

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O INSTITUTO DA MEDIDA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES  
TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32 DE 11  
DE SETEMBRO DE 2001**

Luis Gustavo Maranhão

Presidente Prudente/SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**O INSTITUTO DA MEDIDA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES  
TRAZIDAS PELA EMENDA CONSITUCIONAL Nº 32 DE 11  
DE SETEMBRO DE 2001**

Luis Gustavo Maranhão

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2003

**O INSTITUTO DA MEDIDA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES  
TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32 DE 11  
DE SETEMBRO DE 2001**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do Grau  
de bacharel em Direito.

---

Sérgio Tibiriçá Amaral

---

Fabiana Junqueira Tamaoki

---

José Lemes Soares Neto

Presidente Prudente, 28 de Novembro de 2003.

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais recuperado.

Konrad Hesse.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar quero agradecer a minha mãe **Carmem**, exemplo de vida, guerreira da vida, o meu muito obrigado por ter sempre me apoiado e por estarmos juntos vencendo tantos obstáculos.

A meu pai **Gentil**, que tanto me ensinou e orientou e que com certeza também foi o responsável pelas lições de vida.

À minha namorada, **Érika**, pelas infindáveis horas de estudo roubadas ao seu convívio.

A meus avós por tudo o que representam e pelo exemplo de garra, perseverança e alegria de vida.

Agradeço também a todos os professores que me ajudaram muito na conquista de mais um objetivo na minha vida e em especial ao Professor **Sérgio Tibiriçá Amaral**, inesquecível amigo e orientador.

## RESUMO

A presente monografia tem a finalidade de refletir sobre alguns aspectos do instituto das medidas provisórias e as principais inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001.

A necessidade da emenda era inegável, isto porque no Brasil desde a “Carta Imperial” houve previsão legal de atos que detinham um caráter e poder político espantoso, no sentido de vinculados, única e tão-somente, à discricionariedade do detentor do Poder Executivo.

Desde a criação da delegação extraordinária feita pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, era utilizada de forma arbitrária, servindo muitas vezes para garantia de interesses políticos ou ainda particulares, o que contraria frontalmente o princípio da separação de poderes, bem como a finalidade de tal providência, de ordem pública.

Atente-se para o fato de que referido instrumento foi criado para ser usado em um sistema de governo Parlamentarista. Na Itália, era utilizado eventualmente pelo Chefe de Estado com apoio do Parlamento por motivos de urgência e necessidade legislativa, tendo-se em vista que continha a cláusula de responsabilidade política. No sistema jurídico-constitucional brasileiro não há responsabilidade política, pois o sistema de governo adotado é o Presidencialista.

Com este trabalho, pretende o autor dar uma contribuição à discussão quanto à principal finalidade da medida provisória, um remédio jurídico emergencial, onde o Chefe do Executivo, de maneira excepcional, assume função típica do Legislativo, qual seja, a de legislar frente a situações que suscitam relevância e urgência legislativa.

Palavras – Chave: Separação de Poderes; Função Atípica; Decreto-Lei; Decreti-Legge; Medida Provisória; Processo Legislativo; Emenda Constitucional nº 32/2001.

## **ABSTRACT**

This monograph has the function to present some aspects of the provisional admeasurements institute and the mainly invocations introduced by the Constitutional Amendment nº 32 of September 11th, 2001.

The amendment's necessity was undeniable , because there were legal prevision of acts which detained a character and astonishing politic power, in the bound way, only for the discretionarity of the Executive Power holder.

Since the creation of the extraordinary delegation done by the Legislative Power to the Executive Power, it was used in an arbitrary way, many times for political or even private interests guaranty, that frontally opposes the power separation principle, just like the providence finality in the public order.

Pay attention to the fact that the referee device was created to be used in a Parliamentarist government's system. In Italy, it was eventually used by the State Chief supported by the Parliament because of urgency and legislative requirement, which contained the political responsibility clause. There isn't political responsibility in the brazilian constitutional juridical system adapted is the Presidential.

With this work, the author intends to contribute to the discussion and to the main purpose of the provisional admeasurements, an emergencial juridical help, where the Executive Chief, in an exceptional way, assumes the Legislative typical function, which is to legislative in front of situations that stirs up importance and legislative urgency.

Key – works: Power Separation; Non-Typical Function; Law-Decree; Decreti-Legge; Provisional Admeasurement; Legislative Process; Constitutional Amendment nº 32/2001.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 A DIVISÃO TRIPARTIDA DOS PODERES DO ESTADO</b> .....	<b>12</b>
1.1 Breve reflexão sobre a evolução do Princípio dos Poderes do Estado ....	12
1.2 A Separação de Poderes clássica.....	15
1.3 Breve reflexão sobre o Princípio da Separação dos Poderes no Brasil....	21
<b>2 ATOS DO EXECUTIVO COM FORÇA DE LEI NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL (1824, 1937 E 1967/1969)</b> .....	<b>24</b>
2.1 Do Poder do Imperador .....	24
2.1.1 Inexistência de Medidas Provisórias na Carta Imperial de 1824.....	26
2.2 Decretos com Força de Lei na Proclamação da República .....	28
2.3 Os Decretos Ditatoriais após a Revolução de 1930 .....	29
2.4 Decretos-leis No Estado Novo .....	31
2.5 O Decreto-lei e a vedação na Constituição de 1946.....	34
2.6 Os decretos-leis e os atos institucionais na Revolução de 1964.....	34
2.7 A Constituição de 1967 e a Emenda nº 01 de 1969.....	37
2.8 Adoção das Medidas Provisórias pelo Constituinte de 1988 .....	40
2.9 Os decretos-leis e o direito intertemporal.....	41
<b>3 O DECRETO-LEI</b> .....	<b>46</b>
3.1 Objeto dos decretos-leis.....	49
<b>4 ORIGEM DA MEDIDA PROVISÓRIA</b> .....	<b>52</b>
4.1 O decreto-lei na Itália desde o período da monarquia .....	53
<b>5 DECRETO-LEI E DECRETI-LEGGE FRENTE À MEDIDA PROVISÓRIA</b> .....	<b>61</b>
5.1 Distinção entre <i>decreti-legge</i> e medida provisória.....	62
5.2 Distinção entre decreto-lei e medida provisória.....	67
<b>6 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA</b> .....	<b>72</b>
<b>7 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE EXISTÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA</b> .....	<b>80</b>
7.1 Pressupostos Formais .....	80
7.1.1 Edição pelo Presidente da República .....	80
7.1.2 Submissão imediata ao Congresso Nacional.....	81
7.2 Pressupostos Materiais .....	82
7.2.1 Relevância .....	86

7.2.2 Urgência.....	87
---------------------	----

<b>8 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001, NO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.....</b>	<b>90</b>
8.1 Limitação Material .....	92
8.2 Efeitos.....	100
8.3 Os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal e os direitos e garantias individuais.....	103
8.4 Regime de urgência constitucional .....	111
8.5 Controle pelo Congresso Nacional .....	114
8.6 Prazo de Vigência.....	116
<b>9 CONCLUSÃO.....</b>	<b>119</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

O instituto da medida provisória surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988 e tem, como uma de suas características principais, o fato de conceder ao Chefe do Poder Executivo, excepcionalmente, capacidade para a utilização de um instrumento normativo que ao ser publicado, entra em vigor imediatamente com “força de lei”. Tem a finalidade de resolver problemas que suscitam relevância e urgência legislativa.

Contudo, para melhor entender-se tal instituto, fez-se necessário um breve esclarecimento do que vem a ser a clássica Teoria da Separação dos Poderes, organizada pelo filósofo francês Montesquieu, no célebre capítulo VI do livro XI de sua obra maior, “Do espírito das leis”.

No Brasil, a Teoria ou Princípio da Separação dos Poderes sempre foi obscurecido pela hipertrofia dos poderes que o titular do Poder Executivo possuía em suas mãos. Desde o início da história político-constitucional brasileira se fizeram presentes atos de força emanados do Poder Executivo contra a legalidade, a legitimidade e o próprio exercício normal das funções de um outro Poder.

Vislumbra-se tal fato tendo em vista que já em 1823 foi instituído o Poder Moderador e, a partir de 1889 passaram a vigorar atos que nitidamente detinham um caráter político espantoso, no sentido de vinculados, única e tão-somente, à vontade do detentor do Poder Executivo.

Eram os decretos-leis para o Parlamentarismo, exceção ao princípio da separação de poderes, uma vez que eram atos legislativos inspirados na legislação italiana que emanavam do Poder Executivo e detinham um caráter excepcional e temporário. Largamente utilizados nas constituições de 1967/69 onde havia uma Ditadura.

As medidas provisórias vieram para substituir o antigo e similar decreto-lei e também, foram inspiradas no *provvedimenti provvisori* previsto na Constituição italiana de 1947. O Constituinte italiano ao idealizar o instituto do decreto-lei ou *decreti-legge*,

o fez como instrumento a ser usado em um sistema de governo Parlamentarista. Era utilizado eventualmente pelo Chefe de Estado por motivos de urgência e necessidade legislativa. Ressalte-se que continha uma particularidade, qual seja, a cláusula de responsabilidade, o que vem a sinalizar que um eventual abuso trará como consequência a queda do Gabinete e do primeiro Ministro. No sistema jurídico-constitucional brasileiro não há responsabilidade política, pois o sistema de governo adotado é o Presidencialista.

Interessante questão tratada neste ensaio diz respeito a natureza jurídica da medida provisória. É um instituto que possui regime jurídico próprio, visto que, “o que é provisório não pode permanecer; o que é efêmero, não perdura no tempo; o que tem força de lei jamais poderá ser lei” (CHIESA, 1996, p. 31). No entanto, como será visto, a edição do instrumento normativo de urgência legislativa estava vinculado única e tão somente à discricionariedade do detentor do Poder Executivo, revelando assim, sua verdadeira natureza jurídica, qual seja, a de ato político.

São pressupostos da medida provisória: edição pelo Presidente da República, submissão imediata ao Congresso Nacional (formais), e ainda os requisitos de relevância e urgência. Há também as matérias que podem ser por ela regulamentadas (todos estes pressupostos materiais).

A Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de Setembro de 2001 trouxe novas regras para a edição das medidas provisórias, em especial no que concerne à reedição, ao prazo de apreciação pelo Congresso Nacional e à limitação ao campo de atuação. Tudo isso para evitar o uso imoderado de tal instituto pelo Presidente da República, isto porque desde a criação da delegação extraordinária feita pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, era utilizada de forma arbitrária.

Outra questão interessante refere-se ao efeito caso a medida provisória não seja convertida em lei no prazo de 60 (sessenta dias), ou ainda, caso não seja editado o decreto legislativo em até 60 (sessenta) dias após sua rejeição ou perda de eficácia, posto que é *ex nunc*, o que é uma inovação em relação à normatização anterior, segundo a qual os efeitos, eram *ex tunc*.

Dessa forma, este trabalho tem o objetivo de analisar as medidas provisórias sob a égide da Carta Constitucional de 1988, e, em especial, sua situação após a edição da Emenda Constitucional n.º 32/2001, que, de certa forma, veio limitar o abuso político no uso desse remédio jurídico emergencial, onde o Chefe do Poder Executivo, de maneira excepcional, assume função típica do Legislativo, qual seja a de legislar.

## CAPÍTULO I.

### **1 A DIVISÃO TRIPARTIDA DOS PODERES DO ESTADO**

De maneira inevitável, antes de se adentrar mais especificamente ao tema “O INSTITUTO DA MEDIDA PROVISÓRIA E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32 DE 11 DE SETEMBRO DE 2001”, há necessidade de repassar, ainda que brevemente, alguns pontos que envolvem a chamada tripartição de poderes, para facilitar a compreensão do instituto da medida provisória no complexo sistema de relações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao se mencionar os poderes do Estado, sempre vem à baila a discussão da sua organização e do seu exercício, sobretudo o princípio da separação de poderes.

#### **1.1 Breve reflexão sobre a evolução do Princípio dos Poderes do Estado**

Na Antigüidade, antes da formação e sedimentação das civilizações e dos impérios greco-romano, o mundo estava dividido em pequenos povos que constantemente lutavam entre si.

Uma concepção da separação dos poderes, como a conhecemos atualmente, seria impossível, naquela época, pois a fragmentação do exercício do poder, retardaria o processo de tomada de decisão e enfraqueceria as defesas dos Impérios e o processo de conquistas e ampliação dos domínios.

Observa-se tal fato, tomando como exemplo o Império Romano, que através do fortalecimento militar expandiu seus domínios até o Oriente, e mesmo assim continuava sob ameaça constante dos povos bárbaros. Assim, este constante estado de prontidão para a guerra facilitava a concentração dos poderes nas mãos do Imperador, do Governante, preferivelmente nas mãos de uma só pessoa, ou ainda

sob a forma de triunviratos, observando-se que mesmo nestes, havia a tendência de o poder ser concentrado nas mãos de um dos líderes ou chefes desses triunviratos.

Ocorria dessa forma, pois, era vital que as decisões fossem tomadas celeremente, e à medida que essas decisões dos líderes fossem bem sucedidas com a consegüente vitória ou expansão do Império, fortalecia-se um sentimento favorável à permanência deste tipo de poder.

Importante ressaltar inclusive, que na sociedade romana, não havia uma expressão de poder, ou seja, uma classe que pudesse contrabalançar o poder que possuía o Estado. O objetivo maior era de evitar as invasões, beneficiando assim todo o Império, fato que unificava e concentrava o poder.

Outro fator que contribuiu para a centralização do poder nas mãos de uma única pessoa, segundo aponta Clèmerson Merlin Clève (1993) foi o surgimento do Cristianismo, que propagava uma concepção humanitária, igualitária (“amar ao próximo como a si mesmo”), ameaçando, assim derrubar o poder do Império Romano, já com sinais de decadência. Roma ao perceber o crescimento, a importância e a ameaça do Cristianismo para com seu Império, habilmente incorporou a Igreja, ou seja, o Cristianismo ao Estado, controlando, assim, a expansão do Cristianismo, distorcendo a sua concepção filosófico-religiosa inicial.

Durante a Idade Média, a Igreja serviu aos interesses do Estado e exerceu papel fundamental na conformação das insatisfações, principalmente daqueles mais pobres, que, restando desorganizados, eram facilmente manipulados e explorados pelos Senhores Feudais sem maiores ou nenhuma resistência. Vê-se com isso, que o poder continuava concentrado nas mãos de poucos.

Assim em nome de Deus, de Jesus, foram realizadas as Cruzadas, as quais serviriam muito mais para a conquista de novas terras e domínios.

No final da Idade Média e durante o Renascimento, a diminuição das guerras enfraqueceu o poder da nobreza, da Igreja e inclusive do Rei. Com isso, passa a ser desnecessário um governo centralizado, abrindo espaço para uma mais ampla

participação da sociedade, o que implicava na descentralização do poder. Os nobres então já não podiam sobreviver apenas das pilhagens.

Paralelamente, a burguesia prosperava economicamente e fortalecia seu poder. A nobreza e o alto clero através do rei voltam-se então para a burguesia cobrando-lhe exorbitantes tributos. Com isso, a burguesia reage, toma o poder e derruba o Antigo Regime.

Foi principalmente através dos chamados filósofos iluministas que a burguesia e todos aqueles setores envolvidos na Renascença, puderam sustentar seus interesses e concepções para derrubar o antigo regime.

Foi também nesse período, em que as relações mercantis eram dificultadas em decorrência da inexistência de um direito unificado, do arbítrio estatal, de privilégios contestados e da insegurança jurídica, que eclodiram as revoluções burguesas por todo o mundo.

Esse movimento faz nascer a teoria constitucional, ou seja, o Estado passa a ser dotado de uma Constituição jurídica delimitando o raio de atuação do poder político para promover o surgimento do binômio Estado/Sociedade, possibilitando o desenvolvimento desta última para atender os reclames do povo.

É a constituição que organizará o Estado, limitará o poder, positivará os direitos individuais pela burguesia reclamados, e assim nenhum obstáculo impedirá o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos.

Clèmerson Merlin Clève afirma que:

Nesse contexto, a teoria de separação dos poderes, enquanto sábio mecanismo propiciador da contenção do poder pelo poder alcançará inusitada significação. Não é por outra razão que referido princípio foi inscrito, de modo incisivo nas Constituições então recém-promulgadas. Ocorre aqui a positivação, o ingresso no mundo jurídico, de uma idéia formulada ideológica e teoricamente, embora reivindicada de maneira inequivocamente política (1993, p. 24).

Nesse contexto surgem os ideais da separação dos poderes, tendo como precursores Aristóteles<sup>1</sup>, em seu livro “A Política”; John Locke<sup>2</sup>, em “Ensaio sobre o Governo Civil”, mas somente com a teoria definida e divulgada por Montesquieu<sup>3</sup>, em “Do espírito das Leis”, que tal princípio ganhou contornos de dogma posto e aceito, época em que o momento político estava favorável à utilização de tal ideal, conforme assevera Maurício Gentil Monteiro:

As idéias precisam esperar o momento fértil para sua ebulição, e foi somente no contexto histórico das lutas contra o Antigo Regime e pela instauração de uma nova forma de organização social, qual seja a do estado liberal-burguês, fortemente inspirado nos ideais iluministas, que a teoria da separação dos poderes encontrou sua formatação ideal, de modo a bem servir os interesses de uma classe social nova que ansiava derrubar o poder político dos monarcas absolutos e da aristocracia: a burguesia (Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 01 mai 2003).

Posteriormente esta concepção seria enriquecida através da experiência dos Estados Independentes da América do Norte.

No Brasil, afirma Brasilino Pereira dos Santos (1994), ao contrário do que ocorria nos países europeus e na América do Norte aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário propostos por Montesquieu, foi acrescentado o Poder Moderador, considerado como a chave de toda organização política e conferido ao Imperador, conforme estabelecia a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 98.

Somente com a Proclamação da República, em 1889, e a posterior promulgação da primeira Constituição republicana, passou o Brasil a adotar a fórmula “clássica” dos três poderes, elaborada por Montesquieu.

## 1.2 A Separação de Poderes clássica

---

<sup>1</sup> Nascido em Estagira, na Calcídia, região dependente da Macedônia (384 a.c – 322 a.c), sua família estava ligada tradicionalmente à medicina e à casa Reinante da Macedônia.

<sup>2</sup> John Locke (1621 – 1704), era filósofo, político e médico, formado na Crist Church College, em Oxford.

<sup>3</sup> Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689 – 1755).

Aristóteles (1999) já na Grécia Antiga, embora não tenha formulado uma teoria específica acerca da separação das funções do Estado, distinguiu que o governo se dividia em três partes: a primeira, que deliberava acerca dos negócios públicos (decidia soberanamente sobre a guerra, a paz, a aliança, por exemplo); a segunda, que exercia a magistratura (na época uma espécie de função executiva); e a terceira, que administrava a justiça. Nota-se, que esta divisão estabelecida por Aristóteles guarda estreita semelhança com as modernas funções e ou poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ainda sobre os poderes do Estado ensina Aristóteles:

Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos (1999, p. 45).

Sabe-se que a função legislativa clássica é típica do Estado Liberal de Direito, e foi criada pelas revoluções liberais do fim do século XVIII e início do século XIX, das quais as mais expressivas foram a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução de Constituição dos Estados Unidos, assinada pelas treze colônias inglesas da América do Norte em 4 de julho de 1776.

Vê-se com isso, que a função legislativa típica do Estado está estritamente vinculada à clássica separação de poderes. Seu embrião remonta a Grécia Antiga, mas seu nascedouro se acha na teoria de Montesquieu, no famoso capítulo VI do livro XI de sua obra maior, "Do espírito das leis". Atente-se inclusive para o fato de que vários pensadores identificaram abstratamente a forma de atuar do Estado, mas Montesquieu foi quem melhor estruturou tal pensamento.

Como demonstra Celso Ribeiro de Bastos:

Montesquieu, entretanto, foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que as tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legizam, enfim, não podem segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado

de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada dessas funções, da mesma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome (1998, p. 300).

Como já afirmado anteriormente, o modelo de separação de poderes nasceu da necessidade de impor limites aos abusos cometidos pelo rei, ou seja, em um primeiro momento não possuía a função de aprimorar o funcionamento do poder do Estado, mas apenas limitá-lo em sua expansão e garantir o que na época era o valor maior a defender perante e contra o absolutismo do rei: a liberdade do indivíduo.

Sobre isso Clémerson Merlin Clève diz o seguinte:

A intenção do pensador francês era elaborar uma técnica que permitisse uma forma equilibrada e moderada de governo, e mais do que isso, com poderes divididos (atribuição de atividades específicas – funções – a órgãos distintos e autônomos), de tal modo que, no interior da estrutura do Estado, o poder se encarregasse de controlar ou limitar o próprio poder: - *'lê pouvoir arrête lê pouvior'* (1993, p. 21).

Esse modelo de divisão correspondeu na origem, a um sistema de equilíbrio inercial, decorrente da divisão do poder estatal em três partes, ditas poderes, separadas rigorosamente por três funções distintas e de mesma hierarquia: a legislativa, a executiva e a judicial. Era, pois, uma divisão funcional do poder, cujo objetivo principal era político, ou seja, impedir abusos do Chefe do Poder Executivo<sup>4</sup>.

Verifica-se, portanto, que a teoria clássica de Montesquieu funda-se na experiência histórica da sociedade política: “é uma experiência eterna que todo homem que tem o poder é levado a abusar dele; e vai até onde encontrar limites” (1999, p. 80). Embora no contexto do Estado Absoluto houvesse regras jurídicas, essas eram ditadas pelo próprio Monarca, que apenas em tese estava vinculado a elas.

---

<sup>4</sup> “A concentração de poderes nas mãos do Príncipe, que deu origem ao Estado Absoluto, foi corroborada pela ação dos juristas forjadores do conceito de soberania. Naquele momento, o poder soberano legitimava a ação governamental do Monarca. Nenhum poder havia acima dele” (CLÈVE, 1993, p. 21).

Nessa época imperava a insegurança nas relações jurídicas, pois havia um código de juridicidade que vinculava os nobres, outro para o clero, e ainda outro para o terceiro estado. Constantes desentendimentos nas relações comerciais eram desencadeados em decorrência do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e também, da inexistência de um sistema jurídico unificado.

