a sistematização final da repartição de poder”¹⁸. Sahid Maluf, na mesma esteira, diz: “O grande sistematizador da doutrina da tripartição de poderes do Estado, porém, foi Montesquieu, autor da famosa obra *L’Esprit des Lois*, publicada em 1748 (...)”¹⁹.

O *Espírito das Leis* é obra inspirada em Locke, como ensina Marcelo Novelino²⁰. Montesquieu definiu e classificou os Poderes do Estado, esquematizando suas funções próprias, extensões e limites. O escopo era evitar que um Poder fosse submisso a outro ou que se sobrepujasse a outro Poder.

Montesquieu lecionou da seguinte forma: “Há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.

¹⁷ Parágrafo feito com apoio no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.loveira.adv.br/material/tge8.htm>>. Acesso em 25 dez. 2014.

¹⁸ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.120.

¹⁹ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 101.

²⁰ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 356.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.”²¹

Julgamos oportuno transcrever mais um trecho da brilhante obra do teórico francês, a propósito bem didático:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor”²².

Havia claramente, em Montesquieu, o medo de se acumular numa só pessoa ou órgão a capacidade de legislar, julgar e executar. Não estaria em harmonia com um governo democrático e tampouco seria idôneo a assegurar a liberdade dos cidadãos. Vejamos: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.”²³

Talvez a grande inovação de Montesquieu foi ter atribuído a três órgãos distintos as três funções (poderes) do Estado, como afirma Pedro Lenza:

“(...) o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.”²⁴

Ou seja, cada Poder exerceria uma função. E cada Poder estaria ligado a um órgão, que atuaria de forma independente e autônoma. Em tempos passados, no absolutismo, um mesmo órgão legislava, aplicava a lei e julgava, de modo unilateral.

²¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. livro XI, cap. VI.

²² Ibid. cap. XI, livro VI.

²³ Ibid. cap. XI, livro VI.

²⁴ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 433.

Em verdade, não se poderia falar em “órgãos” no Absolutismo. Vejamos a explicação de Michel Temer, ao comentar o Estado Absoluto:

“Neste, o soberano concentrava o exercício do poder, exercitando-o por si ou por meio de auxiliares. Todas estas atividades dependiam da vontade do soberano. Daí por que titularizava “poder incontestável de mando”. Ou seja: desempenhava funções distintas. Não havia órgãos – independentes uns dos outros – desempenhadores daquelas funções. O soberano enfeixava, de forma absoluta, o exercício do poder. Dessa circunstância derivava o absolutismo, sistema em que uma pessoa física (o soberano) concentrava o exercício do poder e, por isso mesmo, não era possível imputar-se-lhe responsabilidade. Pois a sua vontade era a fonte do ato geral, do especial e daquele solucionador de controvérsia. Legislação, execução e jurisdição dependiam de seu querer. Essa fórmula governamental gerava o despotismo, a desigualdade, a injustiça”²⁵.

Pois bem, o pensador francês influenciou as gerações vindouras e deixou sua marca nas Constituições que estariam por nascer. A teoria foi positivada na Constituição dos Estados Unidos de 1787, emergindo como doutrina paradigmática na Revolução Francesa. José Afonso da Silva professora:

“Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é”²⁶.

1.4. As diferentes concepções da teoria da Separação de Poderes

Importante ressaltar que muitos de seus críticos afirmavam que Montesquieu destacava apenas a divisão de poderes, na qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário estivessem rigorosamente separados, e não propriamente a harmonia e o controle de um Poder em relação a outro. Há uma parcela de pensadores, porém, que refuta tal tese. Canotilho expõe:“(…) foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu (...). Mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de Poderes”.²⁷

²⁵ TEMER, Michel. Op. cit., p. 121.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 109.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*; 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 260.

O próprio Montesquieu havia concluído que: “Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”.

Porém, justiça se faça, a expressão “cooperação entre os três Poderes” é consignada pela primeira vez em Immanuel Kant, na sua obra *A Doutrina do Direito*, publicada em 1797.

De todo modo, independentemente de ter Montesquieu já engendrado ou não a ideia de colaboração entre Poderes, para além da simples divisão estanque entre os mesmos, certo é que atualmente não há celeuma: o princípio da separação de poderes não pode ser visto com rigidez, preferindo-se utilizar a indigitada expressão proposta por Kant ou em *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

Nas palavras de José Afonso:

“Hoje o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes”²⁸²⁹.

Pedro Abramovay expõe a teoria contemporânea da separação de poderes:³⁰

“A relação entre os Poderes não pode ser vista como fruto de atribuições expressas, predefinidas e impermeáveis. A única maneira de o princípio da separação de Poderes conviver com a democracia e exercer a sua principal função de combater o arbítrio é a de um permanente ambiente de diálogo constitucional (...)”.

O autor cita Louis Fisher e o explica:

“Fisher que não existe gravidade na permeabilidade de competências, e que não pode haver é um unchecked power, mas este balanço entre os Poderes deve se dar por meio de um permanente diálogo constitucional publicamente exercido entre eles.”

²⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 109.

²⁹ A respeito na nova concepção do princípio da separação de poderes, Guilherme Peña de Moraes esclarece que “entre si, as funções estatais são reformuladas pelo advento de um novo modelo de meios recíprocos de controle interorgânico, no qual há a sobreposição das atividades do Estado, com o consequente regime de colaboração de poderes, tal como o controle do Poder Executivo sobre o processo legislativo, o controle do Poder Legislativo sobre a organização judiciária e o controle do Poder Judiciário sobre as omissões administrativas”. MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

³⁰ ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 32.

Para concatenar este entendimento, temos que a maior parte dos Estados Modernos adotou a teoria de Montesquieu, admitindo-se uma interpenetração entre os Poderes, fulminando aquela fisionomia original de separação rígida (se é que um dia houve tal rigidez proposta pelo Barão francês, como dito *supra*).

Assim, além das funções típicas, cada órgão exercita outras funções, ditas atípicas (típicas para os outros órgãos). A título de exemplo, hoje temos que o Legislativo exerce sua função típica de legislar³¹ e também uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional.

Pois bem, estudada a base nuclear da teoria do gênio Montesquieu, não nos podemos eximir de deixar claro que aqueles que falam em “tripartição de Poderes” não estão de todo certos. O poder, como atributo do Estado é uma unidade. Na verdade, o que é verificado é a repartição de funções que são desempenhadas pelos órgãos do Estado.

Pedro Lenza é enfático: “isso porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”³². Temos, sim, a divisão entre órgãos desempenhantes de funções, mas não a divisão entre Poderes.

Clémerson ainda esclarece:

“Portanto, a noção de Estado Constitucional (ou de Direito) repousa sobre a ideia da unidade. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. (...) O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes”³³.

Ressalte-se: o titular do poder é o povo, que por ficção odelega por contrato (social) a um governo.

³¹ Alguns afirmam que o Legislativo também exerce de forma típica a função de fiscalizar.

³² LENZA, Pedro. Op. cit., p. 436.

³³ CLÈVE, Clémerson Merlin. Op. cit., p. 31.

Por conveniência e praticidade fazemos uso da expressão “tripartição de poderes” e seus derivados, mas cientes de que a utilizamos em sua acepção atécnica³⁴.

Avançando, é preciso dizer que os pensadores modernos julgam imprescindível haver o equilíbrio de forças entre os ditos Poderes. Os Poderes se interpenetram, porém não se aceitando a hipótese temerária de um se sobrepor ao outro, dominado ou subordinando. Por isso, fala-se em sistema de freios e contrapesos. Marcelo Novelino explica:

“No célebre ‘sistema de freios e contrapesos’ (*checks and balances*) a repartição equilibrada dos poderes entre diferentes órgãos é feita de modo que nenhuma deles possa ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição sem ser contido pelos demais.”³⁵

De Plácido e Silva é cristalino, ao explicar o sistema acima referido:

“Da expressão *checks and balances*, a significar o sistema em que os Poderes do Estado mutuamente se controlam, como, por exemplo, o Legislativo julga o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade; o Presidente da República tem o poder de veto aos projetos de leis e o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes em caso de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.”³⁶

Montesquieu explica a importância do sistema de freios e contrapesos, através da necessidade de se ter um bicameralismo, composto das Câmaras Alta e Baixa.

“Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras. Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas. A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto

³⁴ Sobre a temática, sintetiza Dalmo de Abreu Dallari: “embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão de poderes*, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32ª ed. Saraiva 2013. p. 214]; Walber de Moura Agra compartilha da mesma ideia: “A terminologia separação de poderes foi expressa de forma errônea, porque na verdade o poder que resvala da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição em cada país”. [AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Forense. p. 128].

³⁵ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 357.

³⁶ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. Vocabulário Jurídico. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas”.³⁷

Identifica outras duas ferramentas que seriam idôneas a concretizar o especulado sistema de freios e contrapesos. Trata-se do veto e do impeachment. Curial rememorar que toda essa exposição de Montesquieu se dá à luz de uma Constituição inglesa. O veto é concebido sob o modelo *King in Parliament*³⁸, ato do rei que coopera e aperfeiçoa o processo legislativo. Seria a expressão da *negative voice*, ou seja, a oposição do Rei que controlaria o processo legislativo, impedindo que determinada lei entrasse em vigor. Por sua vez, o impeachment é uma ferramenta jurídica que permite que o Parlamento controle atos executivos dos Ministros do Rei.

I.5. Alguns aspectos da Constituição Federal de 1988 acerca da Separação de Poderes

Como intuitivo, nossa Constituição Federal de 1988 prevê instrumentos de defesa e de controle de um Poder sobre os demais.

Mantendo nossa atenção sobre a CF88, esta positiva o propósito edificante de manter os Poderes independentes, sublinhando a harmonia que deve vigorar entre os mesmos.

Contempla-se a cláusula no art. 2º da Lei Maior, segundo o qual:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁷ MONTESSQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo:Saraiva, 2000. p. 173.

³⁸ “*King in Parliament*” é um termo técnico do direito constitucional nos reinos da Commonwealth que se refere à Coroa no seu papel legislativo, atuando com o conselho e consentimento da Câmara e Senado, no caso de um parlamento bicameral, ou o legislador, no caso de um parlamento unicameral. Projetos de lei aprovados pelas casas são enviados para o soberano, ou governador-geral, vice-governador ou governador, como seu representante, para aprovação real, que, uma vez concedida, faz com que o projeto vire lei; estes atos primários da legislação são conhecidos como atos do parlamento. Um ato também pode fornecer para a legislação secundária, que pode ser feita pela Coroa, sujeita à aprovação simples, ou a falta de desaprovação, do parlamento. O conceito da Coroa como uma parte do parlamento está relacionada com a ideia da fusão de poderes, o que significa que o poder executivo e legislativo do governo são fundidos. Este é um conceito-chave do sistema Westminster de governo, desenvolvido na Inglaterra e utilizado em toda a *Commonwealth* e além.

Nesse ensejo, colacionamos dois conceitos importantes: o de independência e o de harmonia entre os Poderes.

Seguimos o entendimento de José Afonso da Silva, constando de suas lições que a independência dos Poderes significa que a investidura e a permanência das pessoas num dos Órgãos do Governo não dependa da confiança nem na vontade dos outros; que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização, e; que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.³⁹

O renomado constitucionalista ainda discorre sobre o princípio da harmonia entre os Poderes. Afirma o autor:

“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 nem 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.”

É possível arrolar aqui alguns exemplos desse sistema de freios e contrapesos, decorrente da independência e harmonia entre os Poderes. *Exempli gratia*, temos que cabe ao Legislativo a edição de leis, a incumbência legiferante, o que ocorre mediante um processo legislativo, observado o devido processo legal na sua vertente material⁴⁰. Pois bem, nesse processo de formação das leis observa-se que o Executivo tem especial participação, vez que o Presidente da República sanciona ou veta projeto de lei. Ademais, há matérias reservadas à iniciativa do Executivo. E neste caso, o Congresso contrabalança a participação daquele Poder podendo modificar o projeto, e até mesmo rejeitá-lo. Além disso ainda, quando o Congresso tem a iniciativa e ulteriormente o Presidente da República veta, não permitindo que o projeto de lei se torne, de fato, lei, o Congresso pode, por maioria absoluta de seus membros, rejeitar o veto, promulgando a lei.

³⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 110.

⁴⁰ É o denominado *substantive due process*.

Há o exemplo do Judiciário, em que os Tribunais são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis. Demais disso, tem-se que o Presidente da República, em linha de princípio, não se imiscui na função jurisdicional, podendo, porém, nomear os ministros dos tribunais superiores, com o controle do Senado Federal.⁴¹

As palavras-chave para se entender o sistema de freios e contrapesos são *colaboração e controle recíproco*. Os três Poderes só conseguirão exercer bem as suas incumbências e concretizar os objetivos colimados pela nação e positivados na Constituição, caso haja respeito à harmonia que deve prevalecer entre eles. Repugna-se o domínio de um Poder sobre o outro, devendo existir a colaboração e o controle recíproco. O objetivo final de toda essa teorização é o bem comum.

A Constituição de 1988, como visto, consagra o princípio da Separação de Poderes logo em seu artigo 2º. E densifica a importância do princípio em seu artigo 60, § 4º, III, protegendo-o com o manto da cláusula pétrea. Transcreve-se *infra* o dispositivo.

- § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
- I - a forma federativa de Estado;
 - II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III - a separação dos Poderes;
 - IV - os direitos e garantias individuais.

José F. C. Ferraz Filho assim resume: “Assim, ao mesmo passo em que é base institucional do Estado de Direito e da democracia, a separação de Poderes também é intangível, não podendo sequer ser alvo de discussão”⁴²

E prossegue o autor, interpretando o dispositivo em apreço:

“Além de fundamento do Estado brasileiro, a separação de Poderes é uma cláusula pétrea, como previsto no art. 60, § 4º, III. Assim, ao mesmo passo em que é base institucional do Estado de Direito e da Democracia, a separação de Poderes também é intangível, não podendo sequer ser alvo de discussão”⁴³.

A jurisprudência é farta neste aspecto, ressaltando a independência e harmonia dos poderes, como podemos ver dos julgamos abaixo.

⁴¹ Constituição Federal de 1988, art. 52, III, *a*.

⁴² MACHADO, Costa. *Constituição Federal Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Manole, 2014. p. 07.

⁴³ *Ibid.* p. 07.

"A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis." (AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-12-2012, Plenário, *DJE* de 22-4-2013.)"

"Esta Corte já firmou a orientação de que é possível a imposição de multa diária contra o poder público quando esse descumprir obrigação a ele imposta por força de decisão judicial. Não há falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário desempenha regularmente a função jurisdicional." (AI 732.188-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 12-6-2012, Primeira Turma, *DJE* de 1º-8-2012.) No mesmo sentido: ARE 639.337-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011."

"O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, deconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredir o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais." (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, *DJE* de 13-2-2012.)"

"As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes." (ADI 4.102-MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2010, Plenário, *DJE* de 24-9-2010.) Vide: RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, Segunda Turma, *DJ* de 3-2-2006."

Como visto acima, a Constituição de 1988 consagra em seu art. 2º a separação de poderes, indicando que estes são independentes e harmônicos entre si. Mas, para além disso, o art. 34 cuida dos chamados "princípios sensíveis"⁴⁴, que ensejam a intervenção da União nos Estados. Uma das hipóteses versadas no indigitado artigo é a que consta do inciso IV, cujo objeto é a própria separação de poderes. Vejamos o dispositivo:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
(...)

⁴⁴ A terminologia é de Pontes de Miranda. São também chamados de "apontados" ou "enumerados".

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

Antonio Sérgio Mercier interpreta o dispositivo:

“Cabe à União, no caso de ocorrer algum atentado ao exercício livre de qualquer um dos poderes, em uma unidade da Federação, Estado ou Distrito Federal, proceder à intervenção. O livre exercício de qualquer um dos Poderes é exigência decorrentes dos termos expressos no art. 2º da Constituição (...).”⁴⁵

Decerto, a Separação de Poderes é um dos princípios basilares do sistema constitucional brasileiro. Não obstante, autores há que tecem críticas à exceção ao princípio, constante do permissivo de se editar Medidas Provisórias. Este instituto, na opinião de muitos, infirma a preservação da tripartição de poderes. O legislador constituinte propina ao Executivo o uso de um instituto legislativo, delegando a tal Poder uma função típica do Poder Legislativo.

A irresignação dos críticos, porém, não é de todo correta, haja vista ter o Legislativo o dever de apreciar se os pressupostos de relevância e urgência foram atendidos no caso. O instrumento normativo das Medidas Provisórias mostra-se, de todo modo, necessário, porquanto o tempo que se leva para se criar leis através do processo legislativo ordinário, em alguns casos, é demasiado longo, sendo deletério muitas das vezes.

Lembramos que a tripartição de poderes insculpida no art. 2º da CF88 não deve ser interpretada de forma rígida, sendo possível o exercício de funções atípicas.

Por óbvio, voltaremos a tratar desse instituto ao longo deste trabalho.

Em relação ao Poder Judiciário, importa citar o seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, que tem como função a guarda da Constituição, através do controle de constitucionalidade. D’outro lado, cada vez mais o Judiciário decide questões de grande relevo, incorrendo algumas vezes no chamado ativismo judicial, fenômeno que recebe críticas justamente por colocar em risco a salutar separação de poderes. Registre-se que o ativismo judicial é visto por outros como forma apenas de concretizar alguns anseios da nação que encontram óbice na inação do Legislativo.

⁴⁵ MACHADO, Costa. Op. cit., p. 240.

Como não poderia deixar de ser, é garantia do cidadão que os Poderes se mantenham independentes e harmônicos. É garantia de um Estado Democrático de Direito⁴⁶.