Diante disso, essa experiência histórica também comprovou, sem sombra de dúvida, que o modo hierárquico, ou seja, conter o poder por um poder mais alto, pouca validade tem quando se chega ao ápice em que está a soberania<sup>5</sup>, pois acima do soberano não há na sociedade política um poder maior que possa controlá-lo.

Procurando então, uma solução eficaz para limitar o poder que o soberano possuía, os pais do liberalismo, pensando logicamente, descobriram que poderia ser apenas uma qual seja, frear o poder soberano pelo próprio poder soberano. Montesquieu a apontou:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder segure o poder. Uma constituição pode ser tal, que ninguém será constrangido a fazer as coisas às quais a lei não obriga, e a não fazer as que a lei permite (1999, p. 92).

Fazendo uso, das palavras originais de Montesquieu – “*il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*” – para sublinhar: “*par la disposition des choses*”. Quer dizer: a limitação do poder, cuja outra face é a liberdade do indivíduo, não pode ser deixada à disposição dos homens, mas deve decorrer naturalmente da própria disposição das coisas, ou seja, deve ser fruto da natureza das coisas, pela organização das instituições políticas, não pela vontade dos homens. Assim, as coisas devem ser dispostas de um modo tal, que o próprio poder soberano refreie e contrabalance o poder soberano (op. cit., p. 95).

---

<sup>5</sup> “A soberania é a corporificação discursiva dos fundamentos legitimadores dos direitos do príncipe, e dos deveres de obediência dos súditos. Trata-se da legitimação de uma relação assimétrica de poder que estabelece uma dominação centrada no binômio dever-obediência” (Foucault, 1979, *apud* Clève, 1993, p. 18).

Portanto, conclui-se que o meio mais eficaz para impor limites ao poder do soberano seria a separação de poderes cumulada com o mecanismo de freios e contrapesos, é a imposição de limites de um poder através de um outro poder de igual força.

Este mecanismo de freios e contrapesos é um sistema de controle entre os poderes, procura limitar as competências para garantir a democracia, impedindo que um poder se sobreponha a outro. Por esse sistema, cada Poder do Estado exerce preponderantemente uma função típica e secundariamente funções atípicas.

Ainda segundo a doutrina de Montesquieu (1999) e nessa linha de pensamento vislumbra-se que, por meio da separação das atividades, o Estado manifesta-se através de três órgãos previstos constitucionalmente, quais sejam legislativo, executivo e judiciário, conforme ensinamento de José Afonso da Silva:

O governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções que são exercidas e cumpridas pelos órgãos do governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (1997, p.112).

Importante ressaltar o fato de que, na verdade, não há uma separação de poderes, mas, efetivamente, uma separação de funções, visto que o poder, propriamente dito, é uno e indivisível.

Sobre o assunto explica Clèmerson Merlin Clève:

O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. [...] O poder político, aquele soberano, constitui uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; uma relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, materializa-se, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, inclusive, o Estado e o direito. Por isso, não pode ser dividido (1999, p. 27).

Diante disso, percebe-se que a doutrina ao tratar do poder, dentro do contexto da notável teoria que ora se discute, está querendo fazer menção a um órgão estatal ou uma função do Estado.

Dessa forma, estruturalmente deve o poder ser partido, e dispostas essas partes de forma que uma parte controle as outras e, assim, todas as partes se controlando entre si, por um mecanismo de equilíbrio recíproco, no todo resulte o poder controlado pelo próprio poder: “*le pouvoir arrête le pouvoir*” (MONTESQUIEU, 1999, p. 92).

Desse equilíbrio natural de um poder pelo outro e dos três entre si, resultaria um sistema inercial que, mecânica e automaticamente, impediria uma parte do poder de ir contra ou sobre qualquer outra.

Nesse sentido, o raciocínio de Montesquieu (1999) está claro no capítulo VI do livro XI. Virtualmente por sua teoria, esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Porém, na realidade, como pelo movimento necessário das coisas eles não poderão ficar parados, mas serão forçados a ir, então eles serão forçados a ir de acordo comum, formando um sistema de movimento, equilibrado pela sua própria inércia interna, ou seja, pela gravitação dos seus elementos entre si. A constituição desse sistema há de ser tal, que ninguém será constrangido a fazer as coisas às quais a lei não obriga, e a não fazer as que a lei permite.

### **1.3 Breve reflexão sobre o Princípio da Separação dos Poderes no Brasil**

No Brasil, o princípio da separação dos poderes sempre foi obscurecido pela hipertrofia dos poderes conferidos aos Governantes.

Remonta-se ao Brasil Império, onde havia o Poder Moderador que se sobrepunha aos demais três poderes, formando um sistema original de quadripartição dos poderes do Estado.

Outro fator que demonstra tal assertiva está no fato de que nas origens da formação do Estado brasileiro está também o patrimonialismo, vindo de Portugal. O patrimonialismo consiste numa forma de governar na qual o poder é fortemente centralizado nas mãos do governante e o patrimônio público é confundido com o patrimônio particular.

O populismo e o personalismo peculiares à política brasileira também favoreceram à concentração dos poderes nas mãos do governante, ou seja, nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Como exemplo, temos os governos de Getúlio, antes da Segunda Guerra Mundial e depois quando retornou.

A ditadura, ou seja, o governo pela força, também foi um elemento que favoreceu à hipertrofia do Executivo. Como exemplo, temos o próprio governo de Getúlio e principalmente o governo militar estabelecido após a Revolução de 64 e que perdurou por 21 (vinte e um) anos.

De fato e/ou de direito os poderes políticos de governar, de legislar e de julgar sempre estiveram concentrados em um maior ou menor grau no Poder Executivo, na pessoa do Governante.

Antes da atual Constituição Federal ensina Clèmerson Merlin Clève (1999), o principal instrumento legal causador da concentração dos poderes no Executivo, era o decreto-lei, o qual era emanado do Poder Executivo e se não fosse votado pelo Legislativo em tempo se transformaria em lei, assim o Executivo podia legislar diretamente, ou seja, sem um pronunciamento efetivo do poder legislativo.

Atualmente a Constituição Federal de 1988, prescreve um instrumento semelhante ao decreto-lei, na figura das medidas provisórias.

Percebia-se por uma simples leitura, que na antiga disposição (anterior a Emenda Constitucional nº 32/2001) referente ao artigo 62, da Constituição Federal de 1988, o âmbito da competência para o Presidente da República legislar, o qual poderia ser denominado de Presidente-Legislator, era o mais amplo possível, sendo a única e frágil limitação, expressa, o prazo de trinta dias para a validade e vigência das medidas provisórias.

Não obstante tal prazo, o Presidente-Legislator poderia reeditar, republicar as medidas provisórias quantas vezes fossem necessárias, e, de acordo com a relevância ou a urgência para os interesses da nação, virtualmente, autorizado estava a alterar qualquer tipo de lei em qualquer tipo de matéria, tornando o Poder Legislativo um mero conselho consultivo, desnaturando o seu caráter representativo da vontade do povo.

Constata-se assim que o Poder Executivo acabou por se tornar um órgão legislativo de fato e de direito, circunstância esta, que por sua vez, como o afirmado acima é uma constante histórica no Brasil.

Fatores geográficos ou físicos também concorreram para a hipertrofia do Executivo, no caso brasileiro. A grande dimensão territorial do Brasil também foi fator preponderante no processo de hipertrofia do Executivo. Quanto maior for a fragmentação da administração do Estado de grandes dimensões territoriais, mais lentas serão as suas ações. O processo de participação da sociedade, por conseguinte, também é reduzido. Ao contrário, em um Estado de pequena dimensão territorial é mais fácil e mais ampla a participação, em princípio. Uma grande população também dificulta a participação da sociedade como um todo no governo, e facilita a concentração de poderes.

Mais um fator que contribuiu para essa hipertrofia do Executivo no Brasil está relacionado ao avanço tecnológico, a evolução das comunicações e a globalização do mercado mundial, que exige a mudança da postura dos governos.

Percebe-se na atualidade que a estreita fórmula de repartição dos poderes, obrigatoriamente está sendo revista para facilitar ao Estado na busca pelo dinamismo necessário para enfrentar o moderno, complexo e, cada vez mais dinâmico ambiente econômico-político mundial.

Por estas razões passaram a ser justificáveis atividades de cunho legislativo realizadas pelo Poder Executivo, como uma forma de enfrentar situações em que a complexidade, urgência ou necessidade dos fatos possa não resistir à demora do processo para criação “normal” de uma lei.

Deste modo, nada mais natural – e isso parece inquestionável, principalmente nos dias atuais – que o Chefe do Poder Executivo tenha de tomar medidas de urgência e necessidade, de modo a enfrentar o dinamismo e a complexidade dos fatos, mormente em matéria econômico-financeira. Muitas vezes, caso o Poder Executivo tenha, obrigatoriamente, de recorrer ao processo legislativo ordinário para tomar as medidas necessárias ao enfrentamento de uma situação, pode ocorrer que as mesmas já tenham perdido seu objeto quando aprovadas pelo Poder Legislativo, em face de sua relativa demora, já que, obrigatoriamente, envolve discussão e consenso de opiniões divergentes. Devido a isso, previu-se exceções expressas ao princípio básico, que devem, contudo, sofrer sempre interpretação restritiva, visto que sempre constituirão exceção e por ventura uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO II.

### **2 ATOS DO EXECUTIVO COM FORÇA DE LEI NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL (1824, 1937 E 1967/1969)**

Neste capítulo, procurou-se dar um enfoque maior aos aspectos políticos que ensejaram o exercício da função legislativa pelo Poder Executivo. Através de um breve relato histórico, tenta-se esclarecer as circunstâncias e motivos que autorizaram determinadas posturas políticas dos que lidam com o poder, principalmente no que diz respeito a que o exercita.

Objetiva-se fazer uma análise dos atos que, detinham um caráter político espantoso, no sentido de vinculados, exclusivamente à discricionariedade do detentor do Poder Executivo. Dessa forma, os tópicos que se seguem tem como objeto principal a análise da conquista e exercício do poder, mediante os atos jurídicos-políticos expedidos pelos titulares dos órgãos superiores do Estado.

#### **2.1 Do Poder do Imperador**

O primeiro ato de força do Executivo ou do já em gestação Poder Moderador, que viria a ser confirmado posteriormente com a Constituição outorgada pelo Imperador, foi o Decreto dissolutório da Assembléia Constituinte instalada para assentar constitucionalmente a independência brasileira, expedido em 12 de novembro de 1823. Esse foi um ato legal e constitucional, imposto ao Estado brasileiro, atentatório do incipiente Estado de Direito.

Justificava-se tal ato em nome da “salvação do Estado” dos perigos iminentes a que estava sujeito o Brasil. Esse mesmo decreto, continha um ato convocatório de uma nova assembléia constituinte, que iria apreciar um Projeto a ser apresentado pelo Imperador (SANTOS, 1994, p. 234).

Foi um atentado contra o soberano Poder Constituinte de uma Nação. Dessa maneira, vislumbra-se que desde o início da história político-constitucional brasileira se fizeram presentes atos de força emanados de um Poder contra a legalidade, a legitimidade e o próprio exercício normal das funções de um outro Poder.

A Carta constitucional do Império foi imposta no dia 25 de março de 1824. Trazia em seu bojo princípios liberais, sobretudo no concernente aos direitos e liberdades individuais e na divisão e harmonia dos Poderes do Estado, maior garantia daqueles direitos, afirmação contida no próprio Texto.

Para limitar o princípio dos três poderes, na lição de Clèmerson Merlin Clève (1993) acrescentou-se mais um Poder: o Moderador. Continua asseverando nobre jurista que esse poder para alguns doutrinadores era concebido como um "poder neutro", cuja missão era a de fazer possível o correto funcionamento dos demais Poderes, sem que se cruzem entre si, conservando cada um em seu lugar, portanto não deveria interferir intensamente num ou noutro Poder, apenas auxiliá-los.

Sobre esse Poder predica Frei Caneca (1824): "o poder moderador não era a chave de toda a organização política, mas sim, a chave mestra de opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos" (*apud* GRAU, 1990, p. 47).

Mas na verdade foi um mecanismo pelo qual o Imperador atribuiu poderes para si para decidir, em qualquer caso, contra a decisão do Parlamento. Conferia ainda ao Imperador, mesmo reconhecida a teoria dos três poderes ou funções, poderes absolutos na escolha dos ministros, ou seja, havia uma interferência direta nos demais poderes.

No Texto imperial, todos os poderes do Império do Brasil eram delegações da Nação (Art. 12 da Carta Imperial). Nação esta representada pelo Imperador, na condição de Chefe de Estado. Assim sendo, o Imperador atuava sob o cetro de dois poderes: o Poder Executivo e o Poder Moderador.

O primeiro poder era exercitado através dos Ministros de Estado, encarregados da execução das leis, da segurança e gestão da alta administração do

Estado. O segundo poder exercitado privativamente pelo Imperador, conforme assevera Brasilino Pereira dos Santos (1994).

Era o Imperador quem nomeava os Senadores, podia dissolver a Câmara dos Deputados e convocar novas eleições. Com isso verifica-se uma das formas de limitação da teoria da tripartição das funções.

### 2.1.1 Inexistência de Medidas Provisórias na Carta Imperial de 1824

Na Carta do Império não há referência a atos do Imperador, sejam do Poder Executivo, sejam do Poder Moderador, que tenham a mesma força dos atos legislativos ordinários, como só acontece em outras Cartas, inclusive na atual Constituição (artigo 62). O que poderia ser concebido como um ato dessa espécie assevera Brasilino Pereira dos Santos (1994), seria o disposto no Art. 179, incisos XXXIV e XXXV da Carta Imperial. Entretanto, o termo "medidas provisórias" encontrado tanto na Carta Imperial, como na atual Constituição Federal tem significado próprio em cada uma delas.

Na atual Constituição, leciona Clèmerson Merlin Clève (1993), que medida provisória significa um ato normativo emanado do Chefe do Poder Executivo, em circunstâncias excepcionais de relevância e urgência, com força provisória de lei, devendo ser submetida de imediato à apreciação do Congresso Nacional para que seja convertido em lei, caso contrário, perde sua eficácia desde o momento de sua edição. Está prevista no artigo 62, do referido diploma legal.

Na Carta Imperial, aponta Brasilino Pereira dos Santos (1994), o dispositivo significava uma autorização para suspender determinadas garantias individuais, em face de circunstâncias excepcionais, mais o característico de "indispensável". Além de que, o ato seria sempre provisório, ou seja, seria uma medida provisória somente enquanto perdurasse a circunstância motivadora do mesmo. Afirma ainda, que o ato imperial possuía características similares às do Estado de Defesa (Art. 136) e as do Estado de Sítio (Art. 137) da Constituição hodierna.

Ainda sobre este assunto predica Brasilino Pereira dos Santos:

Isto até mesmo porque, tendo o Imperador o poder de dissolver o Parlamento, que aliás, vivia sempre sob constante ameaça de dissolução, não teria sentido outorgar-se poderes para baixar medidas provisórias, até mesmo porque estas pressupõem um independente poder legislativo, num sistema tripartite autêntico (1994, p. 216).

Interessante notar também, que a característica da indispensabilidade exigida para baixar a “medida provisória” prevista pela Carta Imperial, certamente ficava a critério do Imperador, devido a tendência natural de conservar, em sua pessoa, os mesmos poderes de que era titular antes da outorga da Constituição.

Recomendava aquela Constituição que tal “medida provisória” deveria ser suspensa imediatamente quando cessasse a necessidade urgente que a motivou. Prescrevia inclusive mais dois pressupostos para que o Imperador pudesse baixar o referido ato, quais sejam, necessidade seria aquela decorrente de rebelião ou invasão de inimigos e que a Assembléia Geral não se encontrasse reunida.

Mas a história e a interpretação sistemática da Carta Imperial revelaram que tais pressupostos eram letras mortas, uma vez que o Imperador na realidade dispunha de vastos poderes ditatoriais.

Conforme já dito, este instituto vigente no Império, guardava semelhança com os atuais Estado de Sítio e Estado de Defesa, devido ao fato de que enquanto perdurasse a “medida provisória” poderiam ser dispensados por tempo determinado “algumas formalidades que garantem a liberdade individual” (SANTOS, 1994, p. 218-220).

Dessa forma o dispositivo de que se trata apenas serviu para legitimar a prisão de quem quer que atentasse contra as ordens imperiais, não necessitando para tanto de qualquer formalidade imposta pelo Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Decretos com Força de Lei na Proclamação da República

Foi o decreto presidencial nº 1, de 15 de novembro de 1889, que outorgou a Constituição Provisória. Com esse decreto modificou-se a própria Constituição Imperial, modificando a forma de governo, que deixou de ser imperial e passou a ser republicana. Dispunha os artigos 1º e 7º do referido decreto que a forma de governo adotada seria provisória e estaria sujeita a um plebiscito, que nunca se realizou.

Ainda com base nesse decreto com força provisória de uma Constituição, afirmava Brasilino Pereira dos Santos (1994), o Governo outorgou a si próprio todos os poderes, inclusive constituintes e legislativos, visto que o artigo 4º prescrevia que enquanto não eleito o Congresso Constituinte, o Brasil reger-se ia pelo Governo Provisório. A única exceção foi com relação ao Poder Judiciário.

Mas deve-se observar que, apesar de o Poder Judiciário não estar enfaixado nas mãos do Governo Provisório, era duramente perseguido quando proferia julgamentos contrários aos interesses desse último. Confirma-se tal fato pela passagem do livro de Brasilino Pereira dos Santos:

O Supremo Tribunal Federal, por haver censurado de inconstitucionalidade um decreto que, dispondo sobre o Código Penal das Forças Armadas, suspendia o *habeas corpus*, foi duramente perseguido pelo Marechal Floriano. (1994, p. 222).

Assim, com o apoio do mencionado Decreto nº 1, o Brasil passou, no que concerne aos atos públicos, a ser regido única e exclusivamente pelo Governo Federal. Desse modo, todos os atos de caráter administrativo e aqueles que se consideravam de natureza legislativa passaram a emanar do Governo Provisório, como lembra Jayme Poggi de Figueiredo Filho (1984) “vieram a ter um só órgão expedidor, sendo que tais atos, indiferenciadamente, eram consubstanciados em decretos” (*apud* Santos, 1994, p. 226). Pode-se citar como exemplo o ato que iria dissolver as até então Assembléias Provinciais, que surgiu no bojo do Decreto nº 7,

de 20 de novembro de 1889. Assim como o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que proibiu a intervenção da autoridade federal e dos Estados Federados em matéria religiosa, consagrou a plena liberdade de culto, além de outras providências.

Tais fatos perduraram até o início da vigência da Carta de 24 de fevereiro de 1891.

### **2.3 Os Decretos Ditatoriais após a Revolução de 1930**

O movimento revolucionário eclodido em meados de outubro de 1930 teve como pano de fundo o resultado das últimas eleições para Presidente da República, bem como o completo abandono estatal com relação às questões sociais. Brasilino Pereira dos Santos (19994) lembra que realizada a eleição, embora o candidato presidencial tenha sido o vencedor, Getúlio Vargas, candidato da oposição, aglutinou, em torno de si, importantes lideranças políticas e militares. Através de uma revolução a tomada do poder foi rápida e sem maiores resistências.

Assevera ainda Brasilino Pereira dos Santos (1994) que impediram a posse de Julio Prestes e vários ocupantes de cargos políticos foram depostos do poder, inclusive o Presidente Washington Luís. A partir daí o Brasil passou a ser governado por uma Junta Pacificadora, que em 03 de novembro de 1930 entregou o comando do Governo ao chefe da revolução – Getúlio Vargas – que passou a ser o “delegado” da Revolução, atuando em nome das Forças Armadas e do “Povo”.

A Constituição de 1891 chegara ao seu final, acusada de não atender aos reclamos sociais, cujo eco tornava-se cada vez maior. Como se dependesse apenas de um documento jurídico-político a efetivação das aspirações de uma nação.

O Chefe do Governo Provisório expede o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que "Institui o Governo Provisório dos Estados Unidos do

Brasil”<sup>6</sup>. Referido documento seria a Lei Orgânica do Regime. A propósito afirma Luís Carlos Martins Alves Júnior, que praticamente suprimiu-se a República, a Federação e o Judiciário<sup>7</sup>, visto que o governo provisório exerceria discricionariamente e plenamente, as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo, dissolvido nas três esferas políticas da República. Com isso, as garantias constitucionais foram rechaçadas, como o *habeas corpus*, as garantias dos membros da Magistratura e do Ministério Público; a autonomia dos entes da Federação é aniquilada, através do uso dos Interventores. Entretanto, fez uma única ressalva, com relação a eleição de uma Assembléia Constituinte, que faria uma nova Constituição, mantendo a República Federativa, os direitos dos municípios e os direitos individuais de 1891 (Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=173>>. Acesso em: 11 jul. 2003).

Desse modo, demonstra-se a faceta ditatorial do chefe da Revolução de 30. Observe-se ainda, que o artigo 4º do Decreto nº 19.398, estabelece que além das modificações e restrições de direitos individuais impostas ao texto da “Carta” Imperial, essa ficaria passível de outras modificações e restrições vislumbradas por decretos ou atos ulteriores do Governo Provisório ou de seus delegados.

Interessante frisar que há uma particularidade vislumbrada ao se confrontar as situações do regime adotado em 1889 e o regime de 1930. Em 1889, uma vez proclamada a República, ainda que sem previsão expressa, ficou, desde logo, revogada a constituição até ali existente, qual seja, a “Carta” Imperial de 1824. Conclui-se disso, como bem assinala Brasilino Pereira dos Santos (1994), que a revogação era implícita. Entretanto, em 1930, embora de forma teórica, se declarou que a Constituição de 1891 continuava em vigor, mas sujeitava-se as modificações e às restrições editadas ulteriormente pelo Governo Provisório.

---

<sup>6</sup> Verifica-se um erro de técnica jurídica, posto que se rompia com a Constituição anterior, não era de bom alvitre continuar a numeração de atos que tinham como suporte jurídico uma norma que já não tinha valor algum, não obstante o artigo 4º deste Decreto. O mais adequado iniciar nova numeração assim como o fizeram os proclamadores da primeira República, que expediram o Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889.

<sup>7</sup> O Governo Provisório reduziu a quase nada o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, posto que proibia a apreciação judicial dos atos legislativos emanados do Governo Provisório, ou dos interventores federais, praticados em conformidade com o decreto ou de suas modificações. ulteriores.

Foi ainda firmado o Decreto nº 24.233, de 12 de maio de 1934, que criou a Câmara de reajustamento Econômico, entidade de natureza administrativa, que excluía da apreciação judiciária os favores nele constantes.

Registre-se, segundo lição de Jayme Poggi de Figueiredo Filho (1984) transcrita na obra de Brasilino Pereira dos Santos (1994), que com base jurídica no Decreto 19.398, de 1930, o 2º Governo Provisório passou a firmar decretos que abrangiam tanto assuntos administrativos, como aqueles que seriam privativos do Legislativo. Cite-se como exemplo: o Decreto nº 21.076, de 24 de novembro de 1932, que instituiu o Código Eleitoral; o Decreto nº 24.150, de 20 de Abril de 1934, que codificou as locações de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais; o Decreto nº 24.215, de 9 de maio de 1934, que regulava a entrada de estrangeiros e era chamado de Lei de Entrada de Estrangeiros.

#### **2.4 Decretos-leis No Estado Novo**

Sabe-se pela experiência histórica tanto internacional quanto nacional que nos regimes ditatoriais o Chefe do Executivo, edita todas as leis, desde as normas penais materiais e processuais até normas constitucionais materiais. Isto porque, o predomínio de governos ditatoriais, nessa época, era tido como fenômeno mundial, ou pelo menos em quase toda a Europa. Assim, de um lado, havia a democracia liberal (v.g. EUA e Inglaterra); doutro estavam os regimes totalitários, quer de direita (v.g. Alemanha e Itália), quer de esquerda (v.g. URSS). O Brasil patinava numa democracia social, tendendo para um totalitarismo de direita.

Dessa maneira o Presidente Getúlio Vargas, fazendo uso da atribuição que lhe era concedida pelo artigo 180 da Constituição de 10 de setembro de 1937, baixou através de um decreto-lei o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Ressalte-se, consoante ensinamento de Pontes de Miranda (1987), que o referido artigo da Carta do Estado Novo foi inserido topicamente nas disposições transitórias e finais, além de possuir a seguinte redação: “Art. 180. Enquanto não se

reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da república terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União” (*apud* Santos, 1994, p. 233-235).

Embora prevista a convocação, o Parlamento jamais foi convocado, e nem sequer foram convocadas eleições, para substituir o Estado de Exceção<sup>8</sup> e restabelecer o que se denominaria Estado de Direito. Com isso o Presidente da República, que havia outorgado, por e para si, a Constituição, continuou a legislar ilimitadamente e arbitrariamente, com base nela, sobre qualquer matéria.

A propósito, ensinou Pontes de Miranda (1987), que a Carta Constitucional de 1937 funcionou somente em relação às Disposições Transitórias e Finais e às disposições castradoras de direitos e garantias individuais, fortalecendo em demasia o poder do Ditador. Afirma ainda que o artigo mais importante do Texto era o de número 187, que dispunha que a "Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República". Este decreto não foi expedido e, por conseguinte, não houve plebiscito algum. De sorte que a Carta foi um instrumento jurídico de livre uso do Ditador, do modo que lhe aprouvesse (*apud* Santos, 1994, p. 236-238).

Observa-se, portanto, que o Poder Legislativo não chegou a funcionar, enquanto órgão, mas houve a função legislativa, exercida pelo Presidente da República. Saliente-se ainda, que o Poder Judiciário permaneceu funcionando, só que acanhado ante a força subjugadora do Ditador. As garantias inerentes à independência da magistratura nessa época sofreram sérias restrições.

Tal assertiva é exemplificada, conforme ensinamento de Brasilino Pereira dos Santos (1994) pelo fato de que era vedado aos juízes conhecer de questões

---

<sup>8</sup> Era chamado dessa forma, pois Getúlio Vargas com o objetivo de permanecer no poder a qualquer custo tramou um sinistro plano para desestabilizar as instituições nacionais. Apoiado pelo Integralismo, que tinha princípios similares ao fascismo italiano, o governo inoculou em alguns setores estratégicos e em alguns segmentos da sociedade o perigo "bolchevique" que se infiltrava no Brasil, que atentaria contra a estabilidade e a segurança nacionais. O conflito travado entre integralistas e comunistas, estimulado e assistido de camarote pelo governo, abre o vácuo para as medidas totalitárias, que receberam franco apoio dos integralistas e de setores reacionários da política e dos militares. Observa-se tais fatos pela leitura do preâmbulo e dos artigos 1º e 2º, da Constituição de 1937.

exclusivamente políticas, como se estas não pudessem violar direitos. Outrossim, conquanto fosse permitida a declaração judicial de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Presidente poderia submetê-la ao exame do Parlamento para que o mesmo se pronunciasse quanto à matéria. Entretanto, esse dispositivo nunca foi utilizado, como não foi a maioria esmagadora dos dispositivos constitucionais, à exceção, repise-se, dos autoritários.

A Constituição de 1937 era expressamente limitativa das atribuições do Poder Legislativo, ou seja, do Parlamento, posto que esse era distribuído entre vários órgãos. Veja-se, por exemplo, o que dispunha o artigo 11:

Art. 11. A lei, quando de iniciativa do Parlamento, limitar-se-á a regular, de modo geral, dispondo apenas sobre a substância e os princípios, a matéria que constitui o seu objeto. O Poder Executivo expedirá os regulamentos complementares.

Por esse dispositivo, limitava-se a função da iniciativa legislativa aos princípios gerais enquanto o Executivo, através de regulamentos, poderia desdobrar o sentido da lei, interpretando-a segundo a sua vontade.

Havia ainda outro dispositivo que conferia poderes excepcionais ao Chefe do Executivo, qual seja, o artigo 13, que dispunha:

Art. 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes.

Ademais, muitos dos artigos que possuíam previsão sobre os decretos-leis nem tiveram aplicação prática devido à ausência de um Parlamento. Diante de tal situação, o dispositivo que tratava sobre decretos-leis que foi efetivamente utilizado, foi o constante do artigo 180, pois supriria a necessidade de recorrer-se a quaisquer outros.

Sobre esse assunto ensinou Pontes de Miranda (1987):

[...] na Constituição de 1937 não aparece qualquer princípio explícito de independência dos Poderes, nem a separação deles obedece a uma rigorosa co-extensividade entre órgão e função. Atenda-se a que, ao subordinar os Estados-membros aos princípios constitucionais (art. 9º, 'e'), não mais se fala, na Constituição, de princípio constitucional da independência de Poderes (*apud* Santos, 1994, 236).

## **2.5 O Decreto-lei e a vedação na Constituição de 1946**

Durante a vigência da Constituição de 1946, foi vedado o uso de decreto-lei. Observe-se ainda que nem mesmo a delegação legislativa era permitida. O artigo 36, § 2º previa tal vedação: “É vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições”.

Essa vedação, segundo Victor Nunes Leal (1960), motivou-se pela:

gigantesca produção legislativa do Estado Novo, toda ela emanada do Chefe de Estado, deve ter influído muito para ser adotado a solução oposta, de impedir que o governo legisle, mesmo por via de delegação. [...] No Estado Novo, o governo era a única agência legislativa, pois não havia parlamento que estabelecesse as diretrizes da legislação ou pudesse revogar as leis em que o Executivo fizesse mau uso da autorização recebida (*apud* Santos, 1994, p. 249).

## **2.6 Os decretos-leis e os atos institucionais na Revolução de 1964.**

Não é necessário neste tópico dizer que o Presidente eleito Jânio Quadros renunciou, o vice assumiu e os militares tomaram o poder.

Os atos institucionais baixados pelo Poder Revolucionário, instalado em 1964, foram mais uma vez instrumento para outorgar amplos poderes legislativos ao Governo Militar. Estes instrumentos permitiram a edição de inúmeros decretos-leis dispendo sobre toda e qualquer matéria.

Assim os decretos-leis que haviam sido banidos do mundo jurídico pela Constituição de 1946, ressurgiram nos artigos 30 e 31, parágrafo único, do Ato Institucional nº 2, de 27 de Outubro de 1965<sup>9</sup>.

Brasilino Pereira dos Santos afirma que os atos institucionais tinham a mesma hierarquia das normas da Constituição Federal de 1946. As normas dessa Carta Magna somente prevaleceriam enquanto não derogadas pelos atos institucionais.

Havia ainda os atos complementares<sup>10</sup> que serviram para complementar os comandos dos atos institucionais, conforme ensina Brasilino Pereira dos Santos “Os atos complementares complementavam-nos, como se leis complementares fossem. Não se encontravam na mesma hierarquia das leis ordinárias ou dos decretos-leis” (1994, p. 253).

Com fundamento no Ato Institucional referido acima, foi baixado o Ato Complementar nº 23, de 20 de outubro de 1966, que estabeleceu o recesso do Congresso Nacional, de 20 de outubro a 22 de novembro de 1966. “Nesse período ficou o Presidente da República autorizado a editar decretos-leis sobre todas as matérias previstas pela Constituição” (SANTOS, 1994, p. 257).

Foi baixado ainda o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968<sup>11</sup>, que ampliou o conteúdo dos Atos Institucionais nº 2 e 4. Este ato institucional, embora

---

<sup>9</sup> Dispunham esses artigos sobre a possibilidade do Presidente da República baixar atos complementares e decretos leis sobre Segurança Nacional, bem como quando o Parlamento estivesse em recesso.

<sup>10</sup> Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover “já diversa é a situação relativamente aos Atos Complementares. Hierarquicamente inferior à Constituição, como instrumento de regulamentação das normas institucionais, o Ato Complementar situa-se, no entanto, acima da lei ordinária, do decreto-lei e da lei delegada, e no mesmo nível da lei complementar. Sua superioridade hierárquica, com relação aos demais atos normativos, significa que o Ato Complementar não pode ser revogado por lei posterior – salvo por lei complementar; mas sua posição subordinada à Constituição, além de ensejar sua inconstitucionalidade, sempre que não houver adequação à Lei Magna, representa sua sujeição ao controle judiciário de constitucionalidade” (*apud* Santos, 1994, p. 253-254).

<sup>11</sup> O Ato Institucional nº 5 em seu artigo 2º, § 1º estabelecia:

“Art. 2º O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.”

sem fazer uso da expressão “decreto-lei” ampliou os poderes presidenciais no manejo desse instrumento de governo.

Dos poderes autoconferidos ao Presidente pelo Ato Institucional nº 5, conforme lembra Luís Carlos Martins Alves Junior, figuram a possibilidade de decretar o recesso das Casas Legislativas (Nacional, Estadual e Municipal), intervir nos Estados sem sofrer as restrições constitucionais, suspender direitos políticos, cassar mandatos, suspensão das garantias dos membros do Judiciário e de outros servidores públicos e o confisco de bens. Assinale-se que o *habeas corpus* estava suspenso nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=173>>. Acesso em: 11 jul. 2003).

Conclui-se, portanto, que o poder de editar decretos-leis tornava-se ilimitado somente quando decretado o recesso parlamentar.

Questão interessante surgiu nessa época, aponta Brasilino Pereira dos Santos (1994), atinente à hierarquia dos decretos-leis emanados do Poder Revolucionário. Para o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, os decretos-leis situavam-se em posição hierárquica abaixo dos atos complementares. Vislumbra-se tal assertiva pela transcrição de parte do entendimento acatado pelo Tribunal; “No excepcional sistema legislativo criado pelos atos institucionais não é possível admitir a revogabilidade de ato complementar por decreto-lei” (*apud* Santos, 1994, p. 265).

O Supremo Tribunal Federal fixava entendimento de que o decreto-lei possuía a mesma hierarquia que a lei formal. Observa-se o parecer do Professor Caio Tácito:

O decreto-lei, tal como admitido em nosso sistema constitucional, é manifestação própria do processo legislativo, tendo natureza específica de lei material, espécie do ordenamento, em nível de equivalência com o ato originário do Congresso, que a um tempo é lei material e formal.

Não há entre uma e outra dessas fontes de direito positivo graduações de hierarquia ou supremacia (*apud* Santos, 1994, p. 263).

## 2.7 A Constituição de 1967 e a Emenda nº 01 de 1969

A Constituição de 1967 entrou em vigor a partir de 15 de março, através do Ato Institucional nº 4, que convocou o Congresso Constituinte para promulgar uma nova Constituição ao Brasil. Esse Congresso era composto pelos membros ordinários do Congresso Nacional. Sua tarefa foi apreciar o projeto enviado pelo Chefe do Poder Executivo. Frise-se que o Brasil ainda estava entregue ao Governo Militar.

Assim, em 24 de janeiro de 1967 era promulgada a terceira constituição autocrática brasileira, cuja vigência e efetividade foram brandas, visto que constantemente foi distorcida pelos Atos Institucionais e Complementares baixados de acordo com os interesses do Governo.

Saliente-se que a referida Constituição veio a consagrar algumas das normas institucionais das cartas precedentes, excluindo a matéria administrativa e incluindo cláusulas de urgência ou de interesse público relevante mais a proibição do aumento de despesa. Acrescente-se ainda, a faculdade conferida ao Congresso Nacional para rejeitar o decreto-lei dentro de sessenta dias.

O artigo 58 da Constituição de 1967 confirma o afirmado anteriormente, senão vejamos:

Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas.

Parágrafo único. Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou o rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emenda-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.

Referido artigo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, inserindo modificações referentes às expressões utilizadas, sem contudo alterar o conteúdo, a substância dessa norma. Trocou-se a expressão decretos com força de lei por decretos-leis.

No texto da Emenda nº 1, a regulação da matéria está no Art. 55, no quadro disciplinador do Processo Legislativo (Seção V). Dispõe o Texto:

Art. 55 - O Presidente da República em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias;

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

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

Acredita-se, conforme leciona Geraldo Ataliba (1967), que a inspiração para tal alteração vem da Constituição italiana que faz uso da primeira expressão, ou seja, decreto com força de lei. Ressalte-se ainda, que há coincidência até no prazo de sessenta dias para a rejeição, só que com inversão de conseqüências, enquanto na constituição italiana o silêncio implicaria em rejeição (rejeição tácita), no Brasil, implicaria em aprovação (aprovação tácita), o que só veio a ser modificado com a promulgação da atual Constituição Federal<sup>12</sup>.

Isso demonstra apenas a ineficácia da Constituição de 1967, visto que embora a Emenda nº 1 não tenha alterado a substância do artigo 58, disciplinou matérias

---

<sup>12</sup> Observar que com a atual Emenda Constitucional nº 32/2001, esta questão foi modificada, pois prescreve referida emenda que não sendo a medida provisória votada pelo Congresso Nacional implica primeiro em reedição por igual prazo e por uma única vez, bem como se a votação não se der em 45 (quarenta e cinco) dias entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. Tais modificações serão melhores analisadas mais a frente no presente trabalho.

desse artigo bem como de todo o texto constitucional, modificando-o substancialmente em vários de seus dispositivos. Esta Emenda, mais do que a própria Constituição de 1967, tinha uma faceta de absurdo autoritarismo e flagrante ilegitimidade, características peculiares do regime de governo militar.

Este texto emendado foi utilizado nitidamente para centralizar o poder, seja horizontalmente (legislativo, executivo e judiciário), seja verticalmente (União, Estados e Município), nas mãos do Presidente da República. Percebe-se, portanto que a tripartição de poderes e o federalismo não passavam de disposições formais do texto, de duvidosa e até mesmo nenhuma aplicabilidade.

O Chefe do Poder Executivo Federal, segundo a realidade político-constitucional da época, era detentor de poderes quase absolutos, uma vez que poderia legislar, através de decretos-leis e os seus atos de natureza política, não eram sindicáveis pelo Judiciário. Mesmo que fossem, dificilmente as decisões judiciais contrárias aos interesses políticos dele seriam cumpridas. Vivia-se numa aparente legalidade, legitimada por uma ordem jurídica que, na maioria das vezes, era desrespeitada por seu principal ator: o Presidente da República.

Questões interessantes ainda podem ser abordadas em relação ao decreto-lei, conforme assinala Brasilino Pereira dos Santos (1994), quanto ao prazo de 60 (sessenta dias), para rejeição, posto que não havia referência quanto ao dia em que se iniciaria a contagem, onde mais tarde através da Emenda nº 11, de 1978, passou a ser “a contar do recebimento” do decreto-lei. O entendimento predominante até então, era o de que se contava a partir da publicação, tal como ocorre no direito italiano (SANTOS, 1994, p. 280).

A Emenda Constitucional nº 1, acrescentou ainda ao regime do decreto-lei, no § 2º, situação controvertida sobre o decreto-lei, visto que ditava essa norma que a rejeição do decreto-lei não implicaria na nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Na verdade serviu para suprir uma lacuna existente no regime anterior, uma vez que a rejeição implicava em nulidade dos atos praticados durante a vigência do decreto-lei, embora não expressamente disposto.

## 2.8 Adoção das Medidas Provisórias pelo Constituinte de 1988

A Assembléia Nacional Constituinte, na elaboração da Constituição de 1988, inseriu o instituto da medida provisória, quase que numa transcrição literal de idêntico dispositivo da Constituição da Itália de 1947, exceto a cláusula de responsabilidade do governo, como será visto nos tópicos subseqüentes do presente estudo.

A introdução desse instituto recebeu várias críticas de muitos Constituintes que argumentavam que tal “inovação” viria autorizar maiores excessos que os praticados através dos decretos-leis anteriormente. Na lição de Brasilino Pereira dos Santos, a medida provisória:

Viria, como era de se esperar, para instalar no País maior desordem jurídica, principalmente pela falta de determinação das matérias que podem ser objeto de medida provisória adicionada ao exíguo prazo de trinta dias para a aprovação pelo Parlamento, aprovação esta sob pena de nulidade de todos os atos com base nele praticados, incluídos, aí, tanto os atos de governo como os atos jurídicos em geral decorrentes (1994, p. 284).

E acrescenta: “Os órgãos de comunicação social, destacadamente a imprensa escrita, a falada e a televisiva, combateram duramente a reintrodução desse instituto, às vezes, até cognominando-o de ‘decreto-lei disfarçado’” (1994, p. 285).

Ressalva ainda o ilustre jurista que:

[...] durante os debates da assembléia Nacional Constituinte, foi decisiva a palavra final do Relator Bernardo Cabral, convencendo que não seria extravagante que o Presidente da República, no regime Parlamentarista, por solicitação do Primeiro-Ministro, pudesse ‘adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las, de imediato...’ ‘A quem? Perguntava: ‘A quem essas medidas serão submetidas, de imediato, para poderem ser convertidas em lei?’ Ao Congresso Nacional. Para que e por que ao congresso Nacional? Porque o Congresso Nacional é que será o órgão competente, tanto assim que, se ele estiver em recesso, diz o dispositivo

que ele 'será convocado extraordinariamente para se reunir' – quando? – 'no prazo de cinco dias' (1994, p. 285).

Ao que parece, o constituinte, ao inserir referido instituto na Carta Magna brasileira tentou tornar mais severas as regras para a sua edição (trinta dias de vigência, em lugar de sessenta, além do dever do Congresso em disciplinar a matéria) com a intenção de restringir o uso abusivo e indiscriminado das medidas provisórias. Seria um instrumento para legislação de urgência que deveria ser utilizado somente em casos excepcionais.

Assevera Brasilino Pereira dos Santos (1994) que no início dos trabalhos da Assembléia Constituinte havia uma forte movimentação política em torno da adoção, no Brasil, do sistema parlamentarista.

Todavia, prevaleceu o sistema presidencialista, e mesmo assim permaneceu na Constituição Federal o modelo de medida provisória elaborado para esse tipo de regime de governo.

Atente-se ainda, para o fato de que mesmo durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, o governo continuou a editar decretos-lei, sob a égide da Constituição precedente. Vê-se, portanto que o instituto da medida provisória, nada mais é do que mero sucessor do decreto-lei.

## **2.9 Os decretos-leis e o direito intertemporal**

Adotada a medida provisória pelo Constituinte brasileiro havia uma questão a ser solucionada, qual seja, os decretos-leis pendentes de aprovação ou rejeição, quando da entrada em vigor da nova Constituição Federal. Isso porque a nova Carta Magna introduzia no cenário jurídico instituto semelhante, qual seja, a medida provisória. Contudo com características bem distintas, quer quanto ao prazo de trinta dias para aprovação, quer quanto aos efeitos da falta de aprovação, da rejeição ou ainda da falta da rejeição, que seria a nulidade dos atos com base nela praticados.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 25 das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe especialmente quanto aos decretos-leis, senão vejamos:

Art. 25. [...]

§ 1º. Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma:

I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo até 180 dias a contar da promulgação da Constituição, não computando o recesso parlamentar;

II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados;

III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos dele remanescentes.

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

Assim a combinação das normas revogadas e das regras transcritas acima, revelam quanto ao direito transitório algumas situações relevantes.

A primeira diz respeito aos decretos-leis já rejeitados antes da vigência da atual Constituição de 1988, que continuam rejeitados, e segundo lição de Brasilino Pereira dos Santos:

Os decretos-leis, já rejeitados antes da vigência temporária da nova Constituição, continuam rejeitados, com os reflexos de sua vigência temporária regidos pela Constituição pretérita, principalmente porque, no regime jurídico atual, a rejeição implicaria na nulidade dos atos com base nele praticados. Por isso que, esta nova ordem jurídica, implicando ofensa a possíveis direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos, ou coisa julgada, formados sob o império do artigo 55, § 2º, da Constituição passada, se é que fosse possível, em certos casos formar (1994, p. 288).

Quanto aos decretos-leis ainda não apreciados pelo Congresso Nacional, o Constituinte através das Disposições Transitórias resolveu convertê-los em medidas provisórias, desde que editados entre 3 de setembro de 1988 e a efetiva

promulgação da Constituição, devendo aplicar a eles as regras estabelecidas pelo artigo 62 e parágrafo único da Constituição de 1988<sup>13</sup>.

Sobre o artigo 25, § 2º das Disposições Constitucionais Transitórias assinala Brasilino Pereira dos Santos:

ao que parece, ostentou implícita reprovação dos decretos-leis a que se refere, como se editados em fraude às novas normas constitucionais, como que numa tentativa do Governo de escapar à rigidez com que o instituto assemelhado, da medida provisória, vinha pela nova Constituição regulado (1994, p. 289).