I.6. A teoria da Separação de Poderes na evolução histórico-constitucional brasileira

Portanto, a olhos vistos, nosso atual ordenamento jurídico prescreve robusta proteção ao princípio da separação de poderes. Mas, será que desde a nossa primeira Constituição, a de 1824, o sistema constitucional mantém esse estofo protetor da separação de poderes?

Em breve síntese, traçaremos uma evolução histórica de nossos sistemas constitucionais tendo como ponto de análise o objeto deste capítulo.

O Brasil, quando da colonização de Portugal, não tinha muito clara a divisão de Poderes, isso porque todo o modelo europeu à época, das monarquias e concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, havia sido aqui internalizado.

Houve um movimento constitucionalista, à Europa, que aspirava a uma Constituição protetiva dos direitos individuais e da separação de poderes. O Imperador, então, outorga a primeira Constituição do Brasil, na qual formalmente previa-se os direitos e garantias individuais, mas sem ressoá-los na prática.

A Constituição do Império, denominada Constituição Política do Império do Brasil, consubstanciou a Separação de Poderes, embora o fizesse através de quatro

⁴⁶Incumbe citar que para alguns, o órgão do Ministério Público tem *status* de Poder de Estado. José Afonso da Silva e Uadi Lammêgo Bulos sustentam tese oposta, afirmando que é instituição vinculada ao Executivo, apesar de sua independência funcional. Marcelo Novelino mantém posição intermediária, que para nós nos afigura como correta:

“A essência do Ministério público não deve ser analisada somente a partir da natureza de suas atribuições, devendo-se levar em conta sua finalidade institucional e os dispositivos constitucionais que o regem. Por essa razão, o Ministério Público não deve ser considerado um poder autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma instituição constitucional autônoma que desempenha uma função essencial à Justiça.”

O art. 127 da CF88 é didático ao explicar o órgão, afirmando que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

deles, quais sejam, Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Vejamos o art. 10 da Constituição de 1824:

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Evidentemente, a existência do Poder Moderador era fator de desequilíbrio entre os Poderes, vez que havia uma prevalência deste sobre os demais. A harmonia e independência entre os Poderes, destarte, quedava-se atritada. Com supedâneo nas ideias de Benjamin Constant, o imperador, através do Poder Moderador, poderia simplesmente manietar os outros poderes que a ele estavam subjugados. Este Poder conferia amplas liberdades ao Imperador, como, e.g., dissolver a assembléia geral. Basicamente, o Imperador exercia os Poderes Executivo e Moderador, além de nomear toda a composição do Legislativo e Judiciário.

Já na primeira Constituição da República (1891), o Poder Moderador foi extinto, adotando a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de Poderes. Repudiou a monarquia, implementando o presidencialismo à Estados Unidos.

O art. 15 da Constituição de 1891 prescrevia: “São órgãos da soberania nacional: o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Cumpre ressaltar que neste momento nasce o Supremo Tribunal Federal. O três Poderes passam a ser independentes.

A Constituição de 1934 manteve a evolução que a Constituição anterior havia implementado. Conferiu ao Senado Federal a prevalência para exercitar o sistema de freios e contrapesos. Detalhe importante a ser citado é o de que houve um rompimento com o bicameralismo rígido ou paritário: estabeleceu-se um bicameralismo desigual (ou unicameralismo imperfeito). Neste período, o Senado é incumbido de coordenar os Poderes e passa a ser um colaborador da Câmara dos Deputados, não possuindo mais plena capacidade legiferante.

Sob a égide do Estado Novo, a Constituição de 1937 (a famigerada “Polaca”), outorgada por Getúlio Vargas, nada diz a respeito do princípio da separação de poderes. O art. 73 é emblemático, o qual afirma que o Presidente da República é a

autoridade suprema do Estado e que orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País. Não havia, portanto, equilíbrio ou harmonia entre os Poderes. Inovação importante e curiosa, de orientação fascista, é a substituição do Senado Federal por um Conselho Federal, composto de representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República.

Após a segunda Guerra Mundial, Getúlio é obrigado a assinar o Ato Adicional em 1945 (Lei Constitucional n. 9 de 1945), convocando eleições presidenciais e marcando o fim do Estado Novo. É o momento da redemocratização no país e surgimento da Constituição de 1946. Consagra-se, novamente, não apenas de forma formal, o princípio da separação de poderes, positivados no art. 36 da Carta.

Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º É vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições.

É de se destacar o parágrafo primeiro do dispositivo, o qual veda o exercício concomitante de funções distintas pelo mesmo cidadão.

A Constituição de 1967 surge sob o jugo da ditadura militar. Sem dúvida, representou um estágio de nossa história de aluimento da democracia e defesa dos direitos e garantias dos cidadãos. Faz merecer destaque seu artigo 58, o qual conferia ao chefe do Poder Executivo ampla competência legislativa.

Faz-se necessário registrar que para muitos a Emenda Constitucional n.1 de 1969 constitui-se em verdadeira Constituição. Ou seja, haveria, a partir da EC 01/69 uma nova ordem constitucional no Brasil. Apesar de formalmente não poder ser designada como Constituição Federal, a referida EC, para um grande número de pensadores, é materialmente uma verdadeira Constituição da República. A despeito de não nos aprofundarmos nesse debate, cumpre fazer menção à Separação de Poderes no período pós-69. O art. 6º da EC 01/69 tinha como redação: “São Podêres da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Havia ainda o parágrafo único: “Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições; quem fôr investido na função de um deles não poderá exercer a de outro”. Não se iluda o leitor: apesar de se ter redação parecida com a do art. 2º da Carta Política de 1988, a EC 01/69 regia uma ditadura, como continuação da Constituição de 1967.

Em 1988 advém a chamada Constituição Cidadã, acenando à volta da democracia. Como visto, o princípio da Separação de Poderes não sofreu inovação substancial em sua dicção se comparado com a EC 01/67, porém a realidade prática não se mostrou desertora da aplicação da saudável norma, diferentemente do ocorrido no período pós-67. Texto e realidade (*dever-ser* e *ser*) estão em muito maior harmonia no período pós-88 do que se comparado ao período ditatorial. Ademais, a CF88 não trouxe inovação de relevo em relação à Separação de Poderes historicamente considerada. Como vimos, linhas acima, a Lei Maior reafirma a necessidade da independência e harmonia entre os poderes. Como cediço, foi notória a importância dada a esse princípio, contemplado em mais de um dispositivo.

I.7. Considerações finais do capítulo

Por fim, concluímos que o princípio da Separação de Poderes é extremamente caro ao constitucionalismo contemporâneo⁴⁷. A teoria de Montesquieu apresenta-se como algo perenal, consubstanciada em um sem-número de Constituições ao redor do mundo⁴⁸. Se de relevo teórico sem igual, não teve, igualmente, importância prática limitada. Consagra-se como a bandeira daqueles que propalam os direitos e garantias individuais, a democracia e a limitação do Poder Estatal⁴⁹, que outrora, centralizado nas mãos de um só, rarefazia as liberdades e dignidade dos indivíduos. Por essa teoria, podemos hoje afastar qualquer tentativa de centralização desmedida

⁴⁷ Ou à democracia contemporânea.

⁴⁸ E, sem dúvidas, assistirá nas porvindouras Constituições.

⁴⁹ Em suma, o constitucionalismo contemporâneo.

de poder nas mãos de alguns poucos, anti-democráticos, que sempre tentarão ter em mãos o monopólio do poder estatal. Contra estes, ergue-se o escudo pintado pelas tintas da Separação de Poderes.

CAPÍTULO II – MEDIDAS PROVISÓRIAS

II.1. Antecedentes da medida provisória: análise do decreto-lei

A medida provisória veio a substituir o antigo decreto-lei, o qual era previsto na Constituição de 1937, no art. 74, ‘*b*’, c/c os arts. 12 e 13; na Constituição de

1967, nos arts. 49, V, e 58, bem como nos arts. 46, V, e 55 da Constituição de 1967 sob a redação dada pela EC nº 1/69⁵⁰.

O art. 25, § 2º do ADCT deixa explícita essa substituição ontológico-normativa, assim dispondo: “Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único”. Leonardo André Paixão salienta que “a presente disposição já teve sua eficácia completamente exaurida pelo cumprimento da determinação que ela contém.”⁵¹

A propósito, diversos são os países que preveem e disciplinam o decreto-lei, como ensina José Levi Mello do Amaral Júnior, nos ofertando como exemplos a Espanha e Portugal. Aduzindo que na França tem vigência o regulamento autônomo. “Mas é na Itália onde se encontra o instituto mais próximo do decreto-lei da Constituição brasileira de 1967 e, em especial, da medida provisória da Constituição de 1988: o ‘provvedimento provvisorio’ do art. 77 da Constituição italiana de 1947”.⁵²

O provvedimento provvisorio, acima referido, é usualmente chamado de “decreto-legge”. José Levi explana que

“em verdade, a fonte de competência governamental para a eventual adoção de um decreto-legge é o próprio art. 77 da Constituição italiana de 1947, que confia ao Governo a decretação de urgência. A necessidade – bem como a urgência – é, isso sim, pressuposto justificativo do exercício da competência constitucionalmente confiada ao Governo. Portanto, trata-se, o decreto-legge, de um ato legítimo em face da ocorrência de um caso extraordinário de necessidade e urgência, cuja ulterior eficácia – e não validade – subordina-se à conversão em lei no prazo constitucional.”⁵³

O decreto-legge é ato normativo primário do Governo, possuindo a mesma posição da lei formal do Parlamento. Mas, é forçoso observar: o decreto-legge tem a

⁵⁰ “A supressão do decreto-lei, tido como entulho da ditadura, era um dos pontos do anseio democrático que tomara conta do país no final do regime militar. Não faltaram promessas e campanhas pela extinção de uma espécie normativa típica dos regimes autoritários ou criada para um sistema parlamentarista, mas nunca para ser usada como regra e ainda por cima num sistema presidencialista. Tal espécie extraordinária de lei não fora para isso concebida”. NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas Provisórias: o executivo que legisla*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 116-117.

⁵¹ MACHADO, Costa. Op. cit., p. 1208.

⁵² AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Medida Provisória: edição e conversão em lei*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-51.

⁵³ Ibid. p. 53.

mesma posição de lei formal do Parlamento, embora não seja formalmente lei. É lei apenas no aspecto material. E após o processo de conversão em lei, o decreto-legge passa a ser lei formal do Parlamento.⁵⁴

Cumprir notar que a lei de conversão transforma o ato legislativo do Governo em ao do Parlamento. Por isso, há, não raro, demora e relutância por parte do Parlamento na apreciação do decreto-legge, “cuja eventual aprovação implica assunção – conjuntamente com o Governo – da autoria da decretação de urgência.”⁵⁵

Ademais, é possível o oferecimento de emendas parlamentares ao decreto-legge, como consequência do processo de conversão em lei.

No Brasil, como visto, o decreto-lei surgiu, formalmente, no direito brasileiro na Constituição de 1937. Professora José Levi que “a primeira e a segunda Repúblicas não admitiram a delegação legislativa. No entanto, o Poder Executivo legiferava disfarçadamente por meio de regulamentos *praeter legem*”. Continua o autor, “no Estado Novo, enquanto não fosse instalado o ‘Parlamento Nacional’, a Constituição de 1937 confiava todas as competências legislativas da União ao Presidente da República”.⁵⁶

Assim o fazia o art. 180 da referida Constituição, nos seguintes termos: “Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

Esta foi a primeira vez que surgiu formalmente no direito brasileiro o decreto-lei. José Levi nos lembra que o mesmo possuía perfil transitório, mas, como o Estado Novo postergou ao máximo as eleições parlamentares, o Presidente da República pôde até superar decisão do Supremo Tribunal Federal, via decreto-lei⁵⁷. Entendimento esse extraído do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, que assim dispunha:

⁵⁴ Ibid. p. 54.

⁵⁵ Ibid. p. 72.

⁵⁶ Ibid. p. 93.

⁵⁷ Ibid. p. 93.

“no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Note-se que algumas leis importantes ganharam vigência veiculadas por decretos-lei, como, e.g., o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939), o Código Penal (Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940), o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941) e a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943).

Ao reparar com cuidado, perceber-se-á que não havia ainda lei em conversão: o decreto-lei da Constituição de 1937 já nascia lei⁵⁸.

Avançando no tempo, chegamos à Constituição de 1967, que também previa a figura do decreto-lei. Constava do art. 58 dessa Constituição os requisitos alternativos de “urgência” ou “interesse público relevante” para que se pudesse editar o decreto-lei. E, à época, a doutrina já entendia que tais requisitos não poderiam ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, em razão da natureza política de ambos⁵⁹.

Clèmerson Merlin Clève ressalta que

“há importantes diferenças entre a medida provisória e o antigo decreto-lei. Deveras, (i) os pressupostos autorizadores não são exatamente os mesmos. A medida provisória pode ser adotada em caso de relevância e urgência (os dois pressupostos reclamam realização simultânea); já o decreto-lei tinha como supostos habilitantes a urgência ou o interesse público relevante (...)”⁶⁰.

II.2. Primeiras linhas sobre medida provisória: análise de seu conceito

E finalmente passamos a analisar a ordem constitucional vigente. A medida provisória está prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 62, que assim dispõe:

⁵⁸ Ibid. p. 94.

⁵⁹ Ibid. p. 97.

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medias Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

“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”⁶¹.

“As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei”⁶².

Tal conceito ficou consignado em medida liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-7/600 – Distrito Federal.

José Levi Mello do Amaral Júnior conceitua da seguinte forma:

“a medida provisória – tanto no texto originário da Constituição de 1988, como no modelo da EC n. 32, de 2001 – é ato normativo primário e provisório – circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo desde logo eficácia e valor de lei. Em suma, é materialmente lei. Na prática, a medida provisória funcionava – e continua a funcionar – como um projeto de lei com eficácia antecipada, circunstância essa que impõe, em caráter inafastável, a necessidade do pronunciamento parlamentar”.^{63 64}

Temos ainda a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem

“é ela um típica ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação”⁶⁵

Segundo Michel Temer, trata-se de

“exceção ao princípio de que ao Legislativo incumbe editar atos que obriguem. A medida provisória não é lei, é ato que tem ‘força de lei’”⁶⁶. E explica o autor, hoje Vice-Presidente da República, por que a medida provisória não é lei: “lei é ato nascido do Poder Legislativo que se submete a um regime jurídico predeterminado na Constituição, capaz de inovar originariamente a ordem jurídica, ou seja, criar direitos e deveres. Notem a primeira afirmação: ‘é ato nascido no Poder Legislativo’, capaz de criar direitos e obrigações. (...) Não é lei, porque não nasce no Legislativo. Tem a força de lei, embora emane de uma única

⁶¹ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam o dispositivo: “a norma autoriza o Presidente da República, de forma precária e excepcional, a editar MedProv com força de lei. É ato unilateral que cria direitos e obrigações e não provém do Poder Legislativo”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Comentando o art. 62.

⁶² Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 293-7/600-DF

⁶³ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit. p. 105.

⁶⁴ Clèmerson Merlin Clève assim expõe seu pensamento: “O Presidente da República emana atos normativos primários: as chamadas medidas provisórias. Neste caso, o Chefe do Poder Executivo desenvolve competência diretamente atribuída pela Constituição”. CLÈVE, Clèmerson. *Medidas Provisórias*. Op. cit.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 231.

⁶⁶ TEMER, Michel. Op. cit., p. 153.

pessoa, é unipessoal, não é fruto de representação popular, estabelecida no art. 1º, parágrafo único ('todo poder emana do povo'). Medida provisória não é lei."⁶⁷

Constatamos que medida provisória não é lei, mas tem força de lei⁶⁸. O autor Celso Antônio Bandeira de Mello enumera características que expõe as diferenças entre medidas provisórias e leis, quais sejam: o órgão competente para editar medidas provisórias assiste no Poder Executivo (Chefe do Executivo); possuem caráter excepcional e efêmero; carregam consigo a precariedade, pois podem ser rejeitadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional; perdem a sua eficácia desde o início, por força dos efeitos retroativos (*ex tunc*); e devem respeito aos pressupostos de relevância e urgência.⁶⁹

Clèmerson M. Clève assim verbaliza:

“considere-se que o significante lei, em sentido lato, pode ser traduzido como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo). Ou seja, com o sentido de ato dotado de força de lei formal. (...) por conseguinte, a lei não é apenas aquela editada pelo Poder Legislativo. É possível afirmar que, no atual contexto da experiência jurídica, todo ato emanado pelos órgãos aos quais a Constituição atribua função legislativa, quando praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, será lei, desde uma perspectiva genérica”⁷⁰

Para José Celso de Mello Filho,

“o Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir.”⁷¹

Porém, Marco Aurélio Greco sustenta ser a medida provisória um ato administrativo. Independente das críticas que possam ser feitas ao seu pensamento, o transcreveremos:

⁶⁷ Ibid. p. 153.

⁶⁸ Sobre o tema, Clèmerson M. Clève salienta: “no Direito brasileiro, não há motivo para distinguir, como pretende a doutrina italiana, força de lei de valor de lei. Pode-se dizer que por força de lei alude-se à ideia de força ativa (capacidade de inovação ativa) e força passiva (resistência passiva à inovação). Assim, o ato dotado de força de lei, estando autorizado a criar, originariamente, direitos e obrigações (criação heterônoma do direito) – força ativa – dispõe de conteúdo apenas modificável, suprimível (hipóteses de ab-rogação e derrogação) ou contaminável pela incidência eventual (hipótese de solução decorrente de relação antinômica) por ato normativo dotado de idêntica ou superior hierarquia (força passiva)”. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 74-75.

⁶⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 71-73.