Essa sujeição dos decretos-leis às novas regras constitucionais, embora tenham sido baixados sob a égide da Constituição precedente, implicou em relativa retroatividade da Constituição que ainda acabava de ser elaborada.

No concernente aos decretos-leis editados até 2 de setembro de 1988, a solução adotada foi mista, conforme ensina Brasilino Pereira dos Santos (1994), concedeu-se ao Congresso Nacional prazo de 180 dias, sem contar o recesso parlamentar, para sua apreciação, independente da data da respectiva edição de cada decreto. Decorrido esse prazo, se não fossem apreciados, deveriam ser considerados rejeitados. Salaria ainda, que conferiu plena validade aos atos praticados na vigência de cada decreto-lei, e se rejeitados autorizou ao Congresso Nacional, caso entendesse necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes.

Deve-se analisar ainda os decretos-leis já aprovados. Dessa forma, Brasilino Pereira dos Santos (1994) assegura que tais dispositivos quando aprovados expressamente ou por decurso do prazo para apreciação, devem ser considerados recebidos pela nova ordem constitucional estabelecida como se leis fossem, devido ao fenômeno da recepção<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Atualmente o artigo 62 da Constituição Federal de 1988 possui doze parágrafos, uma vez que a Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2002 modificou o artigo da lei maior original que possuía apenas um parágrafo.

<sup>14</sup> Todas as normas incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de

Essa regra aplica-se aos decretos-leis editados antes de 2 de setembro de 1988 e que tenham sido convertidos num ato normativo perfeito, ou melhor, que tenham sido ratificados pelo Congresso Nacional.

Outra questão que deve ser aventada é a da aprovação posterior à promulgação da nova Constituição, de decreto-lei vinculando normas contrárias a essa, caso em que Brasilino Pereira dos Santos muito bem leciona:

se se optar por entendê-los como inconstitucionais ou como revogadas desde a vigência da nova Constituição, as conseqüências se diferenciam: no caso de revogação, surtiriam efeitos antes desta. Mas é também sustentável a sua ineficácia *ab initio*, porque se aperfeiçoariam posteriormente à vigência da nova Constituição. Para este caso especialíssimo, ainda não temos a solução, parecendo-nos, entretanto, que considera-los revogados pela nova Constituição, antes da sua aprovação, será a melhor opção. (1994, p.288-289).

Ainda sobre a problemática dos decretos-leis submetidos ao direito transitório Brasilino Pereira dos Santos cita importante lição da Professora Misabel de Abreu Machado Derzi (1989):

Então, uma coisa é saber se o decreto-lei é perfeito até 2 de setembro e se é compatível com as novas normas constitucionais. O que acontece é que há decretos-leis em vigor incompatíveis com as normas novas constitucionais e mesmo com as normas constitucionais vigentes na Constituição anterior. Então aí há a inaplicabilidade parcial ou total, quando houver incompatibilidade. Ou outra hipótese que está regulada exatamente no art. 25 das Disposições Transitórias e se refere aos decretos-leis editados após 2.9.88. Neste caso a Constituição estabelece que o Congresso Nacional, no prazo de 180 dias, deverá apreciar o decreto-lei. É claro que sendo rejeitados os decretos-leis, eles não introduziram as normas na ordem jurídica nacional, então não poderão ser aplicados. Se não obstante forem ratificados, até aqueles editados até 2.9.88, as suas normas entrarão perfeitamente dentro da ordem jurídica nacional.

Mas os decretos editados após ou a partir de 3 de setembro segundo a Constituição, serão convertidos em medidas provisórias. E já nos referimos a que não aceitamos, a que não equiparamos as medidas provisórias aos decretos-leis, elas não são sucedâneos dos decretos-leis em matéria

---

recepção, em contrapartida, todas as normas compatíveis serão recepcionadas. Assim, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo inclusive, adquirir uma nova roupagem. Como exemplo são cita-se os decretos-leis aprovados na vigência da Constituição passada e não contrários a Constituição de 1988.

tributária; não podem instituir, modificar ou aumentar tributos. Então se o decreto-lei foi editado após ou a partir de 3.9.88, e se versar sobre matéria tributária, não terá validade frente à nova Constituição Federal (1994, p. 289-290).

## CAPÍTULO III.

### 3 O DECRETO-LEI

Ausente na Constituição de 1946, devido ao movimento constitucionalista que fez frente ao autoritarismo do Estado Novo, a figura do decreto-lei retorna na Constituição de 1967, sendo fortalecido pela Emenda nº 1, de 1969, como foi visto no tópico anterior.

Neste tópico, analisar-se-á as diferenças entre o decreto-lei e a lei em sentido estrito bem como os requisitos para validade do decreto-lei que o constituinte de 1969 inscreveu na Carta Política ao emendar a Constituição de 1967.

O artigo 55, e seus parágrafos trouxeram cláusulas com conteúdo vago e abstrato que ao invés de limitar os requisitos para a edição do decreto-lei, tornou sua expedição mais fácil, dificultando a interpretação jurídica e causando polêmicas infundáveis.

Para Flávio Baüer Novelli (1968), os decretos leis são leis em sentido material, que o Poder Executivo expede, nos termos da disposição constitucional com eficácia de lei em sentido formal (lei ordinária), é uma exceção ao princípio da separação de poderes prevista pela Constituição (*apud* Cléve, 1993, p. 40).

Geraldo Ataliba (1967) aponta as diferenças entre o decreto-lei e a lei (em sentido estrito) quanto: à forma de produção, afirmando que a lei é de competência do Congresso, enquanto o decreto-lei é de competência do Presidente da República; à eficácia, precária e condicional no decreto-lei, sendo imediata e incondicionada na lei; aos pressupostos de legitimação, só urgência ou interesse público relevante no decreto-lei, sendo a discricção política do Congresso os pressupostos da lei; ao objeto (matéria) sobre que pode incidir, segurança nacional, finanças públicas e normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos nos decretos-leis, qualquer objeto nas leis; às limitações, no decreto-lei não criar despesas, na lei não

há nenhuma limitação, exceto as constitucionais; e condições que devem ser observadas ou preenchidas para sua existência; e quanto à perfeição, no decreto-lei a aprovação do Congresso, na lei não existe.

Passa-se agora a análise dos requisitos de validade do decreto-lei. O primeiro deles é quanto à competência, onde somente o Presidente da República poderia editar decretos-leis. Assevera ainda Brasilino Pereira dos Santos (1994) uma situação curiosa, pois existiram decretos-leis que delegavam a autoridades inferiores a incumbência de regular determinadas matérias objeto de reserva da lei<sup>15</sup>, tal como ocorreu com o Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, que delegava (autorizava) ao Ministério da Fazenda competência para aumentar, reduzir, suspender ou até extinguir o denominado crédito-prêmio<sup>16</sup>.

Outro requisito para a expedição de decreto-lei era que se tratasse de interesse público urgente ou relevante. Em relação à relevância afirma Brasilino Pereira dos Santos (1994), se fixou entendimento no sentido de que seria necessário um interesse público tão relevante que as circunstâncias não permitissem fosse trilhado o percurso do processo legislativo normal. Mas devido a magnitude dessa cláusula ficava difícil a aferição de critérios objetivos para se avaliar a existência ou não do interesse público relevante. Assim, a doutrina, por mais que tenha lutado nesse sentido, não conseguiu defini-lo como um limite imposto pela Constituição à edição do decreto-lei.

Atente-se ainda, que esse requisito de relevância era alternativo com a cláusula de urgência, ou seja, um ou outro. E tal cláusula de urgência sempre foi tida também como uma cláusula de conteúdo vago e indeterminado. Sobre esse assunto assegura Brasilino Pereira dos Santos (1994), que a doutrina tentou encontrar um limite para essa urgência, explicando que existirá apenas quando certa medida tiver

---

<sup>15</sup> O princípio da reserva legal será analisado em item subsequente do presente estudo.

<sup>16</sup> “era um benefício incentivador das exportações de produtos manufaturados, incentivo este consistente na dedução do valor que o fabricante-exportador pagaria a título de IPI sobre os produtos industrializados exportados se, em vez de exporta-los, fossem comercializados no mercado interno. Como se sabe, a exportação desses produtos não era tributável, e por isso, para fins do crédito-prêmio, era como se fosse, para fins de cálculo desse benefício sobre operações internas, ou até para a devolução da respectiva em espécie” (Santos, 1994, p. 276).

de ser tomada tão rapidamente que o processo legislativo mais abreviado possível não a possa suprir.

Há ainda o fato de que o interesse público não era limitado, pois em todas as ações envolvendo os poderes estatais há o interesse público, ínsito na própria idéia de Poder Público.

Outro ponto polêmico refere-se à possibilidade de apreciação judicial dos requisitos da relevância e da urgência. O Superior Tribunal Federal possuía o entendimento de que o decreto-lei, após a aprovação do Congresso, já teria sido objeto de exame auferindo a presença de tais requisitos<sup>17</sup>. Esse exame contava com aspectos de constitucionalidade além de aspectos de conveniência e oportunidade. Por ser o órgão político expressamente autorizado para apreciação dos decretos-leis, somente a ele competiria indagar sobre a presença dos requisitos ensejadores de sua edição.

Contudo, a posição de que a análise dos requisitos estaria entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso, defendida pela Suprema Corte sofria duras críticas da doutrina, que defendia a tese no sentido de que todo e qualquer julgamento envolve um certo grau de subjetividade. Do contrário, assinala Brasilino Pereira dos Santos (1994), não seria julgamento, seria ato mecânico, que prescindiria da atividade intelectual do Magistrado.

De outro modo, o controle político sobre os decretos-leis era dificilmente exercitado, posto que o Congresso tinha uma função meramente confirmatória das decisões do Governo, ademais, na dicção do enunciado do Artigo 55, no § 1º, consta que a não apreciação por parte do Congresso no espaço de 60 (sessenta) dias implicará na aprovação do decreto-lei, que não poderia ser emendado pelo Legislativo, e caso viesse a ser rejeitado, as relações jurídicas ocorridas durante a sua vigência não seriam nulas (§ 2º).

---

<sup>17</sup> Recursos extraordinários nº 62.739 e 74.096, RTJ, v. 44, p. 54, e v. 62, p. 821, de que foram Relatores, respectivamente, os Ministros Aliomar Baleeiro e Oswaldo Trigueiro.

Verifica-se, portanto, segundo lição de Brasilino Pereira dos Santos (1994), que o dispositivo constitucional inscrito no artigo 55 permitiu uma expansão no campo de atuação do decreto-lei no ordenamento jurídico. Foram perpetrados abusos por força do decreto-lei em todos os seus objetos, ou seja, segurança nacional, finanças públicas, inclusive tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos onde era claramente perceptível, se tais matérias estavam ou não adstritas aos decretos-leis.

Por essa razão, os governos que estiveram sob os auspícios da Constituição de 1967/69, usaram e abusaram desse instrumento normativo, de faceta autoritária, pois era uma perigosa exceção ao princípio constitucional da separação de poderes, cujo desiderato imediato é garantir a liberdade e os direitos individuais, através do exercício racional do poder estatal e da possibilidade de controle do Poder pelo Poder, através do Direito.

### **3.1 Objeto dos decretos-leis**

Resta ainda ver, quanto ao objeto dos decretos-leis no regime precedente, mesmo que de forma breve, algo referente às matérias de segurança nacional, finanças públicas, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Aliomar Baleeiro combatendo a sustentação em contrário do Procurador-Geral da República no Recurso Extraordinário nº 62.731, em trâmite Supremo Tribunal Federal declarou que Segurança Nacional:

[...] evolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, à independência, à sobrevivência e à paz do País, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas ou internas, sejam elas atuais ou imediatas, ou ainda em estado potencial próximo ou remoto (*apud*, Santos, 1994 p. 282).

Um conceito de “segurança nacional” poderia ser extraído do artigo 2º da Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 e seria “o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente”, “contra quaisquer antagonismos, internos ou externos, como os que dissessem respeito” (SANTOS, 1994, p. 281).

No atinente ao conceito do objeto “finanças públicas, inclusive normas tributárias” surgia enorme discussão, se através do decreto-lei estaria o Presidente da República autorizado a instituir ou majorar tributos. Isso porque Brasilino Pereira dos Santos (1994), assinala que o conceito de finanças públicas abrange direito tributário.

Para alguns, devido ao fato de que a Constituição em seus dispositivos tenha dispensado tratamento diferenciado e autônomo às duas disciplinas, assim para os fins do artigo 55, não caberia ao Presidente da República legislar sobre direito tributário como se financeiro fosse, por serem espécies inconfundíveis.

Aponta ainda Brasilino Pereira dos Santos (1994), que mesmo após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que estabeleceu no inciso II do artigo 55, expressamente a cláusula “finanças públicas, inclusive normas tributárias”, a doutrina continuou ponderando que as “normas tributárias”, a que se referia o dispositivo, não poderia abranger a criação ou majoração de tributo.

Interessante ainda frisar a posição do Supremo tribunal Federal que entendia estar o Presidente da República autorizado a legislar sobre a instituição ou majoração de tributos através de decreto-lei, desde que preenchidos todos os requisitos constitucionais (SANTOS, 1994, p. 282).

Antes da edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, a jurisprudência pátria adotava interpretação contrária em relação as normas atinentes às medidas provisórias, ou seja, entendia não estar o Chefe do Executivo autorizado a legislar sobre a criação ou majoração de tributos por medidas provisórias. Atualmente o artigo 62, da Constituição Federal possui previsão específica quanto a majoração ou instituição de tributos por essa medida excepcional, qual seja, o § 2º.

Por fim, deve-se tecer algumas considerações sobre o objeto “criação de cargos e aumento de vencimentos”, visto a existência de incompatibilidade entre a faculdade de criar cargos públicos e aumentar vencimentos, com a ressalva “[...] e desde que não haja aumento de despesa, [...]”. Assevera Brasilino Pereira dos Santos que a doutrina combatia as duas normas, pois uma permitia o que a outra aparentemente proibia (1994, p. 284).

Sobre esse assunto leciona Geraldo Ataliba “Basta que sua execução implique em despesa e já terá ele incidido na proibição terminante – acarretando-lhe a nulidade” (1967, p. 98).

## CAPÍTULO IV.

### 4 ORIGEM DA MEDIDA PROVISÓRIA

O instituto das medidas provisórias veio para substituir o antigo e similar decreto-lei, instrumento bastante utilizado pelos chefes do Poder Executivo nas Constituições precedentes, em especial em 1967/1969. O decreto-lei foi inspirado nas legislações de outros países, notadamente da Itália, o que nos obriga muitas vezes, para sua melhor compreensão, estudar essa legislação, buscando entender os seus alcances e peculiaridades.

Como bem lembra Leon Frejda Szklarowsky (1991), ao citar importantíssima lição de Hans Kelsen (1990), pois até mesmo as constituições que consagram a rigidez da separação dos poderes, como ocorre nos Estados Unidos, permitem a participação do Executivo no processo legislativo, quer seja através do poder de veto, quer pela possibilidade de apresentação de projetos de lei.

Nas democracias européias é hoje comum que o Chefe do Executivo tenha algum tipo de poder legislativo além do veto e da iniciativa de lei. Até mesmo na Comunidade Econômica Européia, atual paradigma da modernidade, faz-se uso do que chama de “regulamentos”, forma disfarçada do nosso antigo decreto-lei.

Convém ainda frisar que a quase totalidade dos países europeus estrutura-se em formas parlamentaristas, de tal sorte que o Chefe do Governo não pode tentar passar por cima do Parlamento, sob pena de ser destituído, o que estimula uma ação sintonizada entre os poderes Executivo e Legislativo, de tal forma que um poder não se sobreponha ao outro.

Percebe-se, portanto, que o Constituinte italiano ao idealizar o instituto das medidas provisórias o fez como instrumento a ser usado em um sistema de governo parlamentarista. Isso se nota claramente em virtude da advertência expressa feita ao Governo, qual seja, de que poderá adotar medidas provisórias, mas sob sua

responsabilidade, o que vem a sinalizar que um eventual abuso trará como conseqüência a sua queda.

A par dessas ligeiras considerações, vejamos como o instituto é tratado pela legislação italiana.

#### **4.1 O decreto-lei na Itália desde o período da monarquia**

Como já nos referimos no item anterior, o Texto Constitucional Brasileiro sobre medidas provisórias foi inspirado diretamente no instituto similar italiano. A redação é quase a mesma, com pequenas variações, conforme se verifica na transcrição a seguir do art. 77 da atual Constituição italiana:

Art. 77 O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Nos casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo poderá adotar, sob sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei. Deve, contudo, apresentá-las no mesmo dia para apreciação das Câmaras que, mesmo dissolvidas, são convocadas e devem reunir-se dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação. As câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto<sup>18</sup>.

Na Itália a adoção de atos legislativos pelo Poder Executivo, sempre foi uma tradição. Desde a Monarquia Constitucionalista, época em que vigorava o Estatuto Albertino, que, embora proibisse expressamente semelhante figura legislativa, não teve força para impedir a larga utilização de decretos-leis sobre as mais variadas matérias, situação que persistiu sem limites no período fascista.

Giuseppe Vieste (1967) observa com grande acerto que o Estatuto Albertino:

---

<sup>18</sup> Tradução livre para o vernáculo pátrio, feita por Brasilino Pereira dos Santos, *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, cit., p. 211.

não previa a adoção dos decretos-leis, antes a proibia expressamente, porquanto no artigo 6º somente habilitava o Rei a emanar os decretos e regulamentos necessários para a execução das leis, sem suspendê-las ou dispensar sua observância; vale repetir, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne (*apud*, Santos, 1994, p. 193).

O primeiro decreto-lei baixado data de 1843, e recebia o nº 738. Interessante assinalar a lição de Brasilino Pereira dos Santos (1994), que afirma que os governantes que se sucederam no poder entendiam que deveria prevalecer a lei da necessidade acima de tudo para expedição dos decretos-leis. Abaliza ainda que até 1914 seu uso foi moderado e justificado por situações de comprovada urgência, contudo durante a primeira guerra mundial e nos anos subseqüentes sua utilização passou a ser larguíssima, sendo expedido vários atos com força de lei, onde raramente se justificava a exigida necessidade.

Ressalte-se que desde o início da utilização dos decretos-leis, vinha inserida a cláusula de imediata apresentação às Câmaras para eventual conversão em lei. Contudo, esta apresentação, constantemente era retardada, tanto que inúmeras vezes ocorreu a conversão em bloco de centenas de decretos-leis que permaneciam sem conversão. Junte-se ainda o fato de que as Câmaras, com base em critérios de oportunidade política limitavam-se apenas a ratificar de vez os provimentos de necessidade, legitimando os abusos cometidos pelo Governo.

Nessa época ensina Brasilino Pereira dos Santos (1994) havia uma vasta discussão doutrinária a respeito da admissibilidade dos decretos-leis. Parte da doutrina, saliente-se prestigiosa, reclamava do elastério dado à interpretação do artigo 6º do Estatuto Albertino. Porém a doutrina prevalente continuava a reconhecer a legitimidade constitucional dos decretos-leis, fundamentada nas normas estatutárias, operando uma interpretação forçada das mesmas. Havia ainda uma corrente que justificava os decretos-leis com base no mecanismo de confiança que ligava o Gabinete ao Parlamento. Uma outra corrente afirmava que prescindia da norma constitucional, por entender amparado aquela faculdade em princípio de direito positivo. Explicavam que o Poder Executivo podia invocar o instituto privatístico da gestão de negócios, posto que configurava voluntário curador de

interesses alheios na ausência do dono. Acreditavam ainda existir no ordenamento jurídico, um princípio geral que atribuía ao Governo a excepcional competência de substituir-se nos casos urgentes aos órgãos legislativos. Por fim uma quinta corrente, encontrava o fundamento dos decretos leis em fontes estranhas aos órgãos legislativos. Curiosamente embasavam sua posição no fato de que a reiterada expedição dos provimentos de necessidade e a repetida ratificação parlamentar haviam dado nascimento a um verdadeiro costume constitucional.

Além disso, tentou-se conter e disciplinar a emissão dos decretos-leis através de projetos de leis, mas devido ao fim da legislatura todos foram arquivados.

Passa-se a tratar agora do decreto-lei no Regime Fascista. Nesse período a disciplina dessa matéria era estabelecida pelo art. 3º, inciso II, da Lei nº 100, de 31 de janeiro de 1926, que estabelecia a faculdade do Poder Executivo de emanar norma jurídica, com força de lei, em casos urgentes.

Agostino Origone (1967), ensina que as características do decreto lei são: a competência, a urgente necessidade e a conversão em lei (*apud*, Santos, p. 198).

Era a jurisprudência quem fixava os limites subjetivos e objetivos para expedição do decreto-lei. Assim, por um longo período admitiu-se a constitucionalidade dos decretos-leis, fundamentando-a na urgência e na cláusula de conversão, que davam a esses um aspecto de provimento extraordinário e permitiam a intervenção, embora posterior, do Poder Legislativo.

Contudo entre o período de 1922 e 1924, devido ao excessivo número de decretos-leis baixados ante as necessidades da guerra e do pós guerra, a jurisprudência passou a ser mais restritiva, visto que afirmava competir ao juiz sindicarem os extremos da urgência, averiguar a apresentação dos decretos às Câmaras para conversão em lei, e faltando tal requisito recusar-lhe validade. Essa aptidão era prevista pelo artigo 5º da Lei 20 de março de 1865, que conferia competência ao Poder Judiciário para sindicarem a legitimidade dos atos administrativos.

Atente-se ainda para a natureza política da característica urgente necessidade, que resultava da própria Lei nº 100, de 31 de janeiro de 1926, que previa que “o juízo sobre a necessidade e sobre a urgência não está sujeito a outro controle que aquele político do Parlamento”. Vê-se, portanto, que por uma disposição expressa da lei impede-se o controle sobre a constitucionalidade material do decreto-lei, que inclusive estava pacificada pela jurisprudência antes mesmo da promulgação da referida lei.

Outra característica do decreto-lei no período fascista é a necessidade de sua conversão em lei formal, uma vez que a lei expressamente dispunha que devia conter a cláusula de sua apresentação ao Parlamento para a exigida conversão.