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson. *Medidas provisórias*. Op. cit., p. 72.

⁷¹ MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 33, 1990. p. 206.

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

A isto se acresce que, nos termos do art. 62, a medida provisória é ‘convertida’ em lei. Logo, em si mesma, não é lei, pois não se converte o que já é. Note-se, ademais, a título meramente ilustrativo, que as medidas provisórias vêm sendo publicadas no Diário Oficial como ‘Atos do Poder Executivo’ e não como atos do Poder Legislativo’ o que, embora não seja decisivo para uma análise jurídica, é indicativo da maneira pela qual é concebida”⁷².

Nos furtaremos a expender críticas em pormenores, porém, não podemos deixar de retorquir o pensamento supracitado em alguma medida. A medida provisória

“não é uma negação da separação dos Poderes, porquanto a separação dos Poderes – no Brasil – é aquela que a Constituição de 1988 adota, texto constitucional esse que também prevê a medida provisória. É verdade que a medida provisória não é uma lei formal do Congresso Nacional, mas possui – como exposto – força, valor e eficácia de lei”⁷³.

Ademais, quando o art. 62 da Constituição Federal diz que as medidas provisórias devem ser “convertidas em lei”, tal expressão carrega o seguinte entendimento: haverá conversão de lei precária em lei permanente derivada do processo público inerente à elaboração da lei formal e nada mais do que isso⁷⁴.

Desse pensamento, destacamos, na esteira de José Levi, que a medida provisória em si é um ato simples, porquanto depende apenas e tão somente do juízo do Presidente da República quanto à sua adoção. Relembrando que a lei de conversão da medida provisória é, igualmente às leis ordinárias, um ato complexo.⁷⁵

Por fim, para Eduardo Sabbag, a

“medida provisória se traduz em ato normativo de vida efêmera e de utilização excepcional, no trato de certos assuntos, cujos pressupostos materiais atrelam-se a elementos de relevância e urgência”⁷⁶.

⁷² GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1991; p. 15.

⁷³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Op. cit., p. 109.

⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson. *Medidas Provisórias*. Op. cit, p. 76.

⁷⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 107.

⁷⁶ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 74.

II.3. O (possível) uso desmedido das medidas provisórias

Uma questão que merece ser exposta, porquanto ecoada em diversas vozes na doutrina, é a que versa sobre o uso desmedido das medidas provisórias⁷⁷. Segundo Marcelo Novelino,

“o uso desmedido por sucessivos Presidentes ao longo dos anos tem suscitado dúvidas sobre a legitimidade deste instrumento de caráter excepcional. (...) A utilização indevida ou abusiva deve ser reprimida por meio de uma atuação mais rigorosa do Poder Legislativo quando da apreciação dos pressupostos constitucionais, e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, quando provocado para tal.”⁷⁸

Nesse diapasão, José Afonso da Silva nos lembra que

“os pressupostos da *relevância e urgência* (...) nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los para julgar inconstitucionais MPs que a eles não atendessem, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República.”⁷⁹

Clèmerson M. Clève nos traz lição a respeito:

“não se podem olvidar os contextos nos quais as duas espécies normativas apareceram. A disciplina do decreto-lei, residente em uma Constituição autoritária, não foi capaz de refrear os abusos do Executivo. Aliás, reduzidas as possibilidades de controle, a Constituição parecia convidar o Presidente da República à prática do abuso. Tudo se passa de modo diferente com a medida provisória, incorporada a uma Constituição democrática, cujos princípios apontam para a excepcionalidade da atuação normativa de urgência do Poder Executivo, ampliando as possibilidades de controle do Legislativo e do Judiciário e restabelecendo um verdadeiro sistema de freios e contrapesos. O fato de, também agora, o Executivo abusar da sua competência normativa de urgência, revela menos as deficiências encontráveis na disciplina da medida provisória (e elas, de fato, existem), e mais a notória incapacidade dos poderes constituídos de atuarem as respectivas possibilidades de controle à vista de uma compreensão adequada da Constituição. De nada adianta uma nova Lei Fundamental se os operadores jurídicos continuam prisioneiros dos paradigmas construídos, ainda, sob a égide da Constituição adotada pelo regime autoritário”⁸⁰.

⁷⁷ “A medida provisória é, indubitavelmente, instrumento estratégico para o enfrentamento a contento de situações que demandam rápida resposta normativa primária do Estado. É a vulgarização do instituto que deve ser combatida, não a sua existência, mormente nos casos de ordens constitucionais cuja atividade estatal é intensa”. AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 251.

⁷⁸ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 827.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 532.

⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 53.

Nesse passo, não nos é dado deixar de expor ao leitor o pensamento de Miguel Reale:

“Já lembramos que os decretos-leis foram suprimidos da Carta Magna em vigor, mas, como pode ocorrer a necessidade de atender a casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar ‘medidas provisórias’, com força de lei. Tais atos normativos de exceção deveriam, porém, estar sujeitos a rigorosas cautelas, como determina o art. 62 da Constituição e seu parágrafo único. De qualquer forma, essas ‘medidas provisórias’ integram também o processo legislativo.

Devemos reconhecer que, infelizmente, após a promulgação da Carta Magna de 1988, tanto os Presidentes da República como o Congresso Nacional não revelaram nenhuma cautela no emprego de ‘medidas provisórias’, das quais têm usado e abusado, com consequências mais nocivas do que as produzidas pelos decretos-leis no período do regime tecnocrático-militar sob o império da Constituição de 1969.

Se lembro tal fato é para salientar que de nada valem os textos constitucionais quando não há consciência constitucional, pois o que importa na lei não é a sua letra, mas o seu espírito”⁸².

II.4. Pressuposto constitucionais de relevância e urgência

No concernente aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, José Levi ensina que

“são requisitos de natureza eminentemente política. Tocam, inicialmente, ao Presidente da República, mas são plenamente escrutináveis pelo Congresso Nacional. No entanto – excepcionalmente e à luz de critérios objetivos – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite sejam os requisitos de urgência e relevância controlados pelo Poder Judiciário”⁸³.

A respeito do assunto (pressupostos constitucionais), temos que dois são os pressupostos formais, quais sejam, edição pelo Presidente da República e submissão

⁸¹ Gustavo Rene Nicolau expõe que: “o Presidente da República exerce uma de suas funções atípicas, que é o poder de legislar, com as limitações procedimentais e materiais que a Constituição impõe. Entretanto, não demorou muito para que a medida provisória passasse a ser utilizada para tipificar condutas, alterar legislações sem nenhuma urgência e relevância (como, por exemplo, a purgação de mora em contratos de locação imobiliária, instituir empréstimos compulsórios, tributos e até mesmo confisco de bens, tomando a propriedade privada do cidadão. Michel Temer lembra que a medida provisória tinha como objetivo eliminar o decreto-lei, um resquício ditatorial. Entretanto, ‘o tempo se encarregou de revelar o desacerto daquelas aspirações’. Ressaltando o abuso na expedição de tais espécies normativas, conclui: ‘foram tantas as medidas provisórias editadas em dissonância com a Constituição que todos, tantos os da classe jurídica como os da política, preocupam-se com sua manutenção no Texto Constitucional’”. NICOLAU, Gustavo. Op cit., p. 118.

⁸² REALE, Miguel; *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166

⁸³ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 152.

imediate ao Congresso Nacional. Já os pressupostos circunstanciais são relevância e urgência⁸⁴.

Será possível conceituar com precisão esses dois últimos conceitos jurídicos indeterminados? Clèmerson M. Clève salienta que embora insuscetíveis de completa determinação a priori, é possível fazer um ensaio de precisão dos pressupostos. Para o professor, “possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há de vincular-se unicamente à realização de um interesse público⁸⁵.”

Para além da relevância a situação ensejadora de medida provisória deve ser urgente. Ensina-nos o professor que o pressuposto urgência admite maior precisão conceitual, afirmando que “uma ação é urgente quando inadiável para alcançar determinado fim”⁸⁶⁸⁷.

II.5. A Emenda Constitucional n. 32/2001 e suas consequências

Importa consignar que o instituto da medida provisória sofreu substancial modificação com o advento da Emenda Constitucional n. 32/2001. Tal EC adicionou doze parágrafos ao art. 62, regulando no corpo da Constituição as diretrizes básicas desse processo.

Segundo Gustavo R. Nicolau,

“dois objetivos da Emenda nº 32 ficam evidenciados. O primeiro foi restringir o âmbito material das medidas provisórias, prevendo diversas hipóteses em que seria proibida sua veiculação. Nesse sentido, a Emenda caminhou bem, pois estabeleceu matérias em que a doutrina já havia se posicionado há muito tempo pela impossibilidade da edição de medidas. O segundo foi tentar acelerar o processo legislativo a partir do momento em que a

⁸⁴ CLÈVE, Clemerson. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 80-81

⁸⁵ Ibid. p. 89

⁸⁶ Ibid. p. 94

⁸⁷ Segundo o Vocabulário Jurídico [De Plácido e Silva. Op. cit.): “urgência. Do latim *urgentia*, de *urgere* (urgir, estar iminente), exprime a qualidade do que é urgente, isto é, é premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado sob pena de provocar ou ocasionar um dano ou um prejuízo”.

espécie normativa adentra no Congresso Nacional para apreciação das Casas. Nesse segundo intento, a Emenda nº 32 não foi bem-sucedida. A sanção para a abusiva expedição de medidas provisórias foi o trancamento da pauta da Casa que não conseguisse votar as medidas provisórias no prazo constitucional. Percebe-se que foi uma sanção aplicada justamente no Poder Legislativo. Além disso, ao aplicar esta pena, A Constituição feriu gravemente o Senado Federal, casa revisora das medidas provisórias, praticamente engessando o trâmite de qualquer outro projeto de lei naquela casa legislativa”⁸⁸.

No concernente às modificações trazidas pelas EC n. 32/2001, é deveras interessante a análise de Marco Aurélio Sampaio, especificamente sobre o poder que ainda foi resguardado em favor do Executivo, que, segundo o qual

“pela primeira leitura do novo art. 62 e seus parágrafos, da CF, é sim clara uma ideia de limitação. Há impossibilidade de reedição de medida provisória (...). Há matérias expressamente afastadas de sua competência possível (...). Exige-se, ainda, parecer prévio de Comissão Mista no tocante aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (...).

Já numa leitura ampla dentro dos poderes de agenda presidenciais (...) o poderio do Executivo, perdido de um lado, compensou-se de outro.

Primeiramente, o grande poder de agenda, consistente em criar, de imediato Direito novo, remanesce. E, sem em 45 dias a medida provisória não for votada, como se viu, pelo teor do § 6º, da CF, é ela investida de regime de urgência, trazendo as consequências típicas de determinar ao Parlamento o que votar e quando.

Ademais, pelo teor do § 4º, do art. 62, e § 8º, do art. 57, ambos da CF, não se convoca mais o Congresso Nacional para imediata análise de medida provisória editada durante o recesso. Existindo medida por analisar e havendo, por outra razão, convocação extraordinária, aquela se faz presente na pauta. Mas a convocação às pressas não é mais exigida.

A par disso, o prazo da medida provisória aumentou e, seja ela rejeitada ou não deliberada, seus efeitos, ultrapassados os 60 dias do fim de sua vigência, remanescem, pelo teor do § 11, do art. 62, da CF.

E, por coroamento da conclusão a que se chega, constata-se que o Poder Legislativo, mais uma vez, nesta oportunidade investido do Poder Constituinte derivado, deixou de fixar critério qualquer do que sejam relevância e urgência”⁸⁹

II.6. Prazo de vigência das medidas provisórias

As Medidas Provisórias têm um prazo de vigência, conforme se constata dos parágrafos do art. 62 da Lei Maior. Vejamos.

Art. 62, § 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,

⁸⁸ NICOLAU, Gustavo Rene. Op. cit., p. 136.

⁸⁹ SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 183-184.

prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Art. 62, § 4º. O prazo a que se refere o §3º (60 dias) contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

Art. 62, § 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.

Art. 62, § 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.

Antes do advento da EC 32/2001, o prazo constitucional de vigência de uma medida provisória era de 30 dias, podendo ser reeditada várias vezes. Em 2001, sobreveio a Emenda Constitucional nº 32, trazendo algumas modificações, dentre as quais se encontra a ampliação do prazo para 60 dias, aceitando-se uma única prorrogação por igual período, regra explícita no §7º, acima transcrito⁹⁰.

Marcelo Novelino explica que prorrogação se difere de reedição: “a prorrogação, que ocorre de forma automática por uma única vez, não se confunde com a reedição, a qual pode ocorrer por mais de uma vez, desde que não seja na mesma sessão legislativa (CF, art. 62, § 10)”⁹¹.

A regra constitucional atual prescreve que o prazo de vigência fica suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, “salvo se houver convocação extraordinária, caso em que deverá ocorrer sua inclusão automática na pauta de votação”.⁹²

A prática demonstra que poucas são as medidas votadas antes de 60 dias, como expõe Gustavo R. Nicolau: “a praxis do processo legislativo já demonstrou cabalmente que não há medida votada antes de 60 dias e todas acabam tendo seu prazo prorrogado automaticamente por outro período equivalente”⁹³⁹⁴.

⁹⁰ Clèmerson M. Clève ensina que “considerava-se que o prazo da redação originária do art. 62 da Constituição brasileira (30dias) era exíguo para a manifestação, muitas vezes lenta e difícil, do Legislativo”. CLÈVE, Clèmerson. *Medias Provisórias*. Op. cit., p. 149.

⁹¹ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 828.

⁹² Ibid. p. 828.

⁹³ NICOLAU, Gustavo Rene. Op. cit., p. 145

⁹⁴ Em tempo: o autor ainda salienta que há possibilidade de a medida provisória ter prazo de vigência superior a 120 dias. Vejamos: “deve-se atentar, portanto, para a hipótese de a medida ter eficácia maior do que 120 dias. Isso em face da suspensão do prazo no recesso parlamentar. Assim, 120 dias de prazo somado ao período do recesso parlamentar resultariam num prazo maior de eficácia da norma, que poderia somar 182

II.7. Regime de urgência das medidas provisórias

Ainda colocando o art. 62 sob análise, cumpre citar o regime de urgência, estabelecido no §6º, que assim dispõe:

Art. 62, §6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, 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.

Segundo a doutrina, quando da edição de uma medida provisória há a geração de dois efeitos imediatos, quais sejam, um de natureza normativa e outro de natureza ritual. Como assim? O efeito de ordem normativa “consiste na inovação da ordem jurídica, uma vez que a medida provisória possui vigência e eficácia imediatas”⁹⁵. O segundo efeito, de ordem ritual, “consiste na provocação para que o Congresso Nacional promova a instauração do adequado procedimento de conversão em lei (*provocatio ad agendum*)”⁹⁶.

A redação do §6º, apesar de clara, sofreu um vilipêndio do então Presidente da Câmara dos Deputados Michel Temer. Marcelo Novelino teceu críticas à postura daquele:

“(...) Temer adotou o entendimento de que os Deputados estariam livres para votar em sessões extraordinárias da Câmara matérias não residuais – objeto de propostas de emenda à Constituição (PEC), resoluções e leis complementares -, uma vez que estas não podem ser objeto de leis ordinárias. As matérias residuais, objeto das leis ordinárias e medidas provisórias, seriam analisadas pelo plenários nas sessões ordinárias que ocorrem de terça a quinta-feira”⁹⁷.

dias de vigência de uma espécie normativa emanada do Executivo e não apreciada pelos representantes do povo, imbuídos da tarefa de por ele legislar”. Ibid. p. 145

⁹⁵ NOVELINO, Marcelo. p. 828.

⁹⁶ Ibid. p. 828.

⁹⁷ Ibid. p. 829.

Sobre o tópico é interessante o pensamento de José Afonso da Silva, ao criticar aparente incongruência entre os parágrafos 3º e 6º do art. 62:

“em certo sentido há uma incoerência entre o disposto nos §§3º e 6º do art. 62, introduzidos pela EC-32/2001, porque o primeiro admite perda de eficácia de MPs que não forem apreciadas no prazo de 120 dias (60 dias mais prorrogação por igual período), enquanto o segundo preordena mecanismos que impõem ao Congresso Nacional sua apreciação, quando declara que se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Por esse regime, todas as medidas provisórias terão que ser votadas, sendo, por isso, aprovadas ou rejeitadas, sem margem para a perda de eficácia por não apreciação como prevê o §3º. Apesar disso, o §10 do art. 62 (EC-32/2001) insiste em falar em MPs que tenham perdido eficácia por decurso de prazo, vedando reedições nesse caso e no de sua rejeição dentro da mesma sessão legislativa.”⁹⁸

II.8. Trâmite das medidas provisórias

O art. 62, parágrafos 5º, 8º e 9º regulamentam o trâmite das medidas provisórias. Vejamos.

Art. 62, §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.

Art. 62, §8º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

Art. 62, §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.

Os pressupostos constitucionais de que trata o §5º são aqueles já mencionados: relevância e urgência.

Porém, antes de serem apreciadas em cada Casa do Congresso nacional, as medidas provisórias são encaminhadas para uma comissão mista, aludida no §9º, que apresentará um parecer sobre sua aprovação. Posteriormente, a Câmara dos Deputados analisa os pressupostos de relevância e urgência, para em seguida deliberar sobre o mérito. Então, o Senado faz a análise dos pressupostos constitucionais e delibera, outrossim, sobre o mérito.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da Silva. Op. cit., p. 534.

Importante dizer que as deliberações feitas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal acima colacionadas requerem apenas maioria simples, entendimento que deflui do art. 47, CF:

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

Ou seja, como neste caso não há uma disposição expressa requerendo deliberação por maioria absoluta, basta que estejam presentes a maioria absoluta dos membros da Casa (ou seja, mais da metade dos membros componentes da Casa), podendo a deliberação ser tomada por maioria simples (ou seja, maioria dos presentes à sessão). Explique-se: o Senado Federal é composto de 81 senadores⁹⁹. É necessário que a maioria absoluta esteja presente, ou seja, que pelo menos 42 senadores estejam presentes. A deliberação, neste caso, pode ser tomada, então, por maioria simples, pois o requisito de estar presente a maioria absoluta já foi atendido. A maioria simples, estando presentes 36 senadores, ocorre a partir do voto favorável do 19º senador. Se estiverem presentes, e.g., 65 senadores, tem-se maioria simples com 33 votos favoráveis.

Após, serem aprovadas em ambas as Casas, há a conversão das medidas provisórias em lei. Incumbe ao presidente da Mesa do Congresso Nacional a sua promulgação¹⁰⁰, fazendo-se a remessa ao Presidente da República para que publique a lei de conversão.

Segundo Pedro Lenza:

“De acordo com o art. 12 da Res. N. 1/2002-CN, diferente do que dispunha a regra anterior, ‘aprovada a medida provisória, sem alteração de mérito, será o texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, no Diário Oficial da União’. Cabe lembrar que, nos termos do art. 57, § 5º, CF/88, a Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo Presidente do Senado Federal. Assim, conclui-se que o Presidente do Senado Federal é quem exerce a função de Presidente da Mesa do CN.”¹⁰¹

⁹⁹ Cada Estado da Federação e o Distrito Federal são representados por 3 senadores cada, resultando num total de 81 o número de membros da referida Casa.

¹⁰⁰ Ver art. 12 da resolução 01/2002 do Congresso Nacional.

¹⁰¹ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 541.

Note-se: a sanção do Presidente só se fará necessária se a medida provisória sofrer alguma alteração durante sua tramitação no Congresso Nacional.

II.9. Possibilidade de emendas

Conforme dito acima, é possível que o texto originário da medida provisória sofra emendas. Ora, o Parlamento tem a faculdade de ampliar ou restringir o seu conteúdo. “Do contrário, o Poder Legislativo ficaria vinculado, de forma absoluta, à vontade inicial do Poder Executivo”.¹⁰²

E caso a medida provisória seja aprovada com alterações, o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei em conversão.

II.10. Rejeição da medida provisória

A medida provisória pode ser rejeitada, expressa ou tacitamente, por decurso de prazo. Vejamos.

Art. 62, §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.

Art. 62, §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.

Art. 62, §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.

Art. 62, §12. Aprovado o projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

O Presidente da República, após ter publicado a medida provisória, não poderá dispor sobre ela, tampouco retirá-la da apreciação do Congresso nacional. É o entendimento majoritário da doutrina: “a partir do momento que o Presidente ds República edita a MP, ele não mais tem controle sobre ela, já que, de imediato,

¹⁰² NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 830.

deverá submetê-la à análise do Congresso Nacional, não podendo retirá-la de sua apreciação”¹⁰³. Pode, porém, editar nova medida provisória revogando a anterior.

II.11. Revogação da medida provisória

Como visto acima há possibilidade de revogação da medida provisória.

Tal entendimento restou consubstanciado na medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2984-3/DF, assim consignado:

“Porque possui força de lei e eficácia imediata a partir de sua publicação, a Medida Provisória não pode ser ‘retirada’ pelo Presidente da República à apreciação do Congresso Nacional.

Como qualquer outro ato legislativo, a Medida Provisória é passível de ab-rogação mediante diploma de igual ou superior hierarquia.

A revogação da MP por outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para a apreciação, caso caduque ou seja rejeitada a MP ab-rogante.”

Nessa hipótese, duas situações podem ocorrer. Primeiro, pode se dar a conversão em lei da medida provisória revogadora, tornando definitiva a revogação da medida provisória anterior. Ou então, caso haja a rejeição da medida provisória revogadora, a medida provisória revogada (ou melhor: medida provisória que teve sua eficácia suspensa) voltará a produzir seus efeitos pelo período que lhe restava vigorar.

Uma lei não pode ser revogada por uma medida provisória. Se ambas tratarem de matéria idêntica, a lei – anterior – terá sua eficácia suspensa até que a medida provisória ou seja convertida em lei ou seja rejeitada.

Um aspecto que merece realce é referente às relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência de medida provisória que perdeu a sua eficácia. Qual norma é idônea a regular tais fatos de repercussão jurídica?

O art. 62, §11, supra transcrito, nos dá a resposta. Um decreto legislativo deverá ser editado a fim de regular tais relações jurídicas. Porém, se o decreto

¹⁰³ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 545.

legislativo não for editado, até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, esta continuará a reger aquelas relações jurídicas.

Pedro Lenza é enfático em suas críticas dirigidas contra o dispositivo:

“Ora, se a perda dos efeitos é *ex tunc*, como afirmar que as relações conservar-se-ão regidas pela extinta MP? *Data maxima venia*, trata-se de verdadeiro resgate do autoritário decreto-lei, que permitia a sua aprovação por decurso de prazo. Aqui se diz que a não apreciação (decorso de prazo) implica a perda da eficácia *ex tunc*. Mas, inexistindo o decreto legislativo, as relações serão regidas pela extinta medida provisória!”¹⁰⁴

Com todas as vênias, porém, ousamos discordar de Pedro Lenza neste particular. Não vemos grandes problemas no fato de a medida provisória que perdeu eficácia continuar regendo as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. A medida provisória, no caso, não regerá mais nenhuma relação jurídica futura, não se podendo falar em prorrogação *sine die* de sua eficácia para situações futuras. O que o art. 62, § 11, busca é dar solução pragmática a uma situação que se não fosse assim tratada causaria profunda insegurança jurídica. O regime constitucional não afirma em nenhum momento que as medidas provisórias que perderam eficácia regerão incondicionalmente situações jurídicas praticadas sob sua égide. Uma leitura não displicente nos faz perceber que isso só ocorrerá se não for editado decreto-legislativo num prazo de 60 dias a contar da rejeição ou perda de eficácia da medida provisória. Ou seja, a Constituição tem como algo positivo que as situações jurídicas praticadas sob a medida provisória que perdeu eficácia não sejam por ela regidas, mas, sim, por decreto-legislativo, ato proveniente do Poder Legislativo. Porém, caso este se mantenha inerte não haveria outra solução plausível senão a adotado pelo dispositivo em questão.

A *ratio* do dispositivo se mantém na hipótese de rejeição expressa por parte do Congresso Nacional. Aqui também deverá ser editado decreto legislativo para disciplinar os efeitos decorrentes da extinta medida provisória. E caso não seja o mesmo editado, a própria MP regerá as relações jurídicas constituídas durante a sua vigência. Mais uma vez, e a fortiori, o professor da USP tece suas críticas:

¹⁰⁴ Ibid. p. 543.

“(…) trata-se de regra até mais abrangente que o execrado e ditatorial decreto-lei da Constituição anterior, que permitia a aprovação por decurso de prazo. Se o Congresso Nacional rejeitou a MP, expressamente, como admitir que, inexistindo o decreto legislativo, as regras fixadas pela MP continuem a disciplinar as relações jur[ídicas] dela decorrentes? Não se pode admitir essa situação.”¹⁰⁵

II.12. Consequências do confronto entre a medida provisória e a legislação pretérita conflitante

Em relação à legislação anterior à medida provisória que com ela seja conflitante, não restará outra consequência senão a revogação. Isso se dá porque a medida provisória é ato normativo primário, geral e abstrato. Mas, observe-se “trata-se de revogação sujeita a uma condição resolutiva, qual seja, a conversão em lei da medida provisória”¹⁰⁶.

“(…) a medida provisória é um ato sob a ‘condição resolutiva’ de sua conversão em lei, motivo por que a falta desta implica a extinção de seus efeitos, donde a restauração do Direito anterior.

Destarte, parece imperativa a conclusão de que a medida provisória revoga, desde o momento de sua edição, as normas com ela colidentes. Mas a revogação é como que condicional. (...).

A não conversão da medida provisória tem, portanto, efeito repristinatório sobre o Direito com ela colidente”¹⁰⁷.

II.13. Limitações materiais

II.13.1. Limites materiais explícitos

Avançando na temática, importante destacar quais sejam as limitações materiais à edição de medidas provisórias¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ibid. p. 544.

¹⁰⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 112.

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 235-236.

¹⁰⁸ Sobre o tópico, Gustavo Rene Nicolau deixa consignado que: “se o texto original da Constituição de 1988 não continha limitações materiais expressas do poder de editar medida provisória, mas apenas decorrentes de interpretações sistemáticas da Constituição de 1988, as emendas constitucionais foram pródigas em limitar essa prerrogativa do Executivo que a essa altura já se percebia seria abusivamente utilizada”. NICOLAU, Gustavo Rene. Op. cit., p. 128.

Para tanto, transcreveremos abaixo os dispositivos pertinentes, todos da CRFB/88.

Art. 62, §1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) Nacionalidade, cidadania, direitos 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 suplementares¹⁰⁹, ressalvado o previsto no art. 167, §3º;

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

III – reservada à lei complementar;

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

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

Em relação à alínea a do inciso I do § 1º, temos que “nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais têm em comum o fato de ‘que qualquer mudança traria implicação direta no processo eleitoral’, o que enseja a observância do art. 16 da Constituição de 1988”¹¹⁰.

O art. 16 da CRFB/88 trata do princípio eleitoral que, por si, elimina a possibilidade de demonstração de urgência para o trato das matérias citadas por meio de medida provisória.

No concernente à alínea b, especificamente sobre matéria penal¹¹¹, temos que a vedação é absoluta,

¹⁰⁹ Houve deslize técnico por parte do constituinte derivado reformador, vez que da leitura da alínea *d* chegasse à conclusão errônea de que créditos adicionais e suplementares seriam coisas distintas, quando na verdade, os últimos são espécie do gênero créditos adicionais.

¹¹⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 117.

¹¹¹ A doutrina, de modo geral, sempre se posicionou de forma contrária à edição de medidas provisórias objetivando criar tipos penais. A propósito, vejamos: “há quem sustente ser possível a medida provisória criar lei penal (...) A maioria dos penalistas, no entanto, não admite. O princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, fala em ‘lei’, não se podendo incluir nesse conceito a medida provisória. Além disso, a medida é ato de vontade exclusivo do Presidente da República, não nascendo da participação dos representantes do povo. De outra parte seria irreparável o dano, caso alguém fosse preso, em razão de uma medida provisória criadora de lei penal, posteriormente revogada pelo Congresso Nacional. Finalmente, não existem razões de urgência e relevância que possam justificar a elaboração de leis penais por obra restrita do chefe do Executivo”. NUCCI, Guilherme. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo, 1999. p. 25.

“nem sequer admitindo medida provisória dispondo de maneira mais benéfica do que a legislação penal em vigor. (...) a mesma alínea b inovou ao proibir a edição de medida provisória sobre a matéria processual civil, o que era até então, amplamente feito e jurisprudencialmente admitido.”¹¹²

A vedação da alínea *c* é uma solução natural,

“pois resguarda a autonomia do Poder Judiciário e do Ministério Público. No que se refere ao Poder Judiciário incide, ainda, o disposto no caput do art. 93 e no § 1º do art. 125, ambos da Constituição de 1988, que estabelecem iniciativa privativa para as matérias ali referidas, o que retira, do âmbito de disposição do Chefe do Poder Executivo, a deflagração do processo legislativo em tais assuntos, seja por meio de projeto de lei, seja por meio de medida provisória. Isso porque, faltando ao Presidente da República (ou ao Governador do Estado) a possibilidade de apresentar projeto de lei em dada matéria por força de iniciativa constitucionalmente reservada, por coerência, é de concluir que também lhe escapa a possibilidade de dispor por meio de medida provisória na mesma matéria”¹¹³.

Outro argumento a corroborar o que vem de dizer é o de que as matérias aqui aludidas são reservadas à lei complementar, impedindo sua veiculação por medida provisória.

“Não se proibem, como se notou, medidas provisórias sobre matéria tributária, mas se estatui que se a medida implicar restituição (sic¹¹⁴) ou majoração de impostos, salvo os previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada (art. 62, §2º). Essa situação prova falta do pressuposto de *urgência*, mas assim mesmo a Constituição permite a medida.”¹¹⁵

Em relação à alínea *d* do art. 62, §1º, I, é feita uma ressalva na parte final do dispositivo. Isso quer significar que a abertura de crédito de crédito extraordinário feita por medida provisória é possível na hipótese excepcional de atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, conforme se extrai do art. 167, §3º, CF.

Já no § 1º, II, trata-se de

“norma oriunda das primeiras proposições legislativas com vistas a rever a prática de medidas provisórias, algumas contemporâneas ao Plano Collor. Assim, muitas dessas proposições adotaram medidas ‘anti-Collor’, como a proibição citada”¹¹⁶.

¹¹² AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 124-125.

¹¹³ Ibid. p. 125.

¹¹⁴ Em verdade, como visto, o dispositivo fala em *instituição*.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 533.

¹¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 128.

O art. 62, § 2º, traz a hipótese de medida provisória ser editada para tratar de matéria tributária. Uma observação merece ser feita: o dispositivo em apreço aduz apenas a necessidade de se respeitar o princípio da anterioridade geral, segundo o qual lei que institua ou majore tributos só poderá produzir efeitos no exercício financeiro seguinte ao da sua publicação. Ou seja, o dispositivo em nenhum momento vaza a necessidade de se respeitar a segunda anterioridade, qual seja, a noventena¹¹⁷. Isso porque o art. 62, § 2º, foi incluído pela EC n. 32 de 2001, enquanto que o art. 150, III, c, outrossim inserto na Constituição, apenas veio a ser positivado (positivando o princípio da noventena) pela EC n. 42 de 2003. Deve-se, portanto, fazer uma interpretação conforme a fim de afirmar peremptoriamente que a edição de medidas provisórias sobre matéria tributária, constante do art. 62, § 2º, CF/88, tem como princípios incidentes tanto o princípio da anterioridade geral como o princípio da anterioridade nonagesimal.

II.13.2. Limites materiais implícitos

Há, ainda, limites materiais implícitos. Menciona-se a impossibilidade de a Constituição ser emendada por medida provisória. Seguimos os passos de José Levi, para quem “o caput do art. 62 da Constituição de 1988 – seja na redação originária, seja na redação da EC n. 32, de 2001 – expressamente exclui do campo da medida provisória a modificação de norma constitucional, porquanto atribui à decretação de urgência ‘força de lei’, e não ‘força de Constituição’. Do contrário, negar-se-ia o caráter rígido do texto constitucional. Ademais, o projeto de lei de conversão de uma aberrante medida provisória que modificasse o texto constitucional teria que se submeter às formalidade do art. 60 da Constituição de 1988, o que escapa à celeridade requerida pelo processo de conversão em lei”¹¹⁸.

¹¹⁷ O autor deste trabalho utiliza como sinônimos os termos *noventena* e *anterioridade nonagesimal*, porém sabendo-se que há doutrinadores tributaristas que enxergam distinção entre as expressões.

¹¹⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 142-143.

II.14. Medidas provisórias nos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal

Uma questão que causa celeuma no universo jurídico diz respeito à admissão ou não de medidas provisórias no Estados e Municípios.

Segundo expõe José Levi¹¹⁹, há fortes argumentos para aqueles que defendem a possibilidade de se editar medidas provisórias para além da esfera federal de Governo. Rememora o autor que a Constituição de 1967 proibia aos Estados a adoção do decreto-lei, ao passo que a Constituição de 1988 é silente a respeito. Ademais, seria possível extrair do art. 25, § 2º, CF/88, a *contrario sensu*, o entendimento de que Governadores de Estado podem editar medidas provisórias. Vejamos o dispositivo:

Art. 25, § 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Normalmente, se tem que as regras nucleares do processo legislativo constitucional sejam consideradas normas de reprodução obrigatória¹²⁰ nos demais entes federados.

Para muitos autores, por força do princípio da simetria, a edição de medidas provisórias deve ser admitida nos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Deve-se, contudo, observar que para Governadores de Estado editarem medidas provisórias sejam obedecidos dois aspectos: “I) previsão na respectiva constituição do Estado¹²¹; e II) observância das regras básicas estabelecidas pela Constituição Federal.”¹²²¹²³

Entendimento esse exposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425-5, proveniente de Tocantins: “Podem os Estados-membros editar medidas provisórias

¹¹⁹ Ibid. p. 202.

¹²⁰ Trata-se de normas constitucionais que devem estar, obrigatoriamente, reproduzidas nas demais constituições estaduais e leis orgânicas municipais e do Distrito Federal.

¹²¹ “Portanto, é possível a adoção de medida provisória em nível estadual, desde que prevista como fonte do Direito estadual pela respectiva Constituição”. AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 204.

¹²² NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 834.

¹²³ “Ao adotar o instituto da medida provisória, os Estados devem observar apenas e tão somente os princípios que regem o instituto na Constituição de 1988”. AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 209.

em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União.”

Na ADI 2391-8/SC, ficou consignado o mesmo entendimento, inclusive fazendo-se referência a Ação Direta 425. Vejamos:

“No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.02.03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição da medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.05.93”.

Algumas constituições estaduais consagram tal possibilidade, tais como as dos Estado do Acre, Piauí, Santa Catarina, Maranhão, Paraíba e Tocantins.

O mesmo argumento se estende aos Municípios. É dizer, com fundamento no princípio da simetria, deve ser admitida a edição de medidas provisórias pelo Chefe do Executivo local. Para tanto, este poder deve estar consagrado na constituição estadual do respectivo ente municipal bem como na própria lei orgânica municipal.