Para a efetiva conversão aplicava-se o procedimento ordinário da lei formal e após a aprovação pelas Câmaras era sancionado pelo Rei. Dessa forma, mesmo que o Rei já tenha manifestado sua intenção na edição do decreto nada obstava uma nova intervenção com a sanção por se tratar de momentos distintos. Além disso, podiam as Câmaras emendarem o texto do decreto a ser convertido.

Brasilino Pereira dos Santos sobre a importância e efeitos do ato de conversão cita Giuseppe Viesti (1967):

O ato de conversão é necessário, porque, com este, o Poder Legislativo manifesta a sua vontade sobre o objeto do decreto-lei. E esta intervenção é indispensável, exatamente porque o Poder Legislativo não pode permanecer completamente estranho a um ato que tem força de lei, embora emanado de um outro poder, já que isto levaria a uma substituição e confusão de poderes, incompatível com a sua estrutura positiva. A intervenção do Legislativo não pode ser preventiva e nem contemporânea à emanação do decreto-lei, porque ambas as hipóteses contrastariam com o caráter institucional da competência do Poder Executivo, e com a urgente necessidade que é pressuposto de seu exercício. A intervenção é, portanto, sucessiva e consiste na emanação de um ato do Poder Legislativo, com o qual o conteúdo do decreto-lei assume o conteúdo da lei formal. Por isso, a conversão, longe de perpetuar a eficácia do decreto-lei, cessa-a e a substitui. Do momento da conversão em diante, as normas emanadas com o decreto-lei assumem aquela duração indefinida que é própria da lei formal (*apud*, 1994, p. 201).

Por fim sobre o ato de conversão, o renomado jurista assinala que também tem lugar o controle político do Parlamento, em que se avalia a existência da urgente necessidade, que é o pressuposto do decreto-lei, a oportunidade do conteúdo presente nesse, a necessidade da mesma, e a oportunidade de assegurar-lhe a duração mediante conversão.

Com a queda do fascismo que ocorreu em 25 de julho de 1943, a Coroa decidiu reassumir os poderes de que era titular, e tinha como finalidade restabelecer as instituições democráticas e parlamentares. Nesse momento o decreto-lei se mostrou o único instrumento utilizável para implementar as necessárias reformas antifascistas.

Muitos provimentos foram adotados por motivos de urgente necessidade determinados pelo estado de guerra, especialmente para suprimir órgãos do antigo regime. Contudo esses decretos bem como os atos legislativos do Governo estavam viciados por excesso de poder, pois incorporavam limitações objetivas, possibilitando modificar a estrutura fundamental do Estado, e impedindo o funcionamento dos órgãos supremos constitucionais.

A atual Constituição Democrática de 1947, mesmo tendo conhecido os efeitos nocivos do fascismo, após um período de transição, manteve o decreto-lei. Todavia, assevera Brasilino Pereira dos Santos (1994), os provimentos de necessidade italianos são editados sob forte responsabilização do Poder Executivo que, em regime parlamentarista, necessita sempre do voto de confiança do Parlamento.

Aponta ainda que:

A Constituição democrática de 1947 restabeleceu o tradicional decreto-lei, mesmo que sabidamente característico do facismo, adaptando-o, porém, às livres instituições que caracterizam o Estado Italiano, após a queda do Fascismo, adequando-o à forma republicana, e integrando-o com os novos princípios que são próprios dos Estados contemporâneos de democracia clássica (SANTOS, 1994, p. 209).

É notório que a Constituição de 1947 tem a intenção de assegurar identidade entre governantes e governados, pois reconhece ampla liberdade civil e política. Assim sendo, prevê duas Assembleias legislativas e contempla uma participação direta do povo no exercício das funções legislativas, embora seja limitada. Visando ainda assegurar a proteção jurídica das minorias, assume caráter rígido e prevê um autônomo controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis.

Todavia um tema que ocupou as comissões que elaboraram a Constituição foi o decreto-lei, principalmente com as infelizes experiências que o instituto havia proporcionado no passado. Chegou-se até a aprovar uma fórmula que vedava, categoricamente a emanção dos decretos-leis, proposta essa suprimida quando da redação final do projeto.

Portanto, constata Brasilino Pereira dos Santos (1994) que havia grande discussão sobre a regulamentação do instituto, onde alguns deputados declarando-se favoráveis a ele afirmavam que às vezes a urgência é tal, de modo a não se poder prover, na forma ordinária, e que mesmo não delimitado seria certamente utilizado, como demonstra a experiência histórica constitucional dos vários Estados. Outros declarando-se contrários, argumentavam que os meios modernos consentem a convocação rápida do Parlamento, em casos de emergência, e que é comum, em situações excepcionais, o governo utilizar do mesmo instrumento assumindo a responsabilidade e solicitando manifestação do Parlamento.

Prevaleceu, no final a posição favorável concretizando-se o atual artigo 77, da Constituição.

A adoção do decreto-lei, conforme assinala Brasilino Pereira dos Santos (1994) deveu-se ao Governo que lhe assume a responsabilidade. Os pressupostos justificativos se identificam nas situações excepcionalíssimas de necessidade e urgência. Havia ainda, a obrigação de apresentar os provimentos de necessidade no mesmo dia às Câmaras, para o efeito da conversão de lei, notoriamente com o escopo de evitar os abusos. Ficou estabelecido também que as Câmaras devem intervir no prazo máximo de sessenta dias contados da publicação, visto que esses

instrumentos normativos perdem eficácia findo esse prazo, retroativa ao início de sua vigência.

Nesse caso é previsto que o Parlamento regule, através de lei, as relações jurídicas surgidas com base nos decretos-leis, não convertidos. Pode ainda o decreto-lei ser utilizado a qualquer tempo e se as Câmaras estiverem em recesso, há a obrigação de convocá-las, imediatamente, para se reunirem dentro de cinco dias.

Brasilino Pereira dos Santos (1994) reportando-se as lições de Pinto Ferreira (1992), afirma que as medidas provisórias estão ainda sujeitas ao controle judiciário (*controllo giuridico*) pela Corte Constitucional (art. 134, I). Tal controle incide sobre os elementos intrínsecos ou formais, como na lei ordinária e na lei delegada, porém é mais abrangente, tanto no que se refere à necessidade como à urgência, podendo anulá-las ainda por estarem viciadas por excesso ou desvio de poder.

Pode ainda a Corte Constitucional anular a medida provisória quando não se verificar a presença da urgência. Sobre esse assunto predica Pinto Ferreira (1992):

A atual Constituição italiana circunscreveu a decretação de urgência com numerosas cautelas, com a finalidade de evitar os abusos anteriores do período pré-fascista, até mesmo determinando que as medidas provisórias (*prevvedimenti provvisori com forza di legge*) devem ser transformadas ou convertidas em lei (*legge di conversione*) e permitindo a responsabilidade política do governo e a queda do gabinete (*apud*, Santos, 1994, p. 212).

Conclui ainda renomado autor, segundo lição de Brasilino Pereira dos Santos (1994), que esse instituto que influenciou o legislador constitucional brasileiro, era um modelo de legislação criado e adequado para o regime parlamentar, porém no Brasil, foi indevidamente inserido no regime presidencialista.

Quanto à reedição de medida provisória, a orientação que tem prevalecido na Itália era a mesma adotada no Brasil<sup>19</sup>, ou seja, aceitava-se a reedição de medida

---

<sup>19</sup> Lembrando-se sempre que essa posição era a adotada até a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, tendo em vista que permite-se uma única reedição da medida provisória, em caso de inércia do Congresso Nacional na votação de sua aprovação.

provisória não rejeitada expressamente pelo Poder Legislativo, enquanto que aquela rejeitada expressamente não é possível reeditar-se.

## CAPÍTULO V.

### 5 DECRETO-LEI E DECRETI-LEGGE FRENTE À MEDIDA PROVISÓRIA

Como se sabe as medidas provisórias são sucedâneo do extinto decreto-lei, e foram criados pelo constituinte de 1988 sob a inspiração do modelo italiano. Segundo Alexandre Mariotti o *decreti-legge* italiano foi idealizado por Biscaretti di Ruffia logo após a Segunda Guerra Mundial, que assim o defendeu:

Mas existe um último caso, de difusão universal, atinente ao exercício da faculdade legislativa por parte do Poder Executivo, e é aquele que diz respeito às múltiplas e variadas eventualidades nas quais o Chefe de Estado, o Governo, ou outras autoridades executivas menores (especialmente militares) são levadas por motivos urgentes de necessidade a editar ordenações com força de lei (*apud*, 1999, p. 39).

Portanto, para uma melhor compreensão do instituto das medidas provisórias, impõe-se que se proceda a uma comparação com o *decreti-legge*, regulado pelo artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, bem como com o extinto decreto-lei, regulado pelo art. 55 da Emenda Constitucional 1/69<sup>20</sup>, ou seja, com os institutos que lhe são afins.

Antes, porém, conveniente analisar a denominação usada para esses institutos que é, geralmente, decreto-lei, demonstrando tal terminologia ser um ato híbrido, uma vez que contém dois termos que pertencem, em regra, a duas categorias de atuação do Estado: o decreto (Poder Executivo) e a lei (Poder Legislativo).

---

<sup>20</sup> Foi na vigência da Constituição anterior, que o decreto-lei tornou-se um instrumento por excelência, embora na Constituição de 1937 já tivesse tido previsão expressa e desde a primeira República (1824) o Governo já se utilizasse de instrumentos normativos com as mesmas características desse instituto para lhe outorgar a função legislativa e também quando deveria ter sido um instrumento de exceção.

### 5.1 Distinção entre *decreti-legge* e medida provisória

A medida provisória é a versão nacional do *decreti-legge*, previsto pela Constituição da República Italiana de 1947, artigo 77, contudo sua criação se deu em um regime parlamentar.

A versão italiana desse instituto era adotada pelo Governo – Presidente do Conselho e os Ministros – sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e urgência, devendo ser convertidas em lei, no prazo de 60 (sessenta) dias. Assim dispõe a constituição Italiana:

Art. 77 O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Nos casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo poderá adotar, sob sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei. Deve, contudo, apresentá-las no mesmo dia para apreciação das Câmaras que, mesmo dissolvidas, são convocadas e devem reunir-se dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação. As câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto<sup>21</sup>.

As semelhanças entre o instituto brasileiro e o instituto italiano são evidentes, sobretudo se considerados os pressupostos para edição, os requisitos procedimentais e os efeitos normativos, ressalvadas as distinções mais evidentes no tocante ao fundamento literal, ao regime de governo (no Brasil o regime de governo é o presidencialismo enquanto que na Itália é o parlamentarismo), ao prazo de eficácia, o momento da apresentação do instrumento ao Poder Legislativo e à iniciativa da edição (no Brasil é exclusiva do Presidente da República, inexistente qualquer tipo de responsabilidade, na Itália iniciativa e responsabilidade do Conselho de Ministros).

---

<sup>21</sup> Tradução livre para o vernáculo pátrio, feita por Brasilino Pereira dos Santos, *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, cit., p. 211.

Humberto Bergmann Ávila (1997) aponta que os *provvedimenti* designam atos particulares e concretos, com eficácia provisória de lei, utilizáveis com fundamento em questões que exijam, como condição de legitimidade, aplicação imediata. Afirma inclusive, que essas medidas podem, em princípio, ser rejeitadas ou emendadas pelas Câmaras, que podem restringir ou ampliar seu conteúdo. Interessante assinalar também que no caso de emenda supressiva, o efeito é *ex tunc*, no de aditiva, *ex nunc*.

Por fim abaliza que a prática italiana tem, em princípio, admitido a reedição das medidas, caso estejam presentes os pressupostos para sua edição. E a sua não conversão faculta às Câmaras a regulamentação das relações decorrentes da sua eficácia, diferentemente do que ocorre no Brasil, pois segundo o artigo 62 deve o Congresso Nacional disciplinar as relações delas decorrentes.

Continuando a análise das diferenças entre o *decreti-legge* e a medida provisória, ressaltando-se de início que os princípios fundamentais da Constituição italiana são diversos dos instituídos na Constituição brasileira. Na Constituição italiana, não há referência expressa aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 1º), à cidadania (art. 1º, II), ao princípio democrático representativo (art. 1º, parágrafo único) e nem tampouco à tripartição dos poderes (art 2º). Dessa forma, ao analisarmos a competência constitucional excepcional atribuída ao Poder Executivo pela Constituição Federal do Brasil, não se pode olvidar do sistema jurídico-constitucional em que tal competência está inserida nem mesmo da diversidade do sistema em que está inserto o *decreti-legge*, sobretudo no tocante aos princípios mais eminentes.

Marcelo Cerqueira faz advertência relevante sobre este assunto:

no sistema presidencial, a separação de poderes possui categoria axiologicamente diferenciada da separação dos sistemas de gabinete. Aqui, como nos Estados Unidos da América, matriz da família constitucional a que se filia a república, a separação supõe a independência entre Poderes, que a media provisória rompe (*apud Clève*, 1999, p. 43).

Traz ainda lição de Sérgio de Andréa Ferreira, “segundo o qual a medida provisória deve ser considerada dentro do sistema jurídico-constitucional brasileiro” (op. cit., p. 43).

Seguindo essas orientações passa-se a análise das diferenças específicas entre o regime jurídico do *decreti-legge* e o da medida provisória. A primeira questão é pertinente ao regime de governo. Sobre esse assunto Humberto Bergmann Ávila afirma que a Constituição Italiana de 1947 adota o regime parlamentar, e a Constituição Federal de 1988, o sistema presidencialista.

Abaliza também que tal distinção traz importantes conseqüências quanto ao regime jurídico aplicável a esses atos de urgência, visto que na prática italiana, a edição dos *decreti-legges* é coberta pela responsabilidade dos ministros frente às Câmaras. Essa responsabilidade tem natureza eminentemente política, mediante controle parlamentar ou mesmo por via difusa, devido à dificuldade de se auferir um parâmetro objetivo dos requisitos para a edição desses instrumentos.

Dessa maneira, verifica-se que o processo democrático, na edição dos atos de urgência está presente no sistema italiano, dada a influência dos partidos na eleição do governo e a prerrogativa de retirar-lhe o poder. A preservação desse processo se dá ainda, quer pela eleição mesma do governo no momento da edição dos decretos-leis, quer pela responsabilidade que possui ao editá-los.

De particular relevância é a afirmação de Humberto Bergmann Ávila:

Em virtude desse controle político das decisões do governo, a atividade normativa do governo é entendida, por alguns, como ordinária e não como excepcional. Essa particularidade se reveste de singular relevo, pois a excepcionalidade pressupõe interpretação restrita; a ordinariedade, não. Mais do que isso, essa compreensão relaciona a ordinariedade à representatividade e ao debate, anterior à eficácia do ato (1997, p. 57).

No sistema jurídico-constitucional brasileiro inexistente essa estrutura, assim sendo, não há nem representatividade direta do Poder Executivo, no momento da prática do ato, nem sequer responsabilidade política, pela falta de conversão em lei

pelo Congresso Nacional. Vislumbra-se que a produção normativa pelo Poder Executivo de acordo com a Constituição Federal de 1988, obedece a princípios diversos dos correspondentes italianos, quanto aos limites material e formal para a inovação do ordenamento jurídico.

Concluindo, a utilização do modelo italiano para edição pelo Executivo brasileiro dos atos de urgência em um sistema de governo diverso, está conduzindo a um exercício abusivo do poder normativo pelo Poder Executivo. No sistema italiano, a democracia não se exaure no momento eleitoral, visto que a legislação pelo parlamento envolve a noção de representatividade e de debate público anterior à eficácia do ato. Ao contrário, no sistema brasileiro a edição de medidas provisórias não envolve qualquer debate prévio, nem é resultante das forças partidárias do momento em que se efetiva, atenta-se inclusive para o fato de que a participação do Congresso Nacional é posterior, embora absolutamente necessária para a produção de eficácia plena da medida provisória, depois de sua edição. Portanto, a democracia exaure-se no momento eleitoral. Saliente-se mais uma vez que inexiste a responsabilidade política.

Outra questão que convém analisar refere-se ao tempo de eficácia, uma vez que no Brasil até a Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001, o prazo era de 30 (trinta) dias, enquanto que na Itália é de 60 (sessenta) dias. Frise-se que no Brasil o prazo da medida provisória foi ampliado para 60 (sessenta) dias pela referida Emenda Constitucional, permitindo-se ainda uma única reedição, totalizando 120 (cento e vinte) dias de eficácia<sup>22</sup>.

Com relação aos pressupostos habilitantes, em nosso país, exige-se a urgência e a relevância, na Itália, os *decretos-legges* além da urgência e relevância sua adoção só se dá em casos extraordinários.

---

<sup>22</sup> A medida provisória poderá excepcionalmente exceder o prazo constitucional de 120 (cento e vinte) dias, mesmo que se levar em conta a possibilidade de reedição, se for editada antes do período de recesso parlamentar. Por exemplo, uma medida provisória publicada em 14 de dezembro somente perderá a vigência em 14 de abril do ano seguinte, permanecendo em vigor por mais de 120 (cento e vinte) dias. Esse assunto será mais bem tratado nos itens subseqüentes do presente estudo.

Em não havendo conversão o artigo 62 da Constituição Federal de 1988 impõe ao Congresso Nacional o dever de regular as relações nascidas sob a égide da medida provisória, na Itália a lei outorga ao Legislativo uma faculdade, ou seja, poderá “regulamentar com lei as relações surgidas com base no decreto”.

Outra diferença diz respeito ao momento da apresentação do instrumento normativo editado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo para efeito de conversão. Nos termos da Constituição italiana a medida adotada será apresentada no mesmo dia para apreciação, enquanto que a Constituição brasileira em sua redação original utilizava a expressão “devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. Porém, a redação atual do artigo 62, modificada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, continua fazendo uso da expressão retro, todavia, o § 6º estabelece o regime de urgência, ou seja, se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se finalize a votação, as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Em todos os casos, entretanto, o ato normativo, após a apresentação para apreciação manifestando-se rejeição (rejeição expressa) ou em não havendo apreciação (rejeição tácita<sup>23</sup>), perderá, o *decreti-legge* ou a medida provisória, eficácia desde a sua publicação. Contudo, o regime atual do instituto das medidas provisórias quanto a não apreciação parlamentar, prescreve situação curiosa, posto que a rejeição tácita definitiva só ocorrerá se o Poder Legislativo permanecer inerte durante 120 (cento e vinte) dias.

Por fim, há importante diferença no atinente ao órgão competente para a adoção da providência legislativa de urgência. No Brasil cumpre ao Presidente da República, Chefe de Estado e de Governo, editá-la. Na Itália, cumpre ao Governo, conforme assinala Clèmerson Merlin Clève, lembrando lição de Raul Machado Horta (1995):

---

<sup>23</sup> Caso o Congresso Nacional não aprecie a medida provisória em tempo hábil (60 dias), este ato normativo perderá sua eficácia no que se denomina de rejeição tácita.

A diferença que decorre da iniciativa marca a distância que separa o regime parlamentar do regime presidencial. Na Itália, os *provvedimenti provvisori* dependem de iniciativa do Governo, isto é, do conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, e a iniciativa atrai, desde logo, a responsabilidade do Governo, conforme dispõe a Constituição. No Brasil, a iniciativa das medidas provisórias pertence, isoladamente ao Presidente da República, juiz monocrático de sua relevância e urgência no exercício de competência privativa (Constituição da república, art 84, XXVI). A posição que ocupa o Presidente da república no regime presidencial aconselha que a análise e a aplicação das medidas provisórias reflitam as peculiaridades deste regime [...] (1999, p. 42).

## 5.2 Distinção entre decreto-lei e medida provisória

Previsto na Constituição de 1937 (art. 12, 13 e 74, alínea “b”), o decreto-lei consistia na atividade normativa eventual atribuída ao Poder Executivo. Contudo foi suprimido pela Constituição de 1946, juntamente com a delegação legislativa. Este poder normativo reaparece novamente na Constituição de 1967 (CF/1967, artigo 58), sob a denominação de decretos com força de lei, reforçando os poderes do Executivo. Esses decretos foram reformulados pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 que previa a possibilidade do Chefe do Executivo inovar a ordem jurídica através de decretos-leis, na forma do artigo 55, *in verbis*:

Art. 55 - O Presidente da República em casos de urgência ou de interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias;

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

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

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

Da leitura desse dispositivo e do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, bem como dos textos constitucionais nos quais estavam insertos, extraem-se algumas semelhanças e diferenças entre os institutos. Dentre as semelhanças, pode-se dizer que ambos os institutos fazem parte do processo legislativo (art. 49, inciso V, CF/1967 e art. 59, inciso V, CF/1988), são atos editados pelo Chefe do Poder Executivo com força de lei, devem ser apreciados pelo Congresso Nacional, as relações jurídicas oriundas serão reguladas por lei, em sentido estrito, ademais a medida provisória e o decreto-lei pressupõem uma causa urgente para sua edição e por fim a medida provisória e o decreto-lei produzem efeitos desde sua edição.

Através da modificação trazida pela Emenda Constitucional nº 32/2001, pode ser citada outra semelhança quanto à eficácia temporal entre os instrumentos normativos de urgência outorgados ao Executivo, ou seja, o prazo de 60 (sessenta) dias.

Já com relação às diferenças, podem ser apontados que os atos praticados durante a vigência do decreto-lei revogado são válidos e eficazes; já a não conversão da medida provisória em lei importa perda de efeitos desde o início, de sua edição (*ex tunc*), devendo o Congresso Nacional regular as relações dela resultantes. No caso de rejeição expressa do decreto-lei era facultado ao Parlamento regular as relações surgidas com base nele.

A omissão do Congresso Nacional não implica em aprovação da medida provisória, como no caso do decreto-lei, sendo indispensável a manifestação positiva deste que, além de se pronunciar sobre sua conveniência e oportunidade, ainda, em princípio, tem a prerrogativa de emendá-la, hipótese rejeitada, expressamente no sistema anterior. Pode inclusive o Congresso Nacional em se tratando de medida provisória, alterá-la e ou ainda aprová-la em parte, lembrando que o decreto-lei não podia ser nem mesmo alterado pelo Congresso Nacional.

Da análise isolada do instituto da medida provisória, a sua edição não se restringe a matérias específicas (analisando-se antes da Emenda Constitucional nº 32/2001), ao contrário do decreto-lei, cuja utilização era permitida, expressamente,

para regular questões de segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, com a condição que não houvesse aumento de despesas.