Nelson Nery Junior sustenta posição de que

“não existe proibição no texto constitucional para que os Chefes do Poder Executivo nos demais níveis (Estado e Municípios) editem medidas provisórias. Assim, tanto a Constituição Estadual quanto a Lei Orgânica do Município podem autorizá-los a editar MedProv, seguindo o modelo federal”¹²⁴.

Por outra lado, Clèmerson M. Clève é crítico a respeito da possibilidade de Estados-membros e Municípios editarem medidas provisórias:

“Todavia, desde o ponto de vista político, às Coletividades Federadas não é recomendável a utilização das providência emergenciais. Deveras, as medidas (i) constituem mecanismos legislativos extraordinários que se prestam para regular questões emergenciais mais afetas à competência da União; depois (ii) porque a competência legislativa dos Estados-membros e Municípios, embora com a Constituição de 1988, é reduzida. Com as medidas provisórias, os legislativos estaduais e municipais restariam ainda mais esvaziados”¹²⁵.

¹²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., art 62. Ademais, Acrescentamos o óbvio: por esse pensamento, ao Distrito Federal também seria dado editar medidas provisórias (através de seu Governador), caso a Lei Orgânica distrital assim contemple o instituto.

¹²⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 244.

II.15. Consequências produzidas pelas MPs no ordenamento jurídico

Finalizando este capítulo, adequado se faz expor alguns comentários sobre os impactos causados pela medida provisória no ordenamento jurídico.

Como afirmamos algumas linhas acima, a medida provisória não é lei, mas tem força de lei. Então, publicada a MP, tendo a mesma força de lei, as normas do ordenamento jurídico que com ela sejam incompatíveis terão a sua eficácia suspensa. Note-se: as normas incompatíveis não são revogadas, mas sim têm a sua eficácia suspensa. A consequência prática desse entendimento é fazer com que a lei – que teve a sua eficácia suspensa – volte a produzir efeitos, se a medida provisória for rejeitada¹²⁶.

E se a medida provisória for aprovada e convertida em lei, esta revogará a lei que com ela for incompatível (aí, sim, fala-se em revogação).

Relembrando, mais uma vez a regra vazada no art. 62, §11, CF, que, se a medida provisória for rejeitada ou perder sua eficácia, a lei que teve sua eficácia suspensa voltará a produzir efeitos, ressaltando as relações jurídicas decorrentes da vigência da extinta MP, que serão regidas por decreto legislativo ou pela própria MP.

II.16. Situação das MPs editadas antes da EC n. 32/2001

O que acontece em relação às medidas provisórias editadas previamente à Emenda Constitucional nº 32/2001?

O art. 2º da EC 32/2001 é explícito:

¹²⁶ Clèmerson M Clève ensina que “expirada a vigência da medida provisória sem apreciação do Congresso Nacional no prazo (perda de eficácia por decurso do tempo), ou tendo sido expressamente rejeitada (rejeição propriamente dita), incide a regra constitucional da caducidade (perda da eficácia), atingindo o ato desde a sua edição”. Continua o professor: “como a medida provisória (e o próprio nomen juris assim sugere) constitui espécie normativa despida de eficácia permanente, não está vocacionada a revogar definitivamente o direito anterior com ela incompatível. Neste particular, opera, desde a sua edição, espécie de suspensão (paralisação) da eficácia do direito pretérito. Revogação definitiva haverá, caso a medida provisória seja convertida em lei”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 155-156.

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

Ou seja, se o Executivo não revogar tais medidas provisórias anteriores à EC 32/2001 ou se não houver deliberação do Congresso Nacional, as MPs anteriores a esta emenda constitucional continuarão em vigor, perpetuamente.

“O constituinte derivado apenas concedeu às medidas anteriores a 11 de setembro de 2001 uma eficácia e vigência indeterminada. O destino dessas medidas provisórias pode ser o mesmo das novas, com exceção da rejeição tácita por decurso de tempo, posto não haver prazo de 60 dias para a medida provisória anterior a 11 de setembro perder sua vigência”¹²⁷.

II.17. Análise da lei de conversão

Alguns aspectos sobre a lei de conversão da medida provisória merecem destaque. Neste passo, é inevitável seguir as lições de José Levi Mello do Amaral Júnior¹²⁸.

Segundo o autor, a lei de conversão da medida provisória é espécie normativa primária autônoma, isto é, trata-se de uma espécie normativa que não se confunde com nenhuma das outras espécies constantes do art. 59 da Constituição de 1988.

Lição importante nos traz José Levi ao assinalar que a lei de conversão

“não significa devolução ao Congresso Nacional de parcela da potestade legislativa que lhe havia sido usurpada pelo Presidente da República ao editar a medida provisória. Nem sequer há que falar em lei de conversão como instrumento de convalidação de um ato normativo viciado – a medida provisória – indevidamente editado pelo Presidente da República”¹²⁹.

Ora, e isso se dá pelo fato de que o Presidente da República efetivamente participa – no nosso modelo constitucional – da potestade legislativa¹³⁰.

Em verdade,

“a lei de conversão da medida provisória – ao transformar o ato legislativo do Governo em um do Parlamento – recupera, ao menos em parte, um dos ideais de Montesquieu, qual seja, a lei não pode ser aplicada pela mesma autoridade ou órgão que a elabora”¹³¹.

¹²⁷ NICOLAU, Gustavo Rene. Op. cit., p. 152.

¹²⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi. Op. cit., p. 233 s/s.

¹²⁹ Ibid. p. 243.

¹³⁰ Ibid. p. 244.

¹³¹ Ibid. p. 245.

CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

III.1. Noções introdutórias

Como visto anteriormente, a medida provisória, pela doutrina majoritária, é ato normativo primário, possuindo força, eficácia e valor de lei. Sendo assim, goza dos mesmo atributos de lei - como a imperatividade - mas igualmente, sofre os mesmos controles incindíveis sobre qualquer outra lei.

Dentro do ordenamento jurídico, as leis devem obediência à norma que ocupa a posição central do sistema, qual seja, a Constituição Federal de 1988. E essa

“ideia de superioridade da Constituição relativamente às demais normas do ordenamento jurídico é expressa, hoje, por um de seus princípios, qual seja, o da supremacia constitucional, que quer significar, justamente, essa ideia de que as normas que não constem da Carta Política Fundamental devem guardar conformidade com as que nela encontram-se dispostas”¹³².

A busca por conformidade entre o ato normativo e a Constituição é feita mediante o controle de constitucionalidade, abaixo explicado nos seus pontos mais relevantes.

Chegamos à fácil conclusão de que em sendo as medidas provisórias leis em sentido material e sendo sabedores de que as leis, todas, são passíveis de controle de constitucionalidade, aquelas são, *ipso facto*, igualmente, sujeitas a esse controle.

¹³² ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. p. 25.

III.2. Controle de Constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Impende ressaltar, de plano, que há distinção conceitual entre jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade, a despeito de muitas vezes serem tratados como se sinônimos fossem. Observem: jurisdição constitucional é gênero e designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Sendo gênero, comporta espécies: aplicação direta e indireta da Constituição. A aplicação direta ocorre quando a norma constitucional disciplina determinada situação da vida. Por sua vez, a aplicação indireta pode ocorrer de duas formas: i) quando a Constituição serve de referência para atribuir sentido à norma infraconstitucional; e b) quando a Constituição serve de parâmetro de validade à norma infraconstitucional, havendo, aí, o controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, importa conceituar o que vem a ser controle de constitucionalidade. Podemos dizer, em apertadíssima síntese, que se trata de um mecanismo que verifica a compatibilidade entre uma lei, ou qualquer ato normativo infraconstitucional, e a Constituição. E caso haja contraste, a unidade do sistema deverá ser restaurada.

Abrimos passagem, no entanto, para colacionar explicação de Luís Roberto Barroso:

“o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia”.¹³³¹³⁴

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

¹³⁴ Michel Temer assim conceitua controle de constitucionalidade: “controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão”. TEMER, Michel. Op. cit.

As consequências para a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo são o reconhecimento da invalidade da norma e a paralisação de sua eficácia. De grande valia é a famigerada frase *aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição*.

Três são os requisitos essenciais para a existência do controle de constitucionalidade: a) princípio da supremacia da Constituição: significa dizer que a Constituição está na posição hierárquica mais elevada dentro do sistema (que é escalonado), servindo de fundamento de validade de todas as outras normas; b) Constituição rígida: ou seja, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração e alteração diverso e mais complexo do que aquele idôneo a gerar e alterar normas infraconstitucionais; e c) atribuição de competência a um órgão: para que assim resolva os problemas de constitucionalidade.

A respeito do primeiro requisito *supra* referido, trazemos valiosas lições doutrinárias.

Segundo Alcimor Rocha Neto, “ a Constituição tem a força de espargir, por todo o arcabouço normativo, fundamentos de validade a todas as leis que constituem o ordenamento jurídico de um Estado”¹³⁵.

Luís Roberto Barroso nos ensina que

“uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. (...) A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo”.¹³⁶

A noção de supremacia da Constituição está ligada ao seu status de fundamento da ordem jurídica e do próprio Estado. Hans Kelsen já asseverava:

“Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. (...) Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos

¹³⁵ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 26.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 33.

necessários para aplica-la e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal”.¹³⁷

São dois os grandes sistemas de controle de constitucionalidade existentes no mundo: o americano e o austríaco¹³⁸. O sistema americano é chamado de *judicial review* e nele qualquer juiz pode exercer controle, tendo como características ser difuso¹³⁹, concreto¹⁴⁰, por via incidental¹⁴¹, com eficácia interpartes¹⁴² e com atribuição de efeitos *ex tunc*¹⁴³. D’outro lado, temos o sistema austríaco, ou europeu, no qual, diferentemente do sistema norte-americano, há um tribunal específico para dirimir conflitos: não existe a possibilidade ampla de todos os juízes exercerem controle. E tem como características ser concentrado¹⁴⁴, abstrato¹⁴⁵, por via direta¹⁴⁶, com eficácia *erga omnes*¹⁴⁷ e com atribuição de efeitos *ex nunc*¹⁴⁸.

¹³⁷ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 130-131

¹³⁸ Guilherme Peña de Moraes explica: “o sistema norte-americano acolhe o controle difuso, instrumentalizado pela via de exceção, de maneira que os organismos jurisdicionais podem deixar de aplicar as leis que contrariem a Constituição, como merge do art. 3º da *Constitution of the United States of America*, regulada pela *Rules of the Supreme Court*, de 12 de janeiro de 2010. Outrossim, o sistema austríaco aplica o controle concentrado, instado pela via de ação direta, de sorte que o Tribunal Constitucional deve pronunciar a inconstitucionalidade das leis federais ou regionais submetidas à sua apreciação, como exsurge do art. 140 da *Österreichische Bundesverfassungsgesetz*, regulamentada pela *Verfassungsgerichtshofgesetz*, de 12 de maio de 1953”. MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 21.

¹³⁹ “Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação no caso concreto levado ao conhecimento da corte”. BARROSO, Roberto. Op. cit., p. 69.

¹⁴⁰ Ser *concreto* significa que o controle ocorre diante de um litígio no qual há presença da dicotomia autor-réu. Dá-se sobre a aplicação da lei em concreto, não em abstrato.

¹⁴¹ “Diz-se controle *incidental* ou *incidentertantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sal jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da inconstitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como *questãooprejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente”. BARROSO, Roberto. Op. cit., p. 72.

¹⁴² A eficácia da sentença final de mérito fica adstrita às partes, não atingindo terceiros.

¹⁴³ Ou seja, efeitos são retroativos.

¹⁴⁴ “No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”. BARROSO, Roberto. Op. cit., p. 70.

¹⁴⁵ A constitucionalidade da lei é analisada de forma abstrata: avalia-se a sua constitucionalidade como um todo. Não se verifica a presença da dicotomia autor-réu.

¹⁴⁶ “Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via principal é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si”. BARROSO, Roberto. Op. cit., 73.

¹⁴⁷ A eficácia da sentença final de mérito não se restringe às partes, mas, ao revés, passa a valer para todos, indistintamente.

¹⁴⁸ Ou seja, efeitos não-retroativos.

A CRFB/88 manteve um sistema híbrido, conjugando tanto o controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça estaduais como o controle difuso, exercido por quaisquer juízes que se virem diante de casos concretos nos quais se levante tais questões constitucionais.

Em relação às espécies de inconstitucionalidade, temos os vícios formal e material.

O vício material é também chamado de substancial, de conteúdo, doutrinário ou nomoestático¹⁴⁹. O ato normativo afronta a Constituição violando um preceito ou um princípio, e não à forma como foi editado. Exemplificando: se a Constituição impõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁵⁰, não pode haver lei autorizando, e.g., a prática de tortura a réus em processos a fim de fazê-los confessar suposto delito. A violação à Constituição nesse caso é material.

O vício formal é também chamado de nomodinâmico¹⁵¹. E ocorre quando o ato normativo violar a Constituição no seu processo de formação. Exemplificando: se a Constituição impõe que para a formação de determinado ato normativo seja obedecido um quórum de três quintos para sua aprovação, lei que for aprovada com quórum de um meio é inconstitucional por conter vício formal.

A inconstitucionalidade formal pode se dar de algumas formas¹⁵². Em primeiro lugar, diz-se da inconstitucionalidade formal orgânica: quando há inobservância de competência legislativa para elaboração do ato. Exemplo: Constituição impõe que a União seja competente para tratar de determinado assunto, sobrevivendo lei regulando essa matéria, porém lei municipal. Em segundo lugar, há a inconstitucionalidade formal propriamente dita, na qual há inobservância do devido processo legislativo, se subdividindo em vício formal subjetivo e vício formal

¹⁴⁹ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 234.

¹⁵⁰ Art. 5º, III, CRFB.

¹⁵¹ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 231.

¹⁵² Adotamos, neste particular, a classificação de Pedro Lenza.

objetivo: o primeiro ocorrendo na fase de iniciativa¹⁵³ e o segundo, nas demais fases do processo legislativo¹⁵⁴. Em terceiro e último lugar, pode-se falar em inconstitucionalidade formal por violação ao pressupostos objetivos do ato normativo: exemplo notório é o das medidas provisórias, no qual os requisitos da relevância e urgência são os pressupostos objetivos do ato normativo (medida provisória).

Não podemos nos furtar de trazer à baila lição do genial Hans Kelsen, que bem resume a questão:

“(...) por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.

Por isso costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis”.¹⁵⁵

É de observar que, além dos vícios material e formal, alguns autores, como Pedro Lenza, trazem à baila um terceiro vício, denominado de *vício de decoro parlamentar*¹⁵⁶. O argumento legal está previsto no art. 55, § 1º, CF. E traz a ideia da existência de compra de votos, maculando, assim, o processo legislativo, ensejando o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Para além das classificações acima referidas, podemos citar aquela que divide o controle de constitucionalidade em prévio e posterior, subdividindo este último, como regra, em político, jurisdicional e híbrido¹⁵⁷. No concernente ao controle posterior ou repressivo, há a possibilidade de ser exercido pelo Legislativo e pelo

¹⁵³ Há casos em que somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. Por exemplo: haverá vício formal propriamente dito subjetivo se parlamentar deflagrar processo legislativo em matéria de iniciativa privativa do Presidente da República.

¹⁵⁴ Por exemplo: lei ordinária dispondo sobre matéria de lei complementar; ou, lei votada com quórum insuficiente.

¹⁵⁵ Kelsen, Hans. Op. cit., p. 132.

¹⁵⁶ Lenza, Pedro. Op. cit., p. 234.

¹⁵⁷ Guilherme Peña de Moraes sintetiza com clareza tais classificações, explicando: “quanto à natureza do órgão, existe a diferenciação entre o controle político, praticado por órgão excluído do Poder Judiciário, e o controle judicial, processado por órgão incluído no Poder Judiciário.

Quanto ao momento do exercício, ocorre a divisão entre o controle preventivo, realizado sobre proposta de emenda ou projeto de lei, não tendo a norma adquirido vigência, e o controle repressivo, reclamado sobre emenda ou lei, tendo a norma adquirido vigência, com o desiderato de elidir a presunção relativa de validade ou confirma-la em presunção absoluta de validade”. MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 20.

Executivo, excepcionalmente. E nesse particular há especial importância para este trabalho: as medidas provisórias tanto podem sofrer controle posterior pelo Judiciário, como pelo Legislativo, ocorrendo neste último caso quando ao ser a medida provisória encaminhada ao Congresso Nacional, para sua apreciação, este órgão entende-la inconstitucional, realizando desta forma controle de constitucionalidade posterior, pelo Legislativo. E, obviamente, há o controle exercido pelo Poder Judiciário, de forma concentrada, pelo STF.

III.3. Controle de constitucionalidade e medidas provisórias

Sobre as medidas provisórias postula aplicação, como sobre todas as outras normas, o controle político e o controle jurisdicional de constitucionalidade. “Nenhuma dúvida paira quando se trata do controle político, mas não há unanimidade quanto ao controle jurisdicional quando se está a tratar sobre aspectos específicos do problema”¹⁵⁸.

Nelson Nery Junior com Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que

“as medidas provsiórias podem ser objeto de controle da constitucionalidade, tanto abstratamente pela via da ADIn como em concreto. Cabe ao STF exercer o controle abstrato da constitucionalidade da MedProv. Compete aos juízes e tribunais controlar, em concreto, a constitucionalidade das MedProv, analisando tanto os aspectos formais e procedimentais quanto os substanciais dessas normas, deixando de lhes dar eficácia quando em desconformidade com o sistema constitucional”¹⁵⁹.

Alcimor Rocha Neto explica que em relação ao controle jurisdicional das medidas provisórias no Brasil, é possível dizer que ocorre em três diversos níveis: a) um controle dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência; b) um controle da matéria sobre a qual versa a medida provisória; e c) um controle meritório, isto é, verificando a compatibilidade do conteúdo trazido pela medida provisória com as normas constitucionais substanciais. Não que em relações aos dois

¹⁵⁸ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 35.

¹⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., comentando o art. 62.

primeiros níveis não se verifique a compatibilidade com o conteúdo normativo trazido pela medida provisória relacionado com a CRFB. Apenas ocorre, segundo o autor, que nessas duas hipóteses verifica-se a compatibilidade com as normas procedimentais da Carta Política, ao passo que no último caso compatibiliza-se a MP com a parte substantiva da Lei Maior¹⁶⁰.

Teríamos, dessarte, segundo a classificação adotado pelo autor deste trabalho, seguindo as lições de Pedro Lenza, o seguinte quadro, em relação aos três diversos níveis de controle acima aludidos: o primeiro deles é o chamado vício formal por violação aos pressupostos objetivos do ato normativo; o segundo, vício formal propriamente dito objetivo; o terceiro, vício material¹⁶¹.

Clèmerson Merlin Clève mantém o mesmo entendimento do esposado por Alcimor Neto e explica que “o Judiciário vem exercendo a última dimensão de controle plenamente. Quanto às primeiras, não há dúvida de que poderia exercê-la, se assim desejasse”¹⁶². Diríamos nós que a maior divergência paira sobre a primeira dimensão de controle, que versa sobre os pressupostos da relevância e urgência.

¹⁶⁰ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 35.

¹⁶¹ Marcelo Novelino faz doutrina no sentido de afirmar que a inconstitucionalidade de uma medida provisória pode ser analisada sob os aspectos formal e material. Afirma o autor que “formalmente, deve ser verificada a presença dos requisitos constitucionais exigidos para a sua edição: relevância e urgência”. Prosseguindo: “no aspecto material, além da compatibilidade com os dispositivos constitucionais, a medida provisória deverá obedecer aos limites específicos impostos pela Constituição (CF, art. 62, §§ 1º e 2º)”. [Op. cit. p. 834]. Contudo, pedimos vênias para discordar do eminente constitucionalista. O autor deste trabalho entende que em relação ao aspecto formal, andou bem M. Novelino, porém no que toca à inconstitucionalidade material, não estão suas ideias em consonância com o que julgamos ser o melhor entendimento. Percebam: a inconstitucionalidade formal está ligada aos procedimentos impostos pela CF para a prática de determinado ato normativo. Isso inclui a limitação de matérias que podem ser objeto de determinado ato normativo. E aí há confusão escusável feita inclusive por grandes juristas. Ora, se a CF veda que determinado ato normativo possa regular determinada matéria, a sua veiculação por aquele ato normativo não gera vício material, como é intuitivo pensar, mas, sim, vício formal. Dito mais uma vez: há vício formal quando um ato normativo regula matéria que não lhe é de sua competência. Às claras, podemos aduzir um método simples para evitar dúvidas semelhantes: se a lei inconstitucional puder ser editada de outro modo, forma, tempo (etc.), podemos concluir que sua inconstitucionalidade é formal. Se material fosse, não poderia ser editada de nenhum modo, porquanto violador de regra substancial da CF, nem mesmo através de Emenda Constitucional. Portanto, à vista do que dispõe os parágrafos primeiro e segundo do art. 62 da CF, percebemos que se medida provisória tratar de tais temas, a medida de urgência será formalmente inconstitucional, e não materialmente. Logo, o que Marcelo Novelino considera como vício material, na verdade é puro vício formal, na espécie propriamente dito objetivo. Quais seriam então vícios matérias a ensejar a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória? Seria o caso, por exemplo, de MP que normatizasse tratamento desigual entre cidadãos, sem qualquer motivo razoável, sendo violador à norma substancial da Constituição que tutela a igualdade (princípio da isonomia).

¹⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 215.

Porém, em relação à segunda dimensão, atinente à matéria veiculada pela medida provisória, parece, como se verá, que o controle é exercido sem grandes problemas.

Breve parêntese: medidas provisórias de efeitos concretos e sua possível mudança jurisprudencial

O constitucionalista paranaense ressalta ponto interessante:

“como se sabe, a medida provisória tanto pode introduzir norma geral e abstrata quanto norma de efeitos concretos. Na jurisprudência consolidada no STF, somente as primeiras estariam sujeitas ao controle abstrato. A posição desafia questionamento. Afinal, um número considerável de medidas de urgência é adotado para veicular dispositivos concretos, tendo em vista o papel que, nos dias atuais, o Poder Executivo vem desempenhando. A permanecer semelhante entendimento, boa parte das medidas provisórias apenas sofrerá eventual contraste judicial em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade, uma vez admitida a hipótese de seu cabimento”.¹⁶³

Temos ciência, contudo de uma possível mudança de entendimento no STF.

“(...) em análise de medida cautelar na ADI 4048/DF, na qual se discute a constitucionalidade da MP 405/2007, que abriu crédito extraordinário em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, o Supremo Tribunal Federal sinalizou uma mudança de entendimento, pois conheceu da ação mesmo tratando-se de ato jurídico de efeitos concretos”.¹⁶⁴

A ementa da ADI 4048/DF deixa consignado:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização de 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.

De volta ao tópico

Alcimir Rocha Neto expõe que são muitas as resistências quanto ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias, “surgindo, pois, muitas vezes a

¹⁶³ Ibid. p. 217.

¹⁶⁴ Ibid. p. 218.

clamar pela impossibilidade de tal controle quando o objeto venha a ser os pressupostos constitucionais da relevância e urgência”¹⁶⁵.

III.3.1. Controle sobre os pressupostos constitucionais da relevância e urgência: análise resumida da evolução jurisprudencial de nossa Corte Constitucional

Diz Clèmerson Clève que

“em relação ao controle dos pressupostos autorizadores da medida provisória, a postura do Supremo Tribunal Federal tem sido, lamentavelmente, tímida. Temia-se que, neste particular, a Excelsa Corte reproduzisse o entendimento adotado por ocasião dos antigos decretos-leis. Deveras, no contexto da Constituição de 1967, a Suprema Corte Federal manifestou-se no sentido de que ‘os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário’, por envolverem, afinal, questão política. Com a Constituição de 1988, a Corte Constitucional poderia rever o entendimento. Foi assim que, em 1989, o Supremo, em *leading case*, conferindo matiz à posição anterior, admitiu o controle dos pressupostos da medida provisória, todavia apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, diante do abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República”.¹⁶⁶

Percebe-se, portanto, que o controle se limitaria à censura do excesso do poder de legislar.

Em 1991, foi publicado o acórdão da ADI 526/DF, cuja relatoria foi do Ministro Sepúlveda Pertence. Na ocasião, o relator fez menção ao referido caso de 1989, qual seja, a ADI 162, afirmando:

“certo, no julgamento liminar da ADI 162, de 14.12.1989, atinente à Med. Prov. 111 (prisão temporária) solidarizei-me expressamente com o relator, em. Ministro Moreira Alves, quando S. Exa. – afastando-se dos precedentes, (...) a propósito de questão similar relativa aos decretos-lei da ordem decaída -, admitiu que os pressupostos de relevância e urgência para a emissão de medidas provisórias não eram de todo imunes ao controle jurisdicional; o que, entretanto, ficou claro, não retira o caráter discricionário do juízo político, que os afirma, restringindo-se, pois, o controle jurisdicional aventado à verificação, em cada caso, da existência de abuso manifesto”.

¹⁶⁵ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 36.

¹⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 218-219.

Ao lado do acórdão, restou evidente que este seria o critério a ser utilizado por Sepúlveda Pertence¹⁶⁷.

Em 1996, foi a vez da ADI 1417/DF. O Ministro relator Octavio Gallotti fez remissão à ADI 526, acima aduzida. Disse o relator:

“no tocante à alegação de ausência do pressuposto de urgência exigido pelo art. 62 da Constituição, e sem antecipação de juízo definitivo de mérito, considero inadequada a oportunidade do exame, em face de requerimento liminar, dessa questão, que envolve, em última análise, a delicada afirmação de abuso de poder discricionário, na edição da medida provisória. Assim já decidiu o Tribunal, sendo relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar, cautelarmente, a Ação Direta nº 526”.

Em 1997, foi julgada, liminarmente, a Adi 1397/DF, de relatoria do Ministro Carlos Velloso. Na mesma esteira das demais ADI, asseverou o relator:

“se a alegação de urgência e relevância, por parte do Chefe do Executivo, evidenciar-se, claramente, improcedente, pode ela sujeitar-se ao controle judicial. De regra, entretanto, isto não deverá ocorrer, tal como lecionou, no Supremo Tribunal Federal, com apoio de seus pares, o saudoso e eminente Ministro Aliomar Baleeiro, no RE 62.739-SP, em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 5º do D.L. 322, de 1967. Disse o saudoso Ministro Baleeiro: ‘não me parece duvidoso que a apreciação da urgência ou interesse público relevante assume caráter político: é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso. Por aí não há inconstitucionalidade”.

E até recentemente, em 2010, na ADI 2736/DF, ficou consignado o mesmo entendimento, como se extrai do voto de lavra do relator Ministro Cesar Peluso:

“conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao escrutínio do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2213; ADI 1647; ADI 162-MC). A admissibilidade de juízo jurisdicional sobre tais requisitos limita-se ao caso de controle de abuso de poder na edição de medidas provisórias (ADI nº 1.753-MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12..06.1998).”

Ainda mais recentes são as ADI 4627 e 4350, esta última com acórdão publicado em 2014. Naquela restou consignado: “esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses

¹⁶⁷O Ministro Marco Aurélio, na oportunidade, manteve-se firme em seu entendimento de não aceitar ADI contra medidas provisórias

pressupostos seja evidente”. Já na ADI 4350, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ficou assente: a análise da presença de urgência e relevância do tema veiculado na Medida Provisória nº 451/2008, e que veio a ser convertida na Lei nº 11.945/2009, é tarefa que incumbe, primordialmente, ao Poder Executivo. O Poder Judiciário deve reconhecer a inconstitucionalidade de texto de Medida Provisória que, de forma inquestionável, se afaste dos requisitos de relevância e urgência, hipótese deferente da dos autos em que o Chefe do Poder Executivo agiu dentro do espaço que lhe foi dispensado constitucionalmente.

Sem embargo, temos conhecimento de votos vencidos, ao longo dos anos subsequentes, no âmbito do STF, no sentido de tentar convencer a Suprema Corte a respeito da necessidade de uma atuação mais firme¹⁶⁸.

Mas, reiteremos: as vozes que se levantaram no Supremo, até muito recentemente, carregaram o adjetivo de minoritárias. Nesse diapasão, seguimos o entendimento do professor Clèmerson M. Clève, para quem

“cumpre ao Judiciário (...) aceitar que os pressupostos autorizadores da medida provisória e sua valoração não substanciam questão política insuscetível, ou suscetível apenas em caráter excepcional, de apreciação jurisdicional. Afinal, o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, expressamente referido pela Constituição, implica a plena sindicabilidade dos atos do Poder Público, especialmente quando violadores de direitos”¹⁶⁹.

Então, em resumo, temos que sob o império da Constituição de 1967, a orientação dominante no STF era no sentido de não vislumbrar a possibilidade de tal controle¹⁷⁰. “Entendia o STF que tais pressupostos constitucionais escapariam ao controle do Poder Judiciário por se tratarem de uma questão eminentemente política”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Os votos vencidos se referem mormente à lavra do Ministro Marco Aurélio. Vide ADI 1441/DF, ADI 1576, ADI/MC 1849/DF

¹⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 230-231.

¹⁷⁰ Como demonstrado em linhas anteriores, não existia a figura da medida provisória quando da vigência da Constituição de 1967. O instituto previsto era o decreto-lei. E como este instituto trazia como requisitos a legitimar sua edição a urgência e o relevante interesse público, podemos fazer comparações e proceder a análises históricas sobre o exercício de controle de constitucionalidade jurisdicional entre ambos os institutos sem maiores problemas: a essência e natureza jurídica, como demonstrado, do decreto-lei e da medida provisória são, em suma, idênticas.

¹⁷¹ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 131.

É de se notar que, sob a égide da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal decidia no sentido de julgar pela impossibilidade de convalidação dos vícios materiais do decreto-lei quando de sua aprovação pelo Congresso Nacional¹⁷².

E mesmo no período pós-CF88, o STF manteve tal postura, com algumas decisões isoladas que vazavam a possibilidade de controle. Hoje, afortunadamente, parece haver uma mudança de rumo nessa seara, podendo-se até afirmar que a posição atual da Suprema Corte brasileira é de aceitação do controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias diante de situações excepcionais¹⁷³.

III.3.1.1 Requisitos da relevância e da urgência como conceitos jurídicos indeterminados

Clèmerson Clève afirma que teria sido melhor que o Judiciário aceitasse os pressupostos de edição como conceitos jurídicos indeterminados, diferenciando-os do poder discricionário: aqueles comportam controle jurisdicional, enquanto que o poder discricionário estaria ligado ao âmbito estritamente político.

O problema assiste no fato de serem tais pressupostos aferidos por um juízo eminentemente subjetivo, haja vista tratar-se de conceitos juridicamente indeterminados.

“Surge, então, grandes questionamentos: pode o Presidente da República aferir livremente que situações se mostram urgentes e relevantes? É bastante o controle político exercido pelo Congresso Nacional para garantir os cidadãos contra abusos de medidas provisórias?”¹⁷⁴.

Ao tratarmos, neste momento, especificamente, dos pressupostos de relevância e urgência, malgrado o histórico do STF em designá-los como afeitos à

¹⁷² Vide RE 62731, de 30.06.1967

¹⁷³ Marcelo Novelino, ao analisar a situação hodierna na temática, afirma: “não obstante, admite-se a possibilidade, ainda que excepcional, de apreciação desse requisitos pelo *Poder Judiciário*, quando a inconstitucionalidade for flagrante e objetiva. Esta possibilidade de controle jurisdicional encontra fundamento na necessidade de impedir o excesso de poder ou o manifesto abuso institucional quando da edição de medidas provisórias, situação incompatível com o sistema de limitação de poderes. (...) Portanto, quando da ausência inquestionável dos requisitos de relevância e urgência, o Poder Judiciário poderá adentrar na esfera discricionária do Presidente da República, visando a garantir a supremacia constitucional e o respeito às regras do devido processo legislativo”. NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 834.

¹⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. Op. cit., p. 37.

questão política¹⁷⁵, entendemos, como a doutrina majoritária entende (senão à unanimidade) serem conceitos juridicamente indeterminados.

O STF, pelo menos em uma oportunidade, em dias recentes, deixou assente, através do voto do Ministro Celso de Mello, que tais pressupostos se configuram em conceitos jurídicos indeterminados, como se extrai da ADI 2213/DF, na qual o eminente Ministro asseverou: “os pressupostos da urgência e relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos”.

Deixamos claro ao leitor, mais uma vez, que, hoje, é deveras difícil sustentar que os requisitos do art. 62, caput, são outra coisa senão conceitos jurídicos indeterminados.

Alcimor R. Neto explica que os conceitos jurídicos indeterminados

“são aqueles que constam do ordenamento positivo e que não têm um significado único, variando conforme o intérprete. São expressões que permitem vários significados. Poder-se-ia dizer de tais expressões que são plurissignificativas”¹⁷⁶.

Segundo Oscar J. de Plácido e Silva, conceito jurídico indeterminado é conceito aberto, que não tem definição típica, dependente da análise da autoridade competente¹⁷⁷.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua os conceitos jurídicos indeterminados como

“termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo ‘ordem pública’, ‘bons costumes’, ‘interesse público’, ‘segurança nacional’ e outras do gênero”¹⁷⁸.

Gustavo Binenbojm, ao analisar o papel do Judiciário quando diante de conceitos jurídicos indeterminados, explica a jurisprudência do STF. Para tanto se

¹⁷⁵ Fazemos a ressalva de que em acórdãos recentes os Ministros da Corte Suprema têm adjetivado tais pressupostos como conceitos jurídicos indeterminados, como visto adiante.

¹⁷⁶ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 38.

¹⁷⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., ao definir “conceito jurídico indeterminado”.

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

utiliza das situações envolvendo ato de extradição e estudo de impacto ambiental.

Vejamos a explicação do administrativista:

“Na esteira do STF, devem os tribunais brasileiros atuar com autocontenção (judicial self-restraint) sempre que o parâmetro de controle das ações estatais sejam conceitos jurídicos indeterminados e a conduta analisada mova-se em sua zona de penumbra. Com efeito, muito embora o STF tenha proclamado a vinculação ao direito por parte da decisão do Presidente da República em matéria de extradição, reconheceu as sutilezas desse controle quando em jogo conceitos jurídicos indeterminados. Isso significa que, não exorbitando das zonas de certeza fixadas pelo conceito, há plena validade na opção decisória exercida pelo Presidente, devendo o juiz prestar reverência à estimativa da Administração, que detém *expertise* e experiência para fazê-lo em melhores condições. Assim, v.g., ao analisar o conceito de significativa degradação ambiental como condição para a exigibilidade de um estudo prévio de impacto ambiental, deve o juiz averiguar se a Administração produziu os laudos devidamente e se suas conclusões situam-se dentro da zona de penumbra. Aqui, não deve o magistrado pretender definir o que é impacto ambiental significativo, mas apenas verificar a sustentabilidade das razões da autoridade administrativa tendo em vista uma possível existência (ou inexistência) de tal impacto.

Nestes termos, um controle judicial gradual dos conceitos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito, parece a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional”¹⁷⁹.