No que concerne aos requisitos materiais para edição, os decretos-leis podiam ser expedidos em casos urgentes "ou" relevantes, configurando pressupostos alternativos. A edição das medidas provisórias depende da verificação dos dois requisitos conforme se observa do uso da partícula "e", ou seja, de um requisito material de difícil configuração objetiva (relevância), e outro requisito temporal (urgência). A partícula "e" é copulativa.

Quanto à eficácia, percebe-se que tanto um quanto outro instituto possuem eficácia transitória, já que dependem de aprovação posterior do Congresso Nacional. As normas contrárias, nesses casos, em vez de revogadas, tal como se dá com a eficácia revogatória quando da edição de uma lei, têm sua eficácia paralisada. Contudo, ao editar-se um decreto-lei, tal eficácia transitória e não revogatória, passava a ser definitiva e revogatória, pela omissão do Congresso Nacional. Já em se tratando de medidas provisórias, o silêncio do Legislativo não importa senão, perda de eficácia da medida desde o início. Essa disciplina normativa do silêncio evidencia o papel positivo e indispensável do Congresso Nacional no sistema de produção normativa da Constituição Federal de 1988.

Quanto à competência para edição, viu-se que o decreto-lei foi utilizado apenas pelo Presidente da República, enquanto que a medida provisória, segundo parte da doutrina<sup>24</sup>, pode ser editada por quaisquer dos Chefes do Poder Executivo, assim poderia ser editada tanto pelo Prefeito Municipal quanto pelo Governador e é óbvio, pelo Presidente da República.

---

<sup>24</sup> Neste sentido a lição de Leon Frejda Szklarowsky, afirmando que é facultado ao Prefeito e ao Governador utilizar-se da medida provisória, em vista do princípio da simetria, "segundo o qual aplicam-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios as mesmas regras previstas na Constituição para a União, salvo expressa disposição em contrário". E continua advogando a aplicabilidade das Medidas Provisórias aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, porque a Constituição não proíbe. Ao contrário, pede-lhes que apliquem obrigatoriamente seus princípios, que não são exaustivos (1991, p.70-74).

Frise-se que existiam duas formas de aprovação definitiva do decreto-lei pelo Congresso Nacional: a tácita, pelo decurso do prazo e a expressa, e uma de rejeição: a expressa, enquanto só existe uma forma de aprovação da medida provisória: a expressa, e duas de rejeição: a tácita (decurso do prazo) e a expressa. Atente-se para o fato de que no atual regime da medida provisória, alterada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, a rejeição tácita pelo Congresso Nacional, permite uma única prorrogação de sua vigência pelo prazo de 60 (sessenta) dias. Se, porém, após esse novo prazo, igualmente o Poder Legislativo permanecer inerte, a rejeição tácita se tornará definitiva.

Entretanto, pode-se afirmar que a principal diferença entre esses dois institutos não reside nos textos constitucionais, mas, sobretudo no ambiente político-constitucional em que foram criados. A realidade política anterior a 1988 era bastante diferente. Havia uma imensa crise no constitucionalismo brasileiro.

Sobre esse assunto assinala com muita propriedade Clèmerson Merlin Clève:

Porém não se pode olvidar os contextos em que as duas espécies normativas estão inseridas. 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 para a prática do abuso. Tudo se passa de modo diferente com a medida provisória, incorporada a uma Constituição democrática, cujos princípios apontam para a excepcionalidade de 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 (1999, p. 40-41).

Insta salientar também lição do ilustre jurista Humberto Bergmann Ávila:

Claro está que a medida provisória tem regime jurídico distinto do anteriormente aplicável ao decreto-lei, não só porque as regras específicas são diferentes, mas, sobretudo, porque o sistema constitucional no qual estão inseridas é diverso, com opções valorativas próprias. A transposição da interpretação dada aos decretos-leis para as medidas provisórias é inviável. Ela esbarra na compreensão sistêmica e diacrônica da Constituição, adequadamente descrita segundo as suas normas – regras e princípios (da CF e não, da CF/67 ou da EC1/69) (1997, p.31).

Com o advento da nova Constituição e uma maior participação popular em sua elaboração, tentou-se estabelecer um instrumento normativo para ocasiões anômalas, inusitadas, imprevisíveis e emergenciais, que demandem solução legislativa imediata, não havendo tempo para esperar pelas formalidades normais do processo legislativo e nem mesmo a autorização prévia do Poder Legislativo<sup>25</sup> mas com o seu controle, bem como do Poder Judiciário.

---

<sup>25</sup> Lembrando que a competência exclusiva para legislar pertence ao Poder Legislativo, e no caso das medidas provisórias, o Chefe do Poder Executivo desenvolve competência diretamente atribuída pela Constituição.

## CAPÍTULO VI.

### 6 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Importante questão a ser tratada antes de se adentrar nas peculiaridades do regime jurídico das medidas provisórias, diz respeito à identificação da sua natureza jurídica. Há três correntes principais: alguns consideram a medida provisória como sendo lei, outros consideram que a medida provisória é um ato administrativo, e há ainda aqueles que defendem ser a medida provisória um ato político.

A determinação da natureza jurídica para Clélio Chiesa (1996) é imprescindível, visto que da conclusão que dela advier várias serão as conseqüências no que tange aos pressupostos para edição das medidas provisórias, a eficácia e as conseqüências da vigência temporária, em meio a outras características que diferenciam as medidas provisórias das demais espécies normativas.

Antes de adentrar mais profundamente no estudo da natureza jurídica da medida provisória insta salientar lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que em sua consagrada doutrina destaca as seguintes diferenças entre a medida provisória e a lei:

A primeira diferença entre uma e outras reside em que as medidas provisórias correspondem a uma forma excepcional de regular certos assuntos, ao passo que as leis são via normal de discipliná-los.

A segunda diferença está em que as medidas provisórias são, por definição, efêmeras, de vida curtíssima, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias, cuja duração máxima já está preestabelecida na Constituição: trinta dias<sup>26</sup>.

A terceira diferença consiste em que as medidas provisórias são precárias, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qualquer momento dentro do

---

<sup>26</sup> Ao afirmar que o prazo era de 30 (trinta) dias referia-se citado autor ao regime jurídico das medidas provisórias antes das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001.

prazo em que se deve apreciar-las, em contraste com a lei, cuja persistência só depende do próprio órgão que a emanou.

A quarta diferença resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não transformada em lei, perde sua eficácia desde o início; esta, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos *ex nunc*.

Finalmente, a quinta e importantíssima diferença procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos, especificamente os de 'relevância e urgência'; enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria não condição para que seja produzida; antes, passa a ser direito relevante tudo o que a lê houver estabelecido. Demais disso, inexistente o requisito de urgência (1998, p. 76-77).

Assim sendo, tais argumentos demonstram apenas que os regimes jurídicos assinalados pela Constituição para a medida provisória e para a lei de origem parlamentar guardam características próprias. Ainda mais porque não foi assinalada uma distinção substancial referente a inaptidão das medidas provisórias para disporem sobre determinadas matérias.

Inúmeras são as posições doutrinárias, onde Marco Aurélio Greco sustenta tratar-se a medida provisória de ato administrativo<sup>27</sup> dotado de força de lei:

[...] quanto à sua natureza, não difere de um decreto, igualmente um ato oriundo do Poder Executivo. A competência em que ele se apóia não é legislativa em sentido técnico. Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação de Poderes, confundiria suas funções e não explicaria o desfazimento integral da medida provisória caso não convertida em 30 dias. A isto se acrescenta que nos termos do art. 62, a medida provisória é convertida em lei. Logo, em si mesma, não é lei, pois não se converte o que já é. Note-se ademais, a título meramente ilustrativo, que as medidas provisórias 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 concedida (1991, p. 36).

Em posição bastante extremada está Saulo Ramos (1990), conforme ensina Clélio Chiesa (1996), visto que sustenta ser a medida provisória um mero projeto de

---

<sup>27</sup> Em nota de rodapé Clèmerson Merlin Clève traz ainda o entendimento de Rogério Bastos Arantes (1998), para quem "embora ela figure no art. 59 da Constituição como um dos mecanismos que compõem o processo legislativo, na verdade, ela é ato administrativo unilateral do Presidente da República. Tem força de lei, mas não é lei em sentido formal" e Hugo de Brito Machado "segundo o qual a medida é um 'ato administrativo; certamente é um ato administrativo normativo, mas é um ato administrativo, como o regulamento também é normativo, mas é um ato administrativo (1999, p.51).

lei com força de lei. Abaliza ainda que o constituinte investiu o Presidente da República de um poder de cautela legislativa, que se traduz em meio jurídico idôneo para impedir, de um lado, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do *periculum in mora* e, de outro, tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado.

Clélio Chiesa enfoca também esse assunto sob o prisma estritamente jurídico:

[...] vislumbra-se então, a fragilidade do ato normativo nominado medidas provisórias, pois o legislador constituinte não o dignificou com a mesma eficácia atribuída ao ato produzido pelo Poder que detém legitimidade para representar o povo (Congresso Nacional) (1996, p. 29).

Conclui afirmando que as medidas provisórias não são atos administrativos e, embora se aproximem mais das leis, com elas não se confundem, constituindo um instituto com regime-jurídico constitucional próprio, marcado pela eficácia imediata de lei e pela temporariedade.

Conveniente inclusive transcrever a posição adotada por Brasilino Pereira dos Santos:

Trata-se na realidade, de um ato mais de natureza política do que administrativa em sentido estrito, por ser expedido pelo Presidente da República no exercício de um poder legislativo provisório outorgado diretamente pela Constituição, para enfrentar situações excepcionais, imprevistas, anormais, não passíveis de solução pelos meios ordinários. Não é próprio do ato administrativo possuir força de lei. As autoridades habilitadas à expedição de ato administrativo são todas as que recebem poderes decorrentes da lei para tanto. O ato administrativo normalmente é regido pelas leis em geral, enquanto que o poder de editar medida provisória, como as demais funções de competência dos órgãos de cúpula dos três poderes é disciplinado diretamente pelo Poder Constituinte.

Embora não seja lei, possui a mesma força, apenas com a diferença de estar submetida a uma condição resolutiva. E assim o é porque se trata de um instrumento de governo, para enfrentar situações anômalas, excepcionais, que demandem solução legislativa imediata, não havendo tempo para esperar pelas formalidades normais do processo legislativo, embora dependentes de lei.

Trata-se, em verdade, de uma espécie de delegação legislativa, *lato sensu*, conferida diretamente pelo Poder Constituinte ao Poder Executivo (1994, p.313).

Outra posição curiosa e fora das três correntes principais, é a defendida por José Afonso da Silva, quando anota que a medida provisória segundo resulta da análise do artigo 62 da Constituição Federal de 1988 se identifica como projeto de lei:

Tem ela, no seu sistema constitucional, força de lei, conforme se encontra expresso no mesmo preceito, sendo sua eficácia imediata, mas possui a par disso, características que a identifica como projeto de lei, tanto é certo que o seu texto há de ser prontamente submetido ao Congresso nacional. E se não for convertida em lei, no prazo de sessenta dias, a partir de sua publicação, perde ela a sua eficácia, como declara o parágrafo 3º do mesmo art. 62. Ademais, por configurar-se, também, como projeto de lei, característica que inegavelmente possui, pode o seu texto ser emanado, nos limites da competência do congresso para fazê-lo. A medida provisória, assim, se configura um ato de natureza especial e, de uso excepcional, pela necessidade de pressupostos que a devem justificar, possui força de lei até a sua conversão em lei, posto que, então, a sua força passa a decorrer da natureza deste, ou até a sua rejeição, que aí, pela sua não conversão e lei no prazo de sessenta dias, ou péla expressa manifestação formal do Congresso Nacional em tal sentido (1997, p. 527).

Outros pretendem que a medida provisória, embora com força de lei, substancia ato de governo (ato político). Atente-se para o pensamento de Sérgio Andréa Ferreira (1993), conforme menciona Clèmerson Merlin Clève:

A medida provisória é aquilo que se pode chamar de um ato político, executivo, isto é, aquele que, não sendo nem jurisdicional, nem legal, é um ato vinculado à execução do Direito pelo Poder próprio, que é o Executivo. Não diria, como fazem alguns autores, que se trata de um ato administrativo em sentido estrito (espécie do ato executivo), porque ele é um ato político, no sentido de ato governamental de Direito Constitucional, de órgão do Poder Político, da Chefia do poder Executivo [...]. Subjetivamente é ato executivo, eis que seu autor (sujeito ativo) é o Chefe do Poder Executivo. Formalmente, isto é, enquanto fonte de efeitos jurídicos e, assim, do ponto de vista eficaz embora seja uma espécie individualizada a medida provisória tem segundo o artigo 62 da CF, 'força de lei'. Embora ato executivo, a ela se atribuída essa força jurídica. Não é lei, pois que, do contrário, não teria sentido conferir-lhe tal eficácia (1999, p.52).

Há ainda autores que sustentam ter a medida provisória natureza de lei. Tal posição é amparada por Eros Roberto Grau, para quem “as medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata” (1990, p. 241). Corroborar tal entendimento a posição de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1979), quando discorreu sobre os decretos-leis, todavia perfeitamente aplicável às medidas provisórias ao afirmar que o ato normativo de urgência sintetiza uma espécie de “lei sob condição resolutiva” (*apud* Santos, 1994, p. 315).

Preleciona no mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève (1999) apontando que a medida provisória integra o processo legislativo em face de disposição expressa da Constituição Federal. É uma das espécies normativas primárias elencadas no artigo 59 da Carta Magna de 1988. Todas as espécies elencadas no referido artigo são lei. Continua nobre jurista afirmando que algumas são leis, orgânica e formalmente. Outras assumem apenas uma ou duas dessas características. Mas todas são leis, muito somente a lei ordinária e a complementar são tidas como lei formal, ou melhor, “ato legislativo complexo”. A medida provisória não é lei no sentido orgânico-formal, mas é lei no sentido de que produz força de lei, tratando-se de ato legislativo dotado de aptidão para inovar originariamente a ordem jurídica, como igualmente são as leis delegadas e as demais espécies normativas previstas no artigo 59 da Lei Maior.

Para reforçar sua tese Clèmerson Merlin Clève cita passagem do livro de Jorge Miranda (1997):

A forma de lei carrega-se, em qualquer das suas variantes, de uma capacidade, virtualidade ou força peculiar de agir e reagir. E, ligada tanto ao sentido das opções político-constitucionais em razão das matérias quanto à distribuição das competências e dos actos, essa força de lei assenta, antes de mais, no lugar fixado à lei no sistema jurídico positivo estatal; assenta, como vem sendo mais usual dizer, na posição hierárquica só inferior à Constituição que aí ocupa.

[...]

Naturalmente, porém, a força de lei não se confunde com a obrigatoriedade da norma seu conteúdo: a obrigatoriedade da norma legislativa para os destinatários não implica, nem mais, nem menos do que a de qualquer outra norma jurídica (1999, p. 56).

Lição importantíssima traz Clèmerson Merlin Clève censurando as doutrinas contrárias a sua posição:

Aceitar a medida provisória como *negotiorum gestio* significa fugir do esquema jurídico proposto pelo Constituinte. Isso para não falar na impropriedade de conceitos próprios de um tronco da ciência do direito para explicar institutos de outro. Também não se pode admitir substanciem as medidas provisórias, como pretende ESPOSITO, meras providências de fato, embora com força de lei, determinadas pela urgência e necessidade. As medidas provisórias integram, afinal, o sistema de fontes formais do Direito (antes de fato, consistem em ato legislativo). Não constituem, por outro lado, mera iniciativa (projeto) de lei com força de lei – sim, porque a deflagração do processo legislativo traduz consequência da adoção da medida (não se identificando com ela mesma) – nem podem ser ato administrativo com força de lei. Os administrativos, mesmo os normativos (como os regulamentos), no Direito brasileiro, são atos subordinados, incidentes sobre o universo de execução da lei. Por esta razão não podem ter força de lei ou capacidade de inovar, originariamente, a ordem jurídica. Ora admitir que um ato originariamente possa produzir força de lei importa agredir os postulados nucleares do regime jurídico administrativo do Estado Democrático de Direito (1999, p. 53-54).

Após essa breve explanação sobre a natureza do instituto das medidas provisórias, convém analisar suas características, quais sejam, excepcionais, efêmeras, precárias e condicionadas.

A excepcionalidade é explicada pelo fato de não nascerem do Poder Legislativo, não caracterizando leis, posto que não derivam de uma representação popular, mas de um ato monocrático e unipessoal do Presidente da República. Emanando de um ato unilateral de vontade, configuram legítima exceção permitida pelo constituinte, que autoriza outro órgão, que não seja o Poder Legislativo, a emitir atos cogentes.

Possuem força de lei, assim, a excepcionalidade é justamente esta: não são leis embora tenham os atributos dela.

As medidas provisórias são também efêmeras, ou seja, passageiras, transitórias, nada obstante a prática inconstitucional do poder Executivo de reeditá-

las<sup>28</sup>, cujas providências de urgência se convertem em definitivas, por artifício de um ato monocrático.

Diz-se que as medidas provisórias caracterizam-se pela efemeridade, porque elas têm um prazo de vida curtíssimo. Isso porque duram no máximo 120 dias. Diferem substancialmente das leis, as quais, em geral, tem prazo indeterminado, ainda que por motivos diversos, possam deixar de vigorar.

Por óbvio que há dispositivos que possuem eficácia exaurida<sup>29</sup>, a exemplo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Mas isso não é o bastante para descaracterizar o caráter efêmero das medidas provisórias, que devem satisfazer o lapso temporal estabelecido na lei, para terem validade.

Como já afirmado, as medidas provisórias são também precárias, assim, podem ser infirmadas a qualquer momento pelo Congresso Nacional, ao serem apreciadas por ele dentro do prazo legal. Tanto é assim, que se não forem convertidas em lei perdem sua eficácia desde o início (*ex tunc*).

Ademais, as leis não engendram o atributo da precariedade, nem tampouco dependem de conversão. As leis ao serem editadas passam a existir, e, se revogadas, cessam os seus efeitos a partir de então (*ex nunc*). Devido a esse fato a medida provisória não é promulgada como a lei, é tão-somente expedida, adotada.

Por fim, a existência das medidas provisórias condiciona-se à satisfação de dois pressupostos simultâneos: a relevância e a urgência. Ambos incidem concomitantemente, e não alternativamente, insta salientar. Tais pressupostos serão analisados no item subsequente.

Conclui-se que o posicionamento que melhor explica a natureza jurídica da medida provisória é aquele defendido por Clélio Chiesa, que defende que este

---

<sup>28</sup> Até a emenda Constitucional nº 32/2001 o uso das medidas provisórias foi indiscriminado havendo casos de medidas provisórias que foram reeditadas durante vários anos, bastando para tanto pequenas modificações no texto. Ex: Inserir ou retirar um vírgula.

<sup>29</sup> Normas de eficácia exaurida são aquelas, como o próprio nome diz, que já extinguiram a produção de seus efeitos. Por isso, estão esgotadas, dissipadas ou desvanecidas, condicionando, assim, sua aplicabilidade.

instituto possui regime jurídico-constitucional próprio, visto que, “o que é provisório não pode permanecer; o que é efêmero, não perdura no tempo; o que tem força de lei jamais poderá ser lei” (1996, p.31).

O Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup> firmou entendimento no mesmo sentido “as medidas provisórias perfazem no Direito pátrio uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Executivo, com força, eficácia e poder de lei” (*apud*, Chiesa, 1996, p. 30).

Contudo, diante de todo o exposto no presente estudo, vê-se que na realidade, a medida provisória é um ato de natureza política, primeiro porque é expedida pelo Presidente da República no exercício de um poder legislativo provisório outorgado pelo Poder Legislativo, para enfrentar situações excepcionais, segundo porque foi utilizada para atender a interesses outros que não os da sociedade, ou seja, sempre foram cometidos abusos no uso dessa atribuição excepcional.

---

<sup>30</sup> Trecho extraído do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADIn 293-7-600/DF.

## CAPÍTULO VII.

### **7 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE EXISTÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA**

A edição de medidas provisórias condiciona-se, por imposição constitucional, a pressupostos positivados pelo constituinte, cuja inobservância deslegitima a condição de validade do ato unilateral do Presidente da República.

Estes pressupostos para edição funcionam, portanto, quer como fontes legitimadoras da atuação normativa excepcional do Presidente da República, quer como mecanismos deflagradores de sua competência legislativa extraordinária.

Nestes termos, procura-se descrever o regime jurídico da medida provisória pela análise dos pressupostos procedimentais (formais) e de conteúdo (materiais), estabelecidos pelo sistema constitucional para a existência desse ato normativo.

São pressupostos da medida provisória: edição pelo Presidente da República, submissão imediata ao Congresso Nacional (formais), e ainda a relevância e urgência, além das matérias que podem ser por ela regulamentadas (tema que será visto no capítulo seguinte) (todos estes pressupostos materiais).

#### **7.1 Pressupostos Formais**

##### **7.1.1 Edição pelo Presidente da República**

De acordo com o artigo 62 da Constituição Federal, a medida provisória deve ser editada pelo Presidente da República, ou seja, quaisquer outros sujeitos não possuem tal competência excepcional conferida pela Lei Maior.

Referido artigo utiliza o termo Chefe do Poder Executivo, alguns autores predicam que, considerando o sistema federativo adotado, não há razão para suprimir essa competência dos Chefes do Poder Executivo, nas esferas estadual e municipal, Inexistente vedação constitucional, os Estados-Membros e Municípios poderão adota-las, desde que suas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas do Município a contemplem.

Aliás, sobre esse assunto afirma Clèmerson Merlin Clève, “em um caso, expressamente, autoriza sua utilização: art. 167, § 3º” (1999, p.153). Nesse sentido é a lição de Andréa Ferreira (1993):

Questão relevante é saber-se se, em nível local, há possibilidade de *medida provisória*. Temos que, previsto na Constituição Estadual, na Lei Orgânica Municipal, isso é possível, porque, também em nível local, há casos de relevância e urgência a exigirem seu exercício, pelo Executivo, das suas atribuições, ‘com força de lei’ (*apud*, Ávila, 1997, p. 77).

#### 7.1.2 Submissão imediata ao Congresso Nacional

Outro pressuposto formal previsto pela norma constitucional que atribui fundamento de validade a medida provisória e impõe o dever de ser observado uma vez editada, é a submissão imediata ao Congresso Nacional, mesmo que esteja em recesso, tendo em vista que será convocado, extraordinariamente, para se reunir em cinco dias. Tem ainda a prerrogativa política de apreciar a medida provisória em até quarenta e cinco dias, caso em que se não apreciada, entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas as demais deliberações legislativas de cada uma das casas do Congresso Nacional em que estiver tramitando, até que se ultime a votação.

Nota-se, portanto, que a participação do Congresso Nacional na edição das medidas de urgência é indispensável, não só em razão do prescrito no artigo 62 da Constituição Federal, mas em decorrência do princípio democrático<sup>31</sup>.

Humberto Bergmann Ávila (1997) explica que uma vez editada a medida provisória, cabe ao Poder Executivo enviá-la para apreciação do Congresso Nacional, por consequência a edição põe fim à participação do Poder Executivo na elaboração da medida provisória, submetida de imediato ao Congresso Nacional.

E acrescenta que a participação do parlamento tem a nítida finalidade de restringir abusos do Poder Executivo no uso dessa atribuição excepcional, ademais sem sua participação a medida provisória perde seus efeitos.

## 7.2 Pressupostos Materiais

A Constituição contempla ainda no seu artigo 62, a urgência e relevância, como pressupostos de emanção válida da medida provisória, frisando-se que devem existir concomitantemente. Marco Aurélio Greco traz lição interessante quanto a esses pressupostos:

---

<sup>31</sup> Sobre a importância da participação do Congresso Nacional na edição das medidas provisórias Humberto Bergmann Ávila (1997) preleciona: “O princípio democrático (CF: art. 1º, parágrafo único), em se tratando de produção normativa, merece particular relevo. Ao acentuar a participação dos cidadãos nas decisões políticas, a CF estabelece o procedimento legislativo como meio capaz de incorporar essa dimensão pluralista e participativa (CF: preâmbulo, art. 1º, V), exteriorizada pela pluralidade de interesses e partidos políticos que compõem esses conjuntos de atos. Por isso, conexo ao princípio democrático, está o *princípio da legalidade*. A lei, em determinados casos (art. 5º II e XXXIV, art. 150, I), é o único instrumento apto a inovar o ordenamento jurídico. Adquire, nesse sentido, generalidade estrutural, especialmente se restritiva de direitos individuais (CF: art. 5º, II), dada a vinculação dessa normatividade duradoura e geral ao conceito de lei do Estado de Direito (CF: art. 1º) e à tripartição dos poderes (CF: art. 2º). (...). A produção de normas, especialmente pelo Poder Executivo, deve obedecer ao princípio democrático. A edição de medidas provisórias não envolve nem participação, nem representatividade popular anteriores à eficácia do ato, e diretamente relacionada ao seu conteúdo. A participação do Congresso Nacional, por meio da lei de conversão, estabelecida pela CF para atribuir estabilidade aos efeitos transitórios da medida provisória assume especial relevância para a preservação do princípio democrático. Vê-se que a medida provisória (e sua eficácia imediata), não pode regular situações sobre as quais a CF exige, pelo princípio da legalidade (CF: art. 5º XXXIX e art. 150, I), a *participação e representatividade* democráticas do Congresso Nacional, anteriores à eficácia do ato “(p. 52-53).

Tratando-se de pressupostos indicados na CF, a meu ver isto implica em as condições que autorizam a edição da medida provisória só estarem completas quando se configurar uma situação de fato, concreta, aferível, real que implique risco de grave dano ou grave prejuízo a determinados valores básicos que somente a edição imediata de novas normas legais pode solucionar (1991, p. 22).

Nobre jurista ensina ainda com grande razão que surge imediatamente uma dúvida quanto, a saber, quais seriam os valores básicos que autorizam a edição imediata de normas legais para serem adequadamente protegidos. Nesse sentido, Greco considera que:

Duas são as alternativas. Ou se entende que tais valores devem ser consagrados na Constituição, expressa ou implicitamente, como liberdade, propriedade, vida, segurança etc. (e outros mais específicos que são pela CF protegidos), ou que também seriam suficientes para ensejar a edição de medida provisória, valores de caráter transitório, ou como se poderia denominar prioridades ou objetivos imediatos do Governo, definidos à luz de sua concepção ou do seu programa de ação (1991, p. 22-23).

Continua asseverando que a seu ver somente a experiência concreta, a vida fática, bem como a jurisprudência irão definir o conceito a ser utilizado, isto porque a opção por uma das alternativas acima elencadas permite avaliação subjetiva.

Assim, verifica-se que esses termos participam de uma zona de penumbra, ou seja, não possuem base semântica sólida que propicie a explicação do exato sentido deles. Por esse motivo além de encontrar-se larga discussão sobre sua definição, esta costuma ser vaga, imprecisa, envolvendo juízo de valor. Celso Antônio Bandeira de Mello sublinha solução singular sobre os conceitos jurídicos indeterminados dos pressupostos materiais:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de inteligência dos conceitos imprecisos [...] seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o *caso concreto*, ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. *Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não.* Em inúmeras situações, mais de uma inteligência seria razoavelmente

admissível, não se podendo afirmar, com vezes de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto (1998, p. 75-76).

Atente-se ainda que se encontra dificuldade no que concerne a eleger quem tem a palavra final sobre a existência ou não dos pressupostos de relevância e urgência em cada caso. Nesse sentido Alexandre Mariotti predica:

Na vigência das Constituições de 1967 e 1969, conforme visto, o Supremo Tribunal Federal considerou que o Presidente da República exercia juízo discricionário sobre a presença dos pressupostos constitucionais do decreto-lei, juízo este que se sujeitava apenas ao controle político do Congresso Nacional, não se cogitando de controle jurisdicional.

No que respeita às medidas provisórias, entretanto, o Tribunal afastou-se declaradamente dessa jurisprudência, em julgamento no qual 'admitiu que os pressupostos de relevância e urgência não eram de todo imunes ao controle jurisdicional', que fica limitado, contudo, 'à verificação, em cada caso, da existência de abuso manifesto'. Assim, embora tenha mantido para a edição de medida provisória o entendimento firmado a propósito do decreto-lei de que a verificação dos pressupostos autorizadores é matéria de juízo político discricionário, o Supremo Tribunal Federal teria acrescentado que o abuso dessa discricionariedade é passível de apreciação judicial (1999, p. 72).

Por fim, resta assinalar outra questão que tem despertado grande controvérsia, qual seja, a possibilidade do controle jurisdicional dos pressupostos de edição das medidas provisórias. Isso ocorre, conforme anota Alexandre Mariotti (1997), pois os pressupostos da relevância e urgência caracterizam-se como conceitos jurídicos indeterminados, e não como balizas de um poder discricionário do Presidente da República, estando aberta aos Tribunais, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de perquirir a sua ocorrência no caso concreto e se pronunciar categoricamente pela sua inexistência ou existência.

Assinala com muita propriedade referido autor:

o Supremo Tribunal Federal deve ter cautela para não assumir o papel de última instância da decisão política, impondo os *seus* critérios de relevância e urgência àqueles dos Poderes Executivo e Legislativo. Trata-se de uma

tarefa indubitavelmente complexa, esta de indicar a constitucionalidade da edição de medidas provisórias (MARIOTTI, 1997, p. 72-73).

Nada justifica, entretanto, que se caracterize como puramente político – isto é, insuscetível de controle jurisdicional – o juízo de existência dos pressupostos constitucionais autorizadores da emissão de medidas provisórias. Se fosse para conferir um poder incondicionado, a Constituição não teria feito referência a pressupostos, ainda mais de forma cumulativa: relevância e urgência. E ainda que esses pressupostos tenham sido expressos através de termos de significado vago e impreciso, é função indelegável do Supremo Tribunal Federal – encarregado precipuamente da guarda da Constituição (art. 102) – dar a palavra final sobre a sua interpretação. A cada vez que o fizer “tornará menos vago e impreciso o significado dos conceitos em referências e sinalizará aos poderes políticos a real dimensão da cláusula” (CLÈVE, 1999, p. 76-77).

Em sentido análogo pondera Humberto Bergmann Ávila:

O controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência tem sido admitido pelo STF. A decisão parece adotar os limites à descrição administrativa nos casos de erro manifesto de apreciação dos fatos ou do direito, como tem sido feito pela doutrina francesa. A jurisprudência do STF, relativamente ao controle da relevância e da urgência na edição de decretos-leis, posicionou-se pela discricionariedade do Poder Executivo, quanto a esses conceitos. No caso das medidas provisórias, o STF afastou-se, parcialmente, desses precedentes, admitindo que os pressupostos de relevância e urgência não eram de todo imunes ao controle jurisdicional, esse, circunscrito à verificação de abuso, embora ressalvada a apreciação discricionária que integra a prática do ato de sua edição (1997, p. 84-85).

Faz-se importante também mencionar o ensinamento de José Afonso da Silva sobre referido tema:

Os pressupostos da relevância e urgência já existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; 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 aprecia-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 (2003, p. 529-530).

### 7.2.1 Relevância

Ao iniciar o estudo do pressuposto da relevância cumpre frisar conveniente lição de Clèmerson Merlin Clève:

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, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade (1999, p. 69-70).

Traz ainda renomado autor a doutrina de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1998) no sentido de que a relevância envolve apenas a situação social sobre a qual incidirá a medida, senão vejamos:

Pressupõe-se, então, que a relevância prevista constitucionalmente concerne a circunstância social a tornar exercitável a competência descrita no artigo 62, da Lei Magna. Esta circunstância tem que ser (somente pode ser) objetivamente demonstrativa de uma necessidade social de importância insuperável por outra medida que não aquela de natureza normativa (com força de lei) adotada, provisoriamente, pelo Presidente da República (*apud* Clève, 1999, p. 70).

Humberto Bergmann Ávila define o pressuposto da relevância da seguinte forma:

A situação que serve de base à atuação estatal deve envolver gravidade, não estando dentro dos riscos normais e suportáveis pela vida em sociedade. Nesse quadro se expressa sua relevância.

Não é qualquer relevância, mas uma proeminência para os interesses públicos de caráter imediato, evidentemente analisados, segundo os princípios constitucionais que direcionam a atividade estatal. E nem mesmo o suposto caráter governamental ou político das medidas provisórias suprime o pressuposto da relevância, dado que, também nessa espécie de atos, o Poder Executivo, ainda, e como sempre, deve agir, segundo os princípios constitucionais que tanto condicionam quanto limitam a atividade do Poder Executivo. O princípio democrático e o de separação dos poderes impõem certos fins, dada sua importância constitucional como normas de organização. Qualquer que seja o sentido atribuído ao requisito substancial da relevância, ainda que de difícil delimitação no plano do direito constitucional, deve ele adequar-se aos princípios constitucionais que direcionam a atividade do Estado, especialmente os relativos à competência excepcional do Poder Executivo, para editar medidas provisórias (1997, p. 81-82).

No contexto apresentado neste tópico observa-se que as medidas provisórias só podem ser editadas diante de situações graves, de notória importância, perante interesses invulgarmente importantes. Só se justificam em casos excepcionais, efêmeros, precários, muito graves, que demandem providência imediata sem a qual o interesse social legítimo pode perecer. Não é todo e qualquer assunto que autoriza a expedição delas.

Foram criadas, ou ainda, aprimoradas para suprir ou amenizar – momentaneamente – situações de enorme risco e gravidade evidente e reconhecida.

Dessa forma, da leitura do artigo supracitado, extrai-se que relevante é aquilo que se propõe como essencial, fundamental, importante, em dada circunstância, em certo momento que exige um cuidado normativo diferenciado, excepcional.

Contudo não é suficiente para o cabimento das medidas provisórias apenas a presença do pressuposto da relevância, portanto preconiza o artigo 62, o segundo requisito para que sejam admitidas: urgência.

### 7.2.2 Urgência

Urgente é algo irremediável. Assim, o interesse motivador para adoção das medidas provisórias é aquele que não pode ficar para depois, ou seja, não pode aguardar o transcurso do tempo, ou então a disciplina normativa a ser lançada no

mundo jurídico perde-se pela inércia ou inação, prejudicando direitos, prerrogativas, além de obstaculizar deveres e encargos.

Na lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1998) “a urgência alia a questão de data (momento) à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência” (*apud*. Clève, 1999, p. 71).

Clèmerson Merlin Clève sobre o pressuposto da urgência assinala com muita prudência:

Relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Com urgência, está-se indicando perigo de dano, a probabilidade de manifestar-se evento danoso; enfim, a situação de periculosidade exigente de *ordinanza extra ordinem*. [...] Uma ação é urgente quando inadiável para alcançar determinado fim (1999, p. 71-72).

Interessante ainda frisar a doutrina de Marco Aurélio Greco ao tratar do presente assunto:

[...] não existe urgência se a eficácia da disposição só puder se materializar após um lapso temporal suficientemente amplo que permitiria a tramitação normal do processo legislativo, em algumas formas disciplinadas pela Constituição (1991, p. 24).

A finalidade das medidas provisórias é sanar, prever males irremediáveis que estejam na dependência de providências imediatas, caso contrário ocorrerão danos insuportáveis, cujos efeitos serão desastrosos.

Com propriedade teoriza Humberto Bergmann Ávila:

A urgência indica as hipóteses em que o Estado é confrontado com situações extraordinárias, e em que a utilização dos instrumentos ordinários de atuação implica prejuízo, pelo retardamento. A urgência aparece como motivo determinante do dever de ação imediata do Poder Executivo que precisa reduzir, ao máximo, o tempo entre o ato executivo e a sua entrada

em vigor. A situação impõe atuação urgente do Poder Executivo que não encontra, nos instrumentos ordinários de atuação, meios de evitar danos pelo retardamento. (1997, p. 82-83).

Portanto cobra-se o pressuposto da urgência no sentido de algo imprescindível, palpitante para a resolução de um problema concreto, *ipso facto*, de difícil reparação.

Sua inserção no dispositivo serve para apressar a regulamentação de matérias que urgem ser prescritas de imediato, sob pena de inviabilizarem ou causarem danos irreparáveis à sociedade.

Cumprindo ainda, frisar importantíssimo ensinamento a respeito da apreciação do pressuposto da urgência fixado por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, senão vejamos:

A questão da urgência, em regra, fica a cargo da decisão do Poder Executivo, deixando o Supremo Tribunal Federal de apreciar a matéria. No entanto, em caso de evidente inexistência da alegada urgência, o Pretório Excelso adentra em sua análise e reconhece a inconstitucionalidade da utilização da medida provisória, em face da carência da urgência. Assim, a regra é a não apreciação pelo Supremo da urgência, mas, em casos flagrantemente não urgentes, há prestação jurisdicional para reconhecer a inconstitucionalidade da espécie em comento (2002, p. 310).

Finalizando, presentes a urgência bem como a relevância, “o Poder Executivo tem o dever, e não a faculdade, de agir”, conforme valiosa lição de Humberto Bergmann Ávila (1997, p. 84).

## CAPÍTULO VIII.

### **8 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001, NO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Visando disciplinar a edição das medidas provisórias, limitando o seu conteúdo e fixando regras para sua tramitação, reedição e vigência, o Senador Espiridião Amim apresentou, em 1995, ao Senado Federal, o Projeto de Emenda Constitucional – PEC n.º 01/95, que recebeu o n.º 472 na Câmara dos Deputados, em 1997.

A necessidade da emenda era inegável, isto porque desde a criação da delegação extraordinária feita pelo Poder Legislativo ao Executivo, era utilizada de forma arbitrária, servindo muitas vezes para garantia de interesses políticos ou ainda particulares, o que contraria frontalmente a finalidade de tal providência, de ordem pública. Importante frisar que sua principal finalidade foi diminuir a excessiva discricionariedade do Presidente da República na edição de medidas provisórias.

Após seis anos de tramitação no Congresso Nacional o projeto obteve aprovação pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e insurgiu dessa forma em nosso ordenamento jurídico com ponderáveis diferenciações em relação ao disciplinamento anterior da matéria prescrita pelo Constituinte originário, o que, em tese, trouxe maior estabilidade jurídica ao Estado, ao menos, até que o Executivo encontre saídas suficientes para usar tal instituto ao arrepio da Constituição Federal e seus princípios fundamentais, como vinha fazendo até então.

O projeto de emenda constitucional, foi aprovado em 11 de setembro de 2001, trazendo substanciais alterações para a medida provisória, espécie normativa da competência do Chefe do Executivo, com o acréscimo de 12 parágrafos à redação original do art. 62 da Constituição Federal de 1988.

Zélio Maia sobre as modificações inseridas pela emenda constitucional predica:

Ao analisar a emenda verifica-se que parte da jurisprudência do STF sobre o tema perdeu validade e, especificamente sobre os limites materiais impostos à medida provisória, foi atendida velha reivindicação da doutrina que exigia clareza do texto constitucional quanto às matérias sobre as quais poderia a medida provisória ser utilizada, ficando hoje claro, pelo § 1º, do art. 62, da CF, quais as matérias que não pode a medida provisória imiscuir-se, o que, a contrário *sensu*, definiu quais aquelas que a medidas provisória estará autorizada a tratar (Disponível em <<http://www.vemconcueros.com.br>>. Acesso em 01 jan 2003).

Atente-se para o fato de que os pressupostos de edição das medidas provisórias, quais sejam a relevância e a urgência, não foram modificados, mantendo-se como eram na redação original.

Sensível modificação foi trazida quanto ao prazo, visto que a partir da já referida emenda, uma medida provisória após ser editada passa a ter vigência por 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 60 (sessenta), se ainda não houver sido aprovada em ambas as Casas do Congresso Nacional ao término dos sessenta dias iniciais. Fato este que visa impedir o exagero na reedição desse tipo de normatização, expedida excepcionalmente pelo Chefe do Executivo, ressalte-se contudo, que a vedação quanto à reedição diz respeito apenas à mesma sessão legislativa. Inteligência do § 7º do artigo 62, da Constituição Federal.

Cumprе ressaltar ainda quanto ao prazo de vigência da medida provisória um fato curioso, tendo em vista que este será interrompido durante os períodos de recesso das Casas Parlamentares. Assim, a medida provisória poderá excepcionalmente exceder o prazo constitucional de 60 (sessenta) dias, em sendo editada antes do recesso parlamentar. Exemplificando, uma medida provisória publicada em 15 de dezembro somente perderá sua vigência em 15 de fevereiro do ano seguinte, permanecendo, portanto, em vigor por mais de 120 (cento e vinte) dias, devido a existência do recesso parlamentar de final de ano.

Após essa breve explanação verifica-se que o objetivo da emenda constitucional foi trazer segurança jurídica à sociedade brasileira, que durante vários anos viu-se de mãos atadas perante o reiterado uso, por parte do Presidente da República, das medidas provisórias, que, ultimamente, serviam como instrumento eficaz para regulamentar quaisquer matérias, desde a processual penal até a que tratava do cinema brasileiro, passando pelo direito trabalhista entre outros ramos do direito.

### **8.1 Limitação Material**

A Emenda Constitucional nº 32 acrescentou o § 1º ao artigo 62 da Constituição Federal, prescrevendo expressamente algumas limitações ao campo material de edição das medidas provisórias. Isto ocorreu porque o legislador originário de 1988 não fazia qualquer menção quanto às matérias que poderiam ser regulamentadas por medidas provisórias. Tratou apenas dos pressupostos capazes de darem causa à expedição de um ato emergencial pelo Poder Executivo e com força de lei, ou seja, urgência e relevância, logo não se cogitava de limitação material para este instituto.

Faz-se importante transcrever o § 1º, seus incisos e o § 2º do artigo 62 para que melhor possam ser entendidas as vedações por ele impostas:

Art. 62. [...];

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

I - relativa a:

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

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

III - reservada a lei complementar;

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

§ 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.

Entre as matérias que passaram a ser vedadas estão, as relativas a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvando o previsto no artigo 167, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, será possível a abertura de crédito extraordinário somente para atender as despesas imprevisíveis e urgentes: “como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”.

As matérias previstas no artigo 62, § 1º, inciso I, alíneas “a”, “c”, e “d”, da Constituição Federal, sofreram limitação por uma questão de lógica legislativa, ou seja, salvaguarda o poder inerente ao Legislativo, pois, as mesmas vedações previstas à lei delegada se estendem à medida provisória. Sobre esse assunto afirma Alexandre de Moraes (2003) que o legislador reformador manteve a linha lógica e coerente do artigo 68 da Constituição Federal, posto que estabeleceu as mesmas vedações materiais à edição das medidas provisórias já existentes em relação às leis delegadas.

Também estão proibidas por força de referido artigo, matérias que tratem de direito penal<sup>32</sup>, processual penal e processual civil, artigo 62, § 1º, alínea “b”. Quanto

---

<sup>32</sup> Alexandre de Moraes em sua obra traz importante lição de Celso de Mello Filho (1990) “a privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas na podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa (2003, p. 562).

Além disso, Clèmerson Merlin Clève (1999) afirma que não havia dúvida de que matéria penal se encontrava alheia ao campo de atuação das medidas provisórias, especialmente, no que se referia à instituição de ilícitos, redefinição ou majoração das penas, pois a probabilidade de condenação por crime definido em medida provisória implicaria eventual manifestação de efeito irreversível, logo seria

à vedação em matéria penal, justifica-se, pois a criação de tipos penais por instrumento que tenha apenas força de lei choca-se frontalmente com a Constituição Federal, com o Código Penal e com o princípio da legalidade, até porque um instrumento com caráter provisório não seria cabível a título de punição criminal, tendo-se em vista que a sanção ficaria condicionada à possível conversão em lei.

Walter Claudius Rothenbur (1993) assim ensina:

A verdadeira impossibilidade de se instituir crime/pena via medida provisória prende-se ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º XXXIX), ao sistema jurídico criminal, por isso que evoca a 'esdrúxula figura do crime condicional' (Manoel Pedro Pimentel): um crime que nasceria com a medida provisória mas correria risco de – ante uma rejeição da medida pelo Congresso, que, ao regular (no caso, não convalidar) os efeitos jurídicos dela decorrentes, toma as condutas previstas e praticadas como não delituosas – desaparecer como se nunca tivesse existido (*apud* Tavares, 2003, p. 941-942).

Atente-se ainda para a lição de Alexandre de Moraes (2003) ao afirmar que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXIX, exige lei formal para a previsão de existência de crimes e penas. Assinala ainda que em um Estado Democrático de Direito nunca vai haver a possibilidade de conciliação do *status libertatis* do cidadão e o princípio da segurança jurídica com a criação de crimes e sanções penais de forma discricionária e por uma única pessoa, no caso o Presidente da República, através de uma espécie normativa precária e efêmera.

Predica com enorme razão que a Emenda Constitucional nº 32/01 consagrou a absoluta vedação à edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal e processual penal em defesa dos direitos fundamentais: “A vedação constitucional em matéria de direito penal é absoluta, não se permitindo, tampouco, a edição de medidas provisórias sobre matéria penal benéfica” (MORAES, 2003, p. 563).

Igualmente André Ramos Tavares aponta que:

além da gravidade de criar uma norma limitadora da liberdade individual com caráter temporário, é certo que as condutas sociais que merecem criminalização originam-se de um longo e lento reconhecimento de sua perniciosidade para o coletivo. Ao contrário, a medida provisória surge apenas quando houver relevância e urgência do tema (2003, p. 941).

Quanto à matéria processual civil e processual penal, há total incompatibilidade destas com o caráter de urgência e provisoriedade da medida provisória, tendo em vista que estariam condicionadas à conversão em lei para que tivessem efetiva aplicabilidade.

A proibição quanto à matéria que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro (artigo 62, § 1º, inciso II), por meio de medida provisória surgiu em respeito ao princípio da segurança jurídica, para evitar a repetição de absurdos planos econômicos, como ocorreu no Governo Collor, quando houve congelamento de todos os valores contidos nas cadernetas de poupança existentes à época. Ainda sobre este assunto André Ramos Tavares abaliza: “A História brasileira torna clara a preocupação do constituinte reformador, visando a assegurar o cidadão contra a insegurança jurídica em torno de seu patrimônio” (2003, p.942).

Estabeleceu ainda proibição quanto à matéria reservada a lei complementar<sup>33</sup> (artigo 62, § 1º, inciso III) e a já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (artigo 62, § 1º, inciso IV), pendente de sanção ou veto do Presidente da República. Quanto a primeira proibição significa dizer que a expressão com força de lei presente no caput do artigo 62 da Constituição Federal exclui a força de lei complementar, ou seja, a medida provisória tem força temporária de lei ordinária, mas jamais terá força temporária de lei complementar, “o art. 62 prevê a

---

<sup>33</sup> Com relação a matéria reservada a lei complementar a limitação ocorreu inclusive por incorrer em reserva de lei em sentido estrito à exclusiva disposição do Congresso Nacional. Alexandre de Moraes menciona ainda a posição de Marcelo Figueiredo e Leon Frejda Szklarowsky no tocante à edição de medida provisória em matéria reservada à lei complementar: “afirmam a impossibilidade desta hipótese, uma vez que o legislador constituinte originário expressamente estabeleceu uma reserva de competência à edição de lei complementar, a ser deliberada por maioria absoluta dos membros de ambas as Casas Legislativas incompatível, pois, com a unipessoalidade na edição das medidas provisórias” (2003, p. 565).

conversão da medida provisória em lei e não em lei complementar” (Greco, 1991, *apud* Moraes, 2003, p. 566).

Quanto à segunda “trata de impedir a edição de medida provisória sobre matéria relativa à qual o Chefe do Executivo já detém o poder de sancionar lei aprovada pelo Congresso e dependente apenas de sua manifestação” (TAVARES, 2003, p. 943).

Em matéria tributária também não havia vedação específica, assim, tudo era possível. No entanto com a inserção do § 2º ao artigo 62, desenha-se um novo ambiente, visto que se permite a edição de medidas provisórias para instituírem ou majorarem impostos, exceto os previstos nos artigos 153, incisos I a V, e artigo 154, inciso II, da Constituição Federal, contudo tais modificações, só passarão a produzir efeitos no exercício financeiro seguinte e ainda se a medida provisória houver sido convertida em lei até o último dia daquele exercício em que foi editada, isto é faz-se respeitar o princípio da anterioridade.

Vê-se, portanto, conforme ensinamento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, que em virtude do princípio da anterioridade a medida provisória que tenha instituído ou majorado imposto tem o seu marco inicial na aprovação da lei e não da edição da medida provisória (2002, p. 312). E continuam predicando:

Seguindo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – com a qual não concordamos –, a Emenda Constitucional n. 32 parte da idéia de que é possível criar tributos, assim como majorá-los por medida provisória e, mais, valendo a edição da medida provisória para todos os casos, salvo os impostos submetidos ao princípio da anterioridade, mencionados no § 2º do referido artigo (2002, p. 312).

Lição interessante possui Alexandre de Moraes:

Por igual, na órbita tributária, a norma constitucional exige a anterioridade da lei. E medida provisória não é lei, mas espécie normativa excepcional, transitoriamente investida de ‘força de lei’. Como salientado por Marcelo

Figueiredo, a imediatidade das medidas provisórias é incompatível com as normas tributárias, que não podem conter disposições que levem a situações irreversíveis (2003, p. 563).

Conveniente ainda registrar o entendimento de Leon Frejda Szklarowsky (2001) que acerca de referido tema da Emenda Constitucional nº 32 comentou:

Eis aqui uma incongruência inaceitável. Se é urgente e há relevância, não se concebe que a instituição ou a majoração somente valha para o exercício seguinte. Conclui-se que os pressupostos necessários não existem. Logo, é inconcebível a expedição de medida provisória para regular aquelas hipóteses, visto que não se pode dizer que haja urgência ou seja relevante a matéria. Na verdade, há uma contradição gritante entre o *caput* do artigo 62 e o § 2º. Sem dúvida, pecou o legislador, já que não se vislumbram os pressupostos de admissibilidade (2001, p. 57/59).

Deve-se atentar para uma curiosidade, visto que a Emenda Constitucional nº 32, embora tenha sido editada para limitar explicitamente o campo de atuação da medida provisória, trouxe também um termo final para a proibição estabelecida as Emendas Constitucionais nºs 6 e 7 que incluíram o artigo 246, na Constituição Federal. Por esse artigo vedava-se expressamente, a adoção de medidas provisórias na regulamentação de artigo da Carta Magna, cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1995.

O artigo 246, da Constituição Federal, introduzido pela aludida Emenda determina:

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

Assim, a Emenda Constitucional nº 32 passou a estabelecer vedação a toda e qualquer inovação introduzida no sistema jurídico-constitucional pátrio realizada mediante emendas constitucionais promulgadas somente entre 1º de janeiro de 1995

até a data de sua promulgação, ou melhor, 11 de setembro de 2001. Dessa forma, a partir de tal data voltou a ser possível a regulamentação adotando-se as medidas provisórias de matéria constante de emenda constitucional promulgada após 11 de setembro de 2001. No mesmo sentido:

Portanto, a partir dessa data, o Presidente da República poderá retornar à utilização de medidas provisórias, nas hipóteses de relevância e urgência, para regulamentar artigo da Constituição alterado por emenda constitucional promulgada após 11 de setembro de 2001 (MORAES, 2003, p. 561).

Ainda sobre o artigo 246 da Constituição Federal com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, vedou-se a utilização de matérias relativas a competência exclusiva do Congresso Nacional e suas casas, isso porque tais competências por serem exclusivas logicamente são indelegáveis, não podendo ser repassada ou transferida.

Clèmerson Merlin Clève abaliza ainda várias outras matérias que são "insuscetíveis de disciplina por meio de MP baixada pelo Presidente da República (i) matérias que não reclamam tratamento legislativo", pois o legislador não pode sozinho propor projeto de lei reclamando pela modificação de determinada matéria, mas sim através de pelo menos um inclusive terço da Câmara ou do Senado Federal, ou de metade das Assembléias Legislativas das unidades federadas, "(ii) as que se satisfazem com o tratamento normativo secundário", como é caso das cláusulas pétreas elencadas no § 4º do art. 60 da CF/88, que não aceitam proposta de alteração tendente a aboli-las<sup>34</sup>, "(iii) aquelas que não admitem delegação", pois constituem reserva absoluta do Poder Legislativo, "(iv) as exigentes de eficácia diferida<sup>35</sup>", "(v) aquelas que desafiam eficácia normativa que, por sua natureza, inadmitem desconstituição", "(vi) as sujeitas à iniciativa legislativa privativa dos

---

<sup>34</sup> Atente-se para o fato de que referida matéria não pode ser modificada nem mesmo pelo legislador ordinário, ou melhor, pelo Poder Constituinte Derivado. Este assunto será melhor analisado nos itens subsequentes.

<sup>35</sup> Normas constitucionais de eficácia diferida ou Normas de eficácia contida "são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que estabelecer ou nos termos gerais nelas enunciados." (SILVA, 1997. p. 216 )

demais poderes (inclusive Ministério Público e Tribunal de Contas)", "(vii) as residentes no campo de competência concorrente e privativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios" e as "(viii) interferentes no exercício da atividade conferida aos demais poderes e órgãos constitucionais" (1999, p. 84).

Observe-se que estes limites muito embora não estejam previstos explicitamente estão delimitados pela interpretação sistemática da Constituição Federal e de seus princípios. Clèmerson Merlin Clève seguindo a mesma linha de raciocínio afirma que a "interpretação da Constituição exige maior dose de sofisticação", logo somente "a interpretação sistemática, embora com o auxílio inestimável dos demais elementos de interpretação, está capacitada para deduzir o correto sentido de seus dispositivos" (1999, p. 76).

Outro fator que demonstra que as limitações não estão apenas delimitadas explicitamente reside no fato de que o instituto da medida provisória trata de situações excepcionais e extraordinárias para a tutela do interesse público violado ou ameaçado. Portanto, entende-se que por tratar-se de uma excepcionalidade, já que o verdadeiro representante político da vontade popular a quem compete produção de leis legítimas é o Poder Legislativo, o campo de atuação das medidas provisórias deve ser interpretado restritivamente.

Por fim, resta constatar que a partir de 1994 o legislador passou a limitar expressamente o campo de regulamentação das medidas provisórias, assim em 1º de março de 1994, por meio da Emenda Constitucional (Reforma) nº 1, acrescentou o artigo 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, vedando a regulação do Fundo Social de Emergência por meio de medida provisória.

Em 1995, a Emenda Constitucional n.º 5, de 15 de agosto, deu nova redação ao § 2º do art. 25 da CF/88, vedando a edição de medida provisória para a regulamentação da exploração ou concessão de gás canalizado, *in verbis*:

Artigo único. O § 2º do art. 25 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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

No mesmo período o legislador incluiu uma outra limitação material às medidas provisórias, por intermédio da Emenda Constitucional nº 8, vedando a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI, do art. 21 da Constituição Federal com a redação dada pela respectiva emenda, ou seja, somente à União é possível legislar sobre a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão dos serviços de telecomunicações, cabendo à lei dispor sobre a organização de seus serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Em novembro de 1995 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro, que vedou a edição de medidas provisórias na regulamentação da matéria prevista nos incisos I a VI dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal, os quais dispõem sobre monopólio da União no que se refere ao petróleo, ao gás natural, bem como outros hidrocarbonetos fluidos.

Como se pode observar, em 2001, com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro, tentou-se limitar, ou melhor, tolher os poderes extraordinários que o Poder Executivo, através do Presidente da República possuía de inovar indiscriminadamente o ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, procurou-se restabelecer o equilíbrio entre os poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

## **8.2 Efeitos**

Preliminarmente cabe dizer que os efeitos das medidas provisórias são imediatos desde sua publicação, como as demais espécies normativas primárias.

O Constituinte Originário de 1988 concebeu apenas efeitos *ex tunc* as medidas provisórias que não fossem convertidas em lei no prazo de trinta dias a

contar de sua publicação, cabendo ao Congresso Nacional a incumbência de regulamentar as relações jurídicas delas decorrentes, sem, contudo, estipular o prazo em que essa regulamentação deveria ser concretizada.

Com a conversão da medida provisória em lei seus efeitos propagar-se-iam no tempo desde sua publicação, o que na prática não acarretaria dúvidas nem instabilidade jurídica.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32 o legislador atribuiu às medidas provisórias, além dos efeitos *ex tunc*, também os efeitos *ex nunc*, da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 1º (omissis)...

§ 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.

Devido ao fato de que a medida provisória deve ser convertida em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, em não havendo tal conversão, cabe ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela advindas, mediante decreto legislativo<sup>36</sup>. Verifica-se tratar-se de uma faculdade conferida ao Poder Legislativo.

Percebe-se, portanto, que contrariamente ao constituinte de 1988, o Legislador de 2001, ao aprovar a Emenda Constitucional nº 32, estipulou o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional edite o decreto legislativo disciplinador das referidas relações jurídicas, após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, não havendo a publicação do decreto legislativo a medida provisória continuará regendo as relações jurídicas às quais deu origem, ou seja, passa a ter efeitos *ex nunc*.

---

<sup>36</sup> Alexandre de Moraes (2003) afirma que tal posicionamento é criticado por parte da doutrina, em especial por Clèmerson Merlin Clève e José Afonso da Silva, posto que nobres juristas entendem que o Congresso Nacional deve cumprir sua obrigação por meio de lei ordinária, permitindo-se dessa forma, apreciação do Chefe do Poder Executivo.

No mesmo sentido é a lição exarada na obra de Alexandre de Moraes:

Caso, porém, o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda da eficácia, a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência (2003, p. 557).

Sobre referido assunto nobre jurista traz ainda uma importante ressalva, senão vejamos:

Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos ex nunc de medida provisória expressa ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar referido Decreto Legislativo (2003, p. 557).

Cumpra por fim, transcrever o ensinamento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Caso o Congresso Nacional não se manifeste no prazo de sessenta dias, ficarão valendo, para as relações naquele intervalo de tempo, os ditames da medida provisória. Trata-se de triste restauração do instituto do decurso do prazo, banido com a Constituição de 1988 (2002, p. 312-313).

Quando a medida provisória for convertida no tempo devido, fazendo-se lei, não há que se preocupar com seus efeitos, pois são válidos desde sua publicação.

Ademais, consoante o § 12 da nova redação do art. 62 da Constituição Federal, a medida provisória conservar-se-á integralmente em vigor quando da existência de projeto de lei de conversão que altere seu texto original até que se efetive a sanção ou o veto do projeto. Asseverando esta assertiva cita-se posicionamento de Alexandre de Moraes:

Além disso, a Emenda Constitucional nº 32/01 estabeleceu que aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória,

sua vigência permanecerá integralmente até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Esse entendimento já havia sido fixado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, o campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistiram, pois a disciplina das relações jurídicas, prevista no art. 62, parágrafo único, diz respeito à rejeição total ou à parcial quando autônoma a matéria alcançada (2003, 556).

Estipulando um lapso de tempo para a edição do decreto legislativo pelo Congresso Nacional, bem assim concedendo efeitos *ex nunc* às medidas provisórias, tentou-se proteger, de certa forma, a estabilidade jurídica no país bem como o princípio da segurança jurídica, pois até então, as relações jurídicas originadas das medidas provisórias não convertidas em lei eram regulamentadas pelo Congresso Nacional da forma que bem entendia e no prazo que lhe conviesse, deixando a sociedade insegura quanto aos seus direitos.

### **8.3 Os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal e os direitos e garantias individuais**

Para iniciarmos a análise dos princípios da legalidade e reserva legal bem como sobre a possibilidade da utilização de medidas provisórias para tratar de direitos e garantias individuais, faz-se necessário definir o que vem a ser lei, ou, as espécies normativas primárias, genericamente falando.

Assim sendo, entende-se por lei desde os preceitos constitucionais, tais como a lei complementar e a lei ordinária, até mesmo a lei delegada e a medida provisória, embora a penúltima seja apenas equiparada a lei e a medida provisória possui “força de lei”. Ademais, André Ramos Tavares (2003), ao referir-se a lei, tecnicamente, diz respeito à lei formal, ou seja, o ato normativo emanado do Poder Constituinte Originário (Constituição), assim como do órgão legislativo instituído e representativo da vontade do povo ou ainda do órgão para o qual tenha sido transferida a capacidade de legislar legitimamente, nos termos da Constituição.

Afirma ainda, que para a edição da lei deve ser obedecido o processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal. Frisando-se que cada espécie normativa possui um processo próprio.

A Constituição Federal no inciso II, do artigo 5º preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”. Este inciso trata do princípio da legalidade segundo o qual apenas uma lei, regularmente votada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, é capaz de criar a alguma pessoa direitos ou obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa. Significa portanto, o respeito a lei, ou melhor, a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador constituinte originário.

Após essa breve introdução vislumbra-se que o princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado. Sobre esse assunto André Ramos Tavares traz importante lição:

O princípio da legalidade funda-se no princípio da legitimidade, segundo o qual as leis não de guardar correspondência com os anseios populares, consubstanciados no espírito constitucional.

Pelo princípio da legitimidade exige-se que a lei seja formal apenas no sentido de que emane, em sua formação, dos órgãos representativos. Ademais, tomou-se consciência de que não se pode ignorar seu conteúdo, que também há de corresponder aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico. Abandona-se, pois, como se vê, a noção puramente formal de lei, para ir mais longe e exigir que a lei corresponda, em seus mandamentos, à idéia de justiça encampada pela ordem constitucional, com o respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade etc. (2003, p. 443).

Além do princípio da legalidade existe ainda o princípio da reserva legal, pelo qual “estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas e específicas matérias por meio de lei” (TAVARES, 2003, p. 447). Assim, reserva de lei significa que determinadas matérias somente podem ser tratadas mediante lei, sendo vedado o uso de qualquer outra espécie normativa. Em outros termos, é uma questão de competência. Na lição de Flávio Augusto Monteiro de Barros (1999), o princípio da reserva legal:

[...] é uma garantia constitucional dos direitos do homem. Ingressa no rol das liberdades públicas clássicas que constitui limitações jurídicas ao poder estatal. As liberdades clássicas protegem a pessoa do arbítrio do Estado (1999, p. 25).

É de se ressaltar a existência de uma nítida, apesar de tênue, diferença entre os princípios da reserva legal e da legalidade. O segundo impõe a submissão à lei admitindo duas leituras, quais sejam, a de que somente lei pode obrigar ou criar direitos, constituindo-se assim, em garantia dos indivíduos contra os excessos do Poder Público, e a de que uma vez editada a lei, o seu cumprimento é obrigatório, ou seja, constitui-se num dever aos indivíduos.

Ademais, o princípio da legalidade é mais amplo, abrange todas as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal (emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções). Trata-se de lei em sentido amplo, ou seja, todo ato normativo (impessoal e genérico) editado geralmente pelo Poder Legislativo ou excepcionalmente pelo Poder Executivo (medidas provisórias e leis delegadas).

Já o princípio da reserva legal, assevera José Afonso da Silva (2003), revela-se na submissão de determinada matéria necessariamente ao regulamento por lei formal<sup>37</sup>. Este princípio é mais restrito, referindo-se a lei em sentido estrito (lei formal), ou seja, ato normativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado conforme o processo legislativo previsto na Constituição (votado e aprovado pelo Poder Legislativo).

Interessante ainda transcrever o entendimento de André Ramos Tavares no que diz respeito a distinção entre os princípios da legalidade e da reserva da lei:

Enquanto o princípio da legalidade revela-se pela previsão geral, como visto, no sentido de que não se criam deveres ou direitos sem lei, no caso da

---

<sup>37</sup> Destarte, quando determinada matéria é reservada a lei formal, significa dizer que somente o Poder Legislativo poderá discipliná-la. É também decorrência do princípio da reserva legal. Por outro lado lei material é aquela que versa sobre matéria de caráter genérico e abstrato, sendo dirigida a todos. Corresponde dessa forma, a lei material como ato da função legislativa e é sempre, e necessariamente, lei em sentido formal.

reserva legal há a previsão expressa e pontual, para uma específica matéria, da necessidade de regulamentação por meio de lei (2003, p. 447).

Por fim a diferença fundamental, como bem acentua José Afonso da Silva (2003), está no fato de que o princípio da legalidade envolve uma questão de hierarquia das fontes jurídicas, já o princípio da reserva legal, abarca questão de competências.

Neste sentido Humberto Bergmann Ávila (1997) leciona que a função legislativa primária é plenamente do Congresso Nacional, outorgando-se ao Poder Executivo apenas competência para edição de atos em determinadas situações. Deste modo, no Estado Democrático de Direito apenas o Poder Legislativo é que goza da faculdade de criar normas jurídicas inovando o ordenamento jurídico nacional, esta faculdade é a competência legislativa.

Ao Poder Executivo resta apenas a competência regulamentar, ou seja, “instrumentalizar os comandos legais, fornecendo meios materiais adequados a seu cumprimento efetivo” (TAVARES, 2003, p. 449). Percebe-se portanto, que a atuação do Chefe do Poder Executivo, está imprescindivelmente condicionada a uma autorização legal, é uma decorrência do princípio da legalidade.

Contudo deve-se atentar que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e garantias individuais. Faz-se mister, ainda, que a lei seja formal (ato do Poder Legislativo, que segue o processo legislativo previsto na Constituição da República). Ou seja, apenas o Congresso Nacional, com a devida observância do processo legislativo, pode regular matérias de direitos e garantias individuais, como por exemplo no caso de direito penal e direito tributário. Estas matérias são reservas de assuntos que só podem ser abordadas pela lei em sentido formal.

Neste sentido assinala Alexandre de Moraes:

a Constituição Federal exige lei formal para a previsão da existência de crimes e penas (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXIX – princípio da reserva legal). Além disso, em um Estado democrático de direito jamais

haveria segurança jurídica com a criação de crimes e sanções penais discricionariamente por uma única pessoa – Presidente da república – por meio de uma espécie normativa temporária e portanto, de duração efêmera (2003, p. 562).

Além disso, estabelece o artigo 60, § 4º, inciso IV<sup>38</sup>, da Constituição Federal que não poderá ser objeto de deliberação a emenda constitucional que tentar abolir os direitos e garantias individuais por ela previstos. Fica, então, claro, que as matérias impossibilitadas de alteração pelo Poder Constituinte Derivado, ou seja, as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da Constituição Federal), não são passíveis de regulação por medida provisória, pois esta última além de ter