Ao que tudo indica, G Binenbojm referenda a postura do Supremo Tribunal Federal de se proceder a um controle de constitucionalidade sobre as medidas provisórias apenas quando a situação em concreto beirar o absurdo. O autor não cuida expressamente da temática das provisórias, porém, é possível extrair essa ideia da seguinte passagem:

“Diversamente do que se dá no controle de atos vinculados por regras, em que o juiz afere se a Administração deu ao caso a *solução correta* (controle positivo), no controle dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados o juiz deve ater-se a afastar as *soluções manifestamente incorretas*. Trata-se, assim, de um controle eminentemente negativo”¹⁸⁰.

E afirma nas páginas seguintes de seu livro *Uma Teoria do Direito Administrativo*:

“Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática* e *responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado”¹⁸¹.

¹⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*; 3ª ed. Rio de Janeiro: renovar, 2014. P. 239.

¹⁸⁰ Ibid. p. 246.

¹⁸¹ Ibid. p. 254.

III.3.1.2. Análise dos demais argumentos que buscam inviabilizar o controle sobre os pressupostos da relevância e urgência

Outro argumento expendido no sentido de corroborar a ideia de que o STF não poderia proceder a tal controle é o respeito à separação de poderes.

Ainda há quem sustente ser violador ao princípio da separação de poderes a ingerência do Judiciário nesse particular. Ora, em resposta afirma-se que a teoria da separação de poderes, seja em sua acepção clássica ou na mais moderna, tem como escopo precípua limitar a atuação dos Poderes. E tal limitação ocorre especialmente pelo controle exercido pelos demais Poderes nas suas funções típicas e, *a fortiori*, quando exercente de suas funções atípicas, como ocorre no uso de medida provisórias pelo Presidente da República.

No primeiro capítulo deste trabalho trouxemos à baila alguma passagens de O Espírito das Leis, retratando o receio de Montesquieu à concentração demasiada de poderes nas mãos de uma única pessoa, como se faz ver nesta passagem, já outrora exposta: “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente”¹⁸². Ora, por tais palavras se deduz que, ao conjugar a separação de poderes com o instituto do controle de constitucionalidade, deve haver mais controle sobre os atos que sejam atinentes às funções atípicas de cada Poder. É dizer: se pela concepção moderna da separação de poderes aceita-se que cada Poder possa exercer funções atípicas, para resguardar com mais segurança a separação de poderes deve-se impor controle mais rígido sobre tais atos, para que, assim, o exercício das funções atípicas não se transforme em violação à separação de poderes. Ou seja, o desrespeito à separação de poderes não advém do controle de constitucionalidade;

¹⁸² MONTESQUIEU. Op. cit., cap. XI, livro VI.

pelo contrário, é este quem preserva ao postular incidência sobre atos que possam, aí sim, afrontar o disposto no art. 2º da Lei Máxima.

Neste particular, Gustavo Binenbojm, citando Andreas Krell, é perfeito em sua análise:

“Como explica Andreas Krell, o enfoque jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*) parte da premissa de que o princípio da separação de poderes deve ser entendido, na atualidade, como uma divisão de funções especializadas, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado democrático de direito. Assim, as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou de alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os *códigos dogmáticos* para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração e dos órgãos jurisdicionais.

Portanto, ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo vinculado *versus* discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma *dinâmica* distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a *programação normativa* do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a ‘específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.¹⁸³”

Arrematando o pensamento, Binenbojm faz menção, novamente, à legitimação democrática, afirmando que em alguns casos, o controle pelo Judiciário deve ser menor em respeito a uma auto-análise de sua capacidade institucional sobre o caso. Vejamos:

“Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menos. Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão.

Tem aqui grande utilidade a chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais¹⁸⁴.

¹⁸³ BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 240-241.

¹⁸⁴ Ibid. p. 241.

III.3.1.3. A análise crítica do Ministro Celso de Mello em relação à jurisprudência do Supremo

O Ministro Celso de Mello, em mais de uma oportunidade, se mostrou contrário à proteção conferida pelo STF no que concerne aos pressupostos de relevância e urgência, no sentido de que seria mero exercício do poder discricionário do Presidente da República. Abaixo, tomamos ciência de alguns de seus votos, cujo teor é de aceitação, quase plena, da análise de constitucionalidade de tais pressupostos.

Apesar de em algumas passagens ressaltar que o STF não deve aceitar que o Chefe do Poder Executivo exerça de forma abusiva a competência legislativa que extraordinariamente lhe foi outorgada, parecendo-se filiar aos votos da maioria neste particular, o indigitado ministro vai além e afirma em diversas ocasiões, em diferentes ações que o controle deve ser feito, sim, sobre os pressupostos da relevância e urgência, de forma mais incisiva do que os seus pares.

Sobre o assunto, o Ministro Celso de Mello manteve-se excelente em seu voto, como relator, na ADI n. 2213-MC/DF, de 2002. Em primeiro lugar mostrou-se preocupado com o uso desmedido de tal instrumento legislativo pelo Executivo, como se vê:

“eventuais dificuldades de ordem política – exceto quando verdadeiramente presentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – não podem justificar a utilização de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, além de apropriar-se ilegitimamente da mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, converter-se em instância hegemônica de poder no âmbito da comunidade estatal, 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”.

Continua:

“na realidade, a expansão do poder presidencial, em tema de desempenho da função normativa primária, além de viabilizar a possibilidade de uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que, historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos

legislativos, introduz fatos de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera a essência da ordem democrática, cujos fundamentos – apoiados em razão de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos – conferem justificação teórica ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes”.

Especificamente sobre os pressupostos de relevância e urgência enunciou que:

“os pressupostos em questão – urgência da prestação legislativa e relevância da matéria a ser disciplinada – configuram elementos que compõem a própria estrutura constitucional da regra de competência que habilita o Chefe do Executivo, excepcionalmente, a editar medidas provisórias.

Tais pressupostos, precisamente porque são requisitos de índole constitucional, expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional.

É que a carga de discricionariedade política, subjacente à formulação inicial, pelo Chefe do Executivo, do juízo concernente aos requisitos da urgência e da relevância, não pode legitimar o exercício abusivo da prerrogativa extraordinária de legislar.

Vê-se, pois, que a relevância e a urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados – qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição das medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.

Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias.

É certo, ante a fluidez e a relativa indeterminação conceitual da noção de tais pressupostos, que a ausência desses requisitos constitucionais nem sempre revelar-se-á objetivamente clara. Daí a necessidade de proceder-se à análise de tais requisitos, em cada situação ocorrente.

O poder excepcional que assiste, ao Presidente da República, de legislar, mediante medida provisória, está necessariamente subordinado à concreta satisfação dos requisitos impostos pela Constituição, que, ao referir-se aos pressupostos de urgência e de relevância, torna judicialmente apreciáveis tais fatores de legitimação da prática dessa competência normativa primária atribuída ao Presidente da República.”

Ao continuar discorrendo sobre a matéria, o Ministro Celso de Mello parece reafirmar a jurisprudência tradicional do STF no sentido de só se poder proceder a um controle quando da ocorrência da abusos. Porém, percebe-se, linhas depois, que para além dessa verificação de abuso, poderia o Supremo exercer controle não apenas nessa hipótese. Afirma: “assentadas essas premissas, resta verificar se se registra, no caso ora em exame, a ocorrência, ou não, dos pressupostos da relevância e da urgência”.

Em outra oportunidade, na ADI 2736, na qual Celso de Mello não era o relator, assim deixou consignado em seu voto:

“parece-me importante reafirmar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer poder de controle jurisdicional que lhe permita aferir a existência, ou não, dos pressupostos constitucionais (urgência e relevância) legitimadores da edição, pelo Presidente da República, de qualquer medida provisória, tal como esta Suprema Corte já o proclamara em unânime julgamento plenário na ADI 2213-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”

Na ADI 4350 (relatoria do Min. Fux), Celso de Mello registrou:

“entendo possível o controle jurisdicional, notadamente o exercido por esta Suprema Corte, quanto aos pressupostos de urgência e relevância necessários à legítima edição, pelo Presidente da República, das medidas provisórias, eis que tais requisitos – por integrarem a própria estrutura constitucional desses atos executivos com força de lei – revestem-se de caráter eminentemente jurídico, o que basta para justificar, só por si, a sindicabilidade dessas espécies normativas pelo Poder Judiciário, como já o proclamou o Supremo Tribunal Federal. (...) É por tais razões – e, notadamente, para evitar que o texto de nossa Lei Fundamental exponha-se a manipulações exegéticas, degradando-se em sua autoridade normativa – que tenho por admissível (e necessário) o exame, por parte do Poder Judiciário, dos pressupostos da relevância e da urgência, os quais, referidos no art. 62 da Constituição da República, qualificam-se como requisitos legitimadores e essenciais ao exercício, pelo Presidente da República, da competência legislativa que lhe foi extraordinariamente outorgada para editar medidas provisórias. Os pressupostos em questão (...) expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional”.

As mesmas palavras foram proferidas também na ADI 4048-MC/DF.

III.3.1.4. Medida provisória do art. 167, § 3º, da Constituição, e a exigência do terceiro requisito

Importante notar que o art. 167, § 3º, CF, traz o requisito da imprevisibilidade como mais um pressuposto objetivo para edição de medidas provisórias, quando estas versarem sobre abertura de crédito extraordinário. Em verdade, o dispositivo fala em despesas ‘imprevisíveis’ e ‘urgentes. Porém, como a urgência já é pressuposto exposto no art. 62, apenas a imprevisibilidade aparece como requisito novo à edição de MPs nessa temática.

Em sede jurisprudencial, a ADI 4048-MC é didática:

“LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA

DE CREDITO EXTRAORDINARIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c 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 consequência 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 nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de crédito extraordinário”.

III.3.2. Controle da matéria sobre a qual versa a medida provisória

Diria que é incontroverso a possibilidade de se exercer este tipo de controle. No concernente, não há conceitos indeterminados a causar espécie nos juízes, nem há possível discricionariedade por parte do Chefe do Executivo em editar medidas provisórias sobre matérias não permitidas pelo art. 62 da CF.

A título de exemplo, temos que o art. 62, § 1º, I, b, da CF, proíbe a edição de medidas provisórias sobre direito penal e processo penal. Medida provisória que busque reger tais matérias devem ser tidas como inconstitucionais¹⁸⁵. Aliás, é um controle que é, e sempre foi, aceito por nossa Corte Constitucional.

A já citada ADI 2736 deixa claro o que se vem de dizer. Apesar de ser uma decisão que corrobora a infeliz tese do STF no sentido de que a análise acerca dos pressupostos de relevância e urgência devem ser feitos apenas em último caso, quando do exercício abusivo por parte do Chefe do Executivo, esta decisão deixa explícita a ideia segundo a qual é plenamente possível ao Judiciário perquirir se as medidas provisórias estão normatizando matérias que sejam permitidas de ser

¹⁸⁵ Como vimos, a inconstitucionalidade, neste caso, é da espécie formal propriamente dita objetiva.

normatizadas por este instrumento legislativo. Nesta ADI, a MP tratou de matéria processual civil, não autorizada pela Constituição, afirmando o relator:

“é que, a todas as luzes, a condenação em honorários advocatícios de sucumbência é matéria típica de direito processual, porque tem por pressupostos necessário a existência de um processo sob jurisdição contenciosa, no qual tenha atuado advogado e sido vencida uma das partes. Trata-se da materialização da regra processual da sucumbência (...). Daí que, tratando-se de matéria relativa a direito processual estrito, a competência para legislar é privativa da União, enquanto exercida pelo Congresso Nacional, *ex vi* do art. 22, I, da Constituição da República e, como tal, indelegável ao Senhor Presidente da República, que, ao usurpá-la, comete abuso de poder. Até a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, havia esta Corte estabelecido que não é lícita a ‘utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados’.”

Esse entendimento acabou positivado por aquela Emenda Constitucional nº 32/01, que, ao alterar a redação do art. 62 da Constituição da República, vedou a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito processual civil.

III.3.3. Controle meritório, isto é, análise da compatibilidade do conteúdo trazido pela medida provisória com as normas constitucionais substanciais

Sobre tal tipo de controle não há divergências. É, e sempre foi, pacífico a sua possibilidade. Todo ato normativo que esteja em desconformidade, materialmente, com normas constitucionais, com o conteúdo da Constituição, deve ser retirado do ordenamento jurídico. Desde sempre se aceitou esse controle sobre as medidas provisórias. Exemplo disso é a já citada ADI 1417, que, embora à época não se admitisse com o controle sobre os pressupostos de relevância e urgência senão quando da ocorrência de abuso manifesto, já deixava assente que não seria admitida a violação aos princípios e regras constitucionais. O relator consignou: “é, contudo, inegável o relevo da arguição de retroatividade da cobrança, expressamente estipulada cláusula final do art. 17 do ato impugnado¹⁸⁶, em confronto com o princípio consagrado no art. 150, III, a, da Constituição”.

¹⁸⁶ Ato impugnado, no caso, é a própria medida provisória n. 1325, de 1996.

A título de exemplo, temos a ADI 2213, cujo Min. Relator Celso de Mello cuidou de apreciar a possível inconstitucionalidade material. Diga-se que a efetiva análise dessa possível inconstitucionalidade só não foi feita pela relator por força de uma preliminar julgada procedente. Mas, assim ficou consignado: “antes de examinar as arguições de inconstitucionalidade material, aprecio a questão preliminar suscitada pelo Senhor Presidente da República”.

Ademais, fica patente a possibilidade desse tipo de controle na ADI 4350, na qual abre-se tópico próprio para tratar-se da possível inconstitucionalidade material da medida provisória *sub judice*, no caso em questão¹⁸⁷.

III.3.4. Tem a lei de conversão da MP o condão de afastar o controle jurisdicional?

Outro ponto de realce é respeitante à conversão da MP em lei: teria esse procedimento condão de afastar o exercício do controle jurisdicional? Parece claro que a resposta é negativa, pelo argumento segundo o qual “se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade que a atinge desde o momento da adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo”¹⁸⁸.

Nesse passo, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência no sentido de dar resposta negativa à questão: não há convalidação de vício de inconstitucionalidade com a mera conversão da MP em lei. Nesse sentido foi a decisão na ADI 295-3-DF. Ademais, vê-se na ADI 4350 o mesmo entendimento no voto do Min. Celso de Mello que diz:

“quero registrar, preliminarmente, que a mera conversão, em lei, de medida provisória não tem o condão de convalidar situação de eventual inconstitucionalidade que afete a validade jurídica do ato presidencial a que se refere o art. 62 da Constituição da República. Isso significa, portanto, que a conversão legislativa não expunge nem sana os vícios formais e/ou materiais que tornem inconstitucional a medida provisória. Esse entendimento tem o beneplácito da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se pronunciou, por

¹⁸⁷ Acórdão em questão, p. 35.

¹⁸⁸ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 48.

mais de uma vez, no sentido de que o ato parlamentar de conversão da medida provisória em lei não se revela suficiente para legitimar, constitucionalmente, no plano da validade, aquele ato executivo aditado ‘com força de lei’ (CF, art. 62). (...) Daí a absoluta irrelevância jurídica da conversão, em lei, de medida provisória que já apresentava, desde o momento de seu surgimento, a mácula da inconstitucionalidade. A aprovação congressional, ainda que por unanimidade, não tem a virtude de operar a convalidação de medida provisória comprometida, em sua integridade jurídica, pelo defeito gravíssimo que a incompatibiliza com o texto da Constituição”.

Em outras palavras, pode-se dizer que o ato do Parlamento, aprovando a transformação da medida provisória em lei, não é suficiente para conferir validade jurídica à lei de conversão, quando a própria medida provisória é afetada pelos vícios de inconstitucionalidade.

Na doutrina, encontramos a opinião de Marcelo Novelino, entendendo que

“a conversão da medida provisória em lei não lei confere imunidade e nem convalida os seus vícios originários. Caso haja alteração substancial do conteúdo impugnado, a ADI ficará prejudicada, em razão da perda do objeto. Na hipótese de conversão sem alteração do ponto questionado, a ADI não ficará prejudicada. Entretanto, deverá ser feito aditamento da inicial com a substituição da medida provisória pela lei de conversão”¹⁸⁹.

III.3.5. Controle político de constitucionalidade das medidas provisórias: controle repressivo feito pelo Legislativo e pelo Executivo

III.3.5.1. Controle pelo Legislativo

Após a edição da medida provisória, deve ela ser, imediatamente, enviada à apreciação congressual para que as Casas do Parlamento manifestem-se a respeito do mérito e da sua constitucionalidade, material e formal¹⁹⁰, conforme Alcimor R. Neto.

Observa-se que antes da análise do mérito da medida provisória,

“a Câmara dos Deputados e o Senado Federal procedem ao juízo de admissibilidade da medida provisória, analisando, justamente, a presença ou ausência dos pressupostos constitucionais ensejadores da edição de medida de tal caráter (relevância e urgência). É

¹⁸⁹ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 835.

¹⁹⁰ ROCHA NETO, Alcimor. Op. cit., p. 35.

nesse momento que o primeiro controle de constitucionalidade é exercido, sendo que aí se trata de constitucionalidade formal”¹⁹¹.

O indigitado autor continua afirmando que

“somente depois de admitida a medida provisória por pensarem os parlamentares ser ela, realmente, urgente e relevante, é que se passa à análise da constitucionalidade material e, em pó, ao exame meritório da medida”¹⁹².

O controle pelo Legislativo é feito pelo Congresso Nacional ao analisar a constitucionalidade da medida provisória

III.3.5.2. Controle pelo Executivo. Possibilidade com algumas especificidades

Não é livre de polêmica afirmar que o Poder Executivo pode exercer controle repressivo de constitucionalidade. Antes do advento da CF88, o entendimento dominante era o de que o Executivo poderia sim exercer tal controle. Fundamento: o único legitimado a desafiar o controle concentrado era o Procurador Geral da República; assim, os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e do DF e Prefeitos) não tinham competência para ajuizar ação buscando, em controle concentrado, discutir a constitucionalidade da lei.

“Portanto, nesse primeiro momento, doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento de que o Chefe do Executivo poderia deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, cabendo-lhe, ainda, baixar determinação, enquanto superior hierárquico, para que os seus subordinados também não cumprissem a lei”¹⁹³.

A partir do advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, muitas vezes se levantaram a afirmar que não haveria mais fundamento a dar suporte à tese de aceitação desse tipo de controle exercido pelos Chefes do Executivo, vez que os mesmos passaram a ser legitimados para a propositura de ação com vistas a provocar controle de constitucionalidade concentrado no STF, à luz do art. 103 da CF.

¹⁹¹ Ibid. p. 36.

¹⁹² Ibid. p. 36.

¹⁹³ LENZA, Pedro. Op. cit., p. 243.

Porém, alguns poucos alertaram para uma especificidade: nem todos os Chefes dos Poderes Executivos foram cobertos pelo art. 103, CF. Os prefeitos continuaram a não ser legitimados para propor Ação Direta no STF. Então, à luz do entendimento anterior à CF88, como os Prefeitos não são legitimados, estes podem deixar de cumprir norma que julguem inconstitucional, enquanto Governadores e o Presidente da República, por serem legitimados, não o podem. Mas, perceba: desta feita, estar-se-ia outorgando maior atribuição de poderes aos Prefeitos do que aos Governadores de estados e do DF e ao Presidente da República.

Por tais circunstâncias, parte da doutrina, como Pedro Lenza, manteve o entendimento de que, mesmo após o advento da Constituição de 1988, podem os Chefes do Poder Executivo, federal, regional e local, não cumprirem lei que repute inconstitucional.

Em sede de jurisprudência, parece haver um único julgado que trata de forma mais ou menos explícita sobre a temática. Na ADI 221-MC/DF, de relatoria do Min. Moreira Alves, assim ficou registrado:

“o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão só determinar aos seus órgãos subordinado que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”.

Seguindo o entendimento do qual Pedro Lenza e Luís. R. Barroso fazem parte, afirmamos que os Chefes do Executivo podem descumprir leis que julguem inconstitucionais. A propósito, observe-se lição deste último:

“Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevalecem. Costuma-se lembrar, como uma primeira razão, o fato de que o Prefeito não figura no elenco do art. 103, de modo que pelo menos em relação a ele dever-se-ia aplicar o regime anterior, com a consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador. Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção

caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder¹⁹⁴.

Porém, em relação às medidas provisórias, esbarramos num problema: o ato normativo que é tido como inconstitucional é proveniente do próprio Poder Executivo. O que fazer, então, para equacionar esse dilema? Para este caso prevaleceria o entendimento de que os Chefes do Executivo não poderiam deixar de cumprir com o ato normativo?

O autor deste trabalho possui entendimento no seguinte sentido: em primeiro lugar é preciso dividir as medidas provisórias em dois grupos: i) MPs federais; e ii) MPs nacionais. Em relação às MPs federais, que incidem apenas na esfera federal como intuitivo, o Chefe do Executivo Federal não pode deixar de cumprir por considera-la inconstitucional, por dois fatores: existe meio idôneo a afastar tal medida provisória, editando uma outra que tenha o condão de revogá-la e por entendermos ser aplicável o princípio da confiança legítima. O mesmo pensamento deve ser aplicado, por simetria, às MPs estaduais e municipais e a respectiva não possibilidade de Governadores de Estados e Prefeitos Municipais alegarem a inconstitucionalidade da MP que eles mesmos editaram, a fim de não cumpri-las.

No tocante às medidas provisórias nacionais, que tem aplicação nos âmbitos federal, estaduais e municipais, afirmamos que apenas os Chefes de Executivos estaduais e municipais tem a prerrogativa de não cumprir tal MP. O Presidente da República não pode deixar de cumprir, porquanto justamente foi o mesmo quem a editou, aplicando-se os argumentos acima referidos. Já os Governadores de Estados e Prefeitos Municipais podem deixar de cumprir MP nacional por julgá-la inconstitucional, vez que não foram os mesmos que a editaram, além de não terem meio idôneo a afastar sua incidência, não podendo editar MP a fim de revogá-la e pelo fundamento segundo o qual não há violação ao princípio da confiança legítima.

Concluímos: os chefes dos poderes Executivo não podem deixar de cumprir medidas provisórias federais, estaduais e municipais. Como tais atos normativos só

¹⁹⁴ BARROSO, Roberto. Op. cit., p. 93-94.

incidem no ente federado pelo qual foi editado, os demais entes federados não teriam interesse em alegar a inconstitucionalidade de determinadas medidas provisórias, ou melhor, deixar de cumpri-las. E a própria autoridade da qual emanou o ato normativo não poderia deixar de cumprir a medida provisória porque tem meio idôneo a afastar a norma, editando nova medida provisória que revogue a anterior, e pelo fato de é totalmente ilógico o chefe do Executivo editar a norma, tendo meio legal para afastar sua incidência, porém deixar de cumpri-la por julgá-la inconstitucional. Ademais, isso feriria valores como segurança jurídica e a confiança legítima dos cidadãos, vinculada à proibição de comportamentos contraditórios no âmbito do direito público. Portanto, chefes de Executivo não podem deixar de cumprir MPs federais, estaduais ou municipais.

No que toca às MPs nacionais, o Presidente não poderia deixar de cumprir pelos argumentos alinhavados acima. Os Governadores e Prefeitos podem deixar de cumprir MPs nacionais porque tais medidas repercutem no âmbito da pessoa política a qual representam e porque não tem meio jurídico hábil a afastar sua incidência, além de isso não ferir a segurança jurídica e a confiança legítima dos cidadãos vez que não foram os mesmos que editaram a norma.

Então, perceba: neste caso Governadores e Prefeitos teriam mais poder que o Presidente da República, haja vista que aqueles podem descumprir medidas provisórias que julguem inconstitucionais enquanto ao Presidente não seria dado esse poder. Sim. E não há contradição com o fundamento segundo o qual Governadores e Presidente podem deixar de cumprir lei em sentido formal que repute inconstitucional pelo fato de que aos Prefeitos isso seria possível. O que permite fazer essa distinção de outorga de poderes, a princípio incongruente? O mero fato de que é o próprio chefe do Executivo que edita a lei. Aqui não há se falar em problemas quando ao fato de Prefeitos e Governadores terem mais poder que o Presidente da República. Aliás, essa última frase não se mostra verdadeira quando verificamos que em verdade, diante de MPs nacionais, o Presidente só teria “menos poder”, não podendo deixar de aplicar a norma, porque possui poderes que os

demais chefe de Executivo não têm: Governadores e Prefeitos não podem editar normas a fim de revogar a MP nacional: apenas o Presidente pode. Então, afirmamos: mesmo no caso de MP nacional, em que apenas Governadores e Prefeitos podem deixar de aplica-la por entendê-la inconstitucional, é o próprio Presidente quem detém mais poder, por ser competente, a qualquer momento, a editar nova norma afastando a anterior.

III.3.6. Da impossibilidade lógico-pragmática de se exercer controle preventivo de constitucionalidade sobre medidas provisórias

Ora, sabemos todos que qualquer ato normativo está sujeito a sofrer controle repressivo e preventivo de constitucionalidade. Mas, perceba: o controle preventivo, apesar de ser sempre possível em tese, nem sempre será possível na prática. O que significa exercer o controle preventivo? Significa conceder a possibilidade de determinado(s) órgão(s) atestar a inconstitucionalidade do próprio processo legislativo, mesmo antes de ainda não existir ato normativo. Por exemplo, o STF exerce controle preventivo quando parlamentar impetra mandado de segurança, com vistas a alertar a Corte Constitucional de que o processo legislativo do qual ele faz parte é uma Proposta de Emenda à Constituição, tendente a abolir cláusulas pétreas. O STF, então, impõe a não continuidade de tal processo legislativo. Não há ainda ato normativo impugnado, mas apenas processo legislativo com a finalidade de criar um ato normativo.

O controle preventivo só é passível de ocorrer quando há algum ato no mundo jurídico, um ato qualquer que seja idôneo a desencadear um processo legislativo. E no caso das medidas provisórias, como estas já são o próprio ato normativo, sem que fosse precedido processo legislativo, não há como proceder a um controle preventivo, porquanto não há nada a ser impugnado previamente à edição da própria medida provisória.

Desta forma, é de se concluir que nenhum dos três Poderes pode proceder ao controle preventivo de constitucionalidade quando estamos a falar de medidas provisórias.

Corroborando o afirmado acima, dizemos que a rejeição da medida provisória, que por isso não é convertida em lei, é manifestação do controle repressivo, e não preventivo.

III.3.7. Controle difuso de constitucionalidade sobre as medidas provisórias

Como já consignado linhas acima, o Brasil possui os controles de constitucionalidade concentrado e difuso. Todo ato normativo está sujeito a esses dois tipos de controle. O controle concentrado é exercido por um único órgão/tribunal, quer seja no âmbito federal – competência incumbida ao Supremo Tribunal Federal – quer seja no âmbito estadual – competência incumbida aos Tribunais de Justiça estaduais. Por sua vez, o controle difuso é exercido de forma diluída, por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer instância jurisdicional. É dizer: um juiz de primeira instância, monocraticamente, por exercer difusamente controle de constitucionalidade, *incidenter tantum* num processo.

Visualizamos, então, um silogismo claro. Premissa maior: todo ato normativo está sujeito tanto ao controle de constitucionalidade concentrado como ao difuso. Premissa menor: as medidas provisórias são atos normativos (e diga-se mais: são atos normativos primários). Conclusão: as medidas provisórias estão sujeitas a ambos os tipos de controle retro-citados.

Não há mistério neste ponto. Imaginemos a situação hipotética: João, autor de um processo judicial, busca ver concretizados, após a sentença, os seus pedidos arrolados na petição inicial. Para tanto, utiliza como um dos fundamentos jurídicos de sua demanda o fato de a medida provisória X, que está inviabilizando a concretização de seus direitos, ser inconstitucional. Ora, perceba o leitor que em nenhum dos pedidos do demandante está o requerimento de se ter declarada a

inconstitucionalidade da medida provisória de modo geral, para todos. Não. João anseia pedidos outros, mas com fundamento na inconstitucionalidade de tal ato normativo. Essa questão de inconstitucionalidade passa a ser uma questão prejudicial ao processo, caracterizando-se como algo incidental no mesmo. É necessário que a MP X seja declarada inconstitucional, com eficácia interpartes, para que assim João possa ver resguardados judicialmente seus direitos pleiteados.

Segue a escorreita lição de Luís Roberto Barroso:

“a questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar.(...) O objetivo do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”¹⁹⁵

Além dessas características, podemos destacar que sobre o controle difuso incide o princípio da reserva de plenário, insculpido no art. 97 da Lei Maior. Segundo o princípio, a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial, onde exista. Ou seja, se a questão prejudicial sobre a constitucionalidade de determinada lei – aí se incluindo as medidas provisórias – estiver em sede de qualquer tribunal, apenas a maioria absoluta dos membros do plenário, ou do órgão especial do respectivo tribunal, poderão declarar a sua inconstitucionalidade, afastando sua aplicação do caso concreto.

Como sabido, o próprio STF pode exercer o controle difuso, quando constrangido a decidir em sede de recurso extraordinário, obedecendo ao critério da repercussão geral, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Por fim, rememore-se que é plenamente viável a aplicação do art. 52, X, da CF, que outorga ao Senado Federal a possibilidade de suspender no todo em parte a execução de lei que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, conferindo efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo (obviamente, trata-se de

¹⁹⁵ BARROSO, Roberto. Op. cit., p. 115.

decisão do STF proferida em controle difuso, porquanto já haver efeitos *erga omnes* em sede de controle concentrado de constitucionalidade). A viabilidade de o SF suspender a execução de medidas provisórias, nos moldes do dispositivo acima citado, é ratificada pela prática. O STF julgou o recurso extraordinário 401436, proveniente de Goiás, declarando a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 11 da medida provisória nº 2225-45/2001. O Senado Federal, então, através da Resolução 52 de 2005, prescreveu:

“É parcialmente suspensão, sem redução de texto, a execução do artigo 11 da Medida Provisória Federal 2.225-45, de 4 de junho de 2001, ficando excluído do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 401.436-0 - Goiás.”

CONCLUSÃO

- 1) A teoria da Separação de Poderes não mais pode ser vista sob os olhos da rigidez que outrora fora entendida. Deve ser estudada racionalmente. O objetivo da Separação de Poderes é evitar que determinado governante concentre em suas mãos todo (ou grande parte) o poder estatal. Não quer dizer que não possa determinado agente público exercer as competências próprias do Poder ao qual está vinculado e ainda exercer momentaneamente

funções típicas de outros Poderes, inclusive para concretizar maior eficiência e racionalidade à atuação do Estado. Os Poderes não são esferas estanques.

2) O constitucionalismo moderno impõe a atuação ativa do Estado. O cidadão, tendo consciência de seu direito, requer legitimamente que o Estado atue, não importa de qual Poder advenha sua satisfação. Sendo assim, todos os Poderes podem e devem executar funções atípicas a fim de bem atender os anseios legítimos dos cidadãos. A Separação de Poderes é princípio previsto no art. 2º de nossa Constituição Federal. Não custa repisar: apesar de atécnico o termo Separação de Poderes é utilizado para tornar mais dinâmica a leitura do trabalho.

3) As medidas provisórias são instrumentos jurídicos necessários ante à existência de situações urgentes e relevantes, sobre as quais o processo legislativo ordinário não é capaz de ofertar respostas normativas eficazes à sociedade.

4) A medida provisória veio a substituir o antigo decreto-lei, o qual era previsto na Constituição de 1937, no art. 74, 'b', c/c os arts. 12 e 13. Como conceito, temos que as medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.

5) Em relação à legislação anterior à medida provisória que com ela seja conflitante, não restará outra consequência senão a revogação. Isso se dá porque a medida provisória é ato normativo primário, geral e abstrato. Mas, observe-se: trata-se de revogação sujeita a uma condição resolutiva, qual seja, a conversão em lei da medida provisória.

6) Controle de constitucionalidade. Dentro do ordenamento jurídico, as leis devem obediência à norma que ocupa a posição central do sistema, qual seja, a Constituição Federal de 1988. E essa ideia de superioridade da Constituição relativamente às demais normas do ordenamento jurídico é expressa, hoje, por um de seus princípios, qual seja, o da supremacia constitucional, que quer significar, justamente, essa ideia de que as normas que não constem da Carta Política Fundamental devem guardar conformidade com as que nela encontram-se dispostas.

7) A busca por conformidade entre o ato normativo e a Constituição é feita mediante o controle de constitucionalidade, abaixo explicado nos seus pontos mais relevantes. Alcimor Rocha Neto explica que em relação ao controle jurisdicional das medidas provisórias no Brasil, é possível dizer que ocorre em três diversos níveis: a) um controle dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência; b) um controle da matéria sobre a qual versa a medida provisória; e c) um controle meritório, isto é, verificando a compatibilidade do conteúdo trazido pela medida provisória com as normas constitucionais substanciais. Não que em relações aos dois primeiros níveis não se verifique a compatibilidade com o conteúdo normativo trazido pela medida provisória relacionado com a CRFB. Apenas ocorre, segundo o autor, que nessas duas hipóteses verifica-se a compatibilidade com as normas procedimentais da Carta Política, ao passo que no último caso compatibiliza-se a MP com a parte substantiva da Lei Maior.

8) Pressupostos constitucionais da relevância e urgência. Clèmerson Clève afirma que teria sido melhor que o Judiciário aceitasse desde sempre os pressupostos de edição como conceitos jurídicos indeterminados, diferenciando-os do poder discricionário: aqueles comportam controle

jurisdicional, enquanto que o poder discricionário estaria ligado ao âmbito estritamente político. José dos Santos Carvalho Filho conceitua os conceitos jurídicos indeterminados como “termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo ‘ordem pública’, ‘bons costumes’, ‘interesse público’, ‘segurança nacional’ e outras do gênero”.

9) Controle posterior exercido pelo Executivo. Aceitamos a tese de que é possível. Há de se atentar para as especificadas no tocante às medidas provisórias. Conclusões: MPs federais, estaduais e municipais não podem deixar de ser aplicadas pelos chefes de Executivo. MPs nacionais podem deixar de ser aplicadas por Governadores e Prefeitos, mas não pelo Presidente. E não há de se falar que o Presidente, na prática, terá menos poderes que os outros chefes de Poder Executivo.

10) O controle difuso é plenamente possível. Veja este silogismo claro. Premissa maior: todo ato normativo está sujeito tanto ao controle de constitucionalidade concentrado como ao difuso. Premissa menor: as medidas provisórias são atos normativos (e diga-se mais: são atos normativos primários). Conclusão: as medidas provisórias estão sujeitas a ambos os tipos de controle acima citados.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Forense.

AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Medida Provisória: edição e conversão em lei*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*; 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Medias Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1991.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Tradução de Gilmar Mendes.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Costa. *Constituição Federal Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Manole, 2014.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

MONSTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo:Saraiva, 2000.

_____. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Constituição Federal Comentada*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas Provisórias: o executivo que legisla*. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: saraiva, 2010.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6ª ed. São Paulo: saraiva, 2014.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

<<http://www.loveira.adv.br/material/tge8.htm>>. Acesso em 25 dez. 2014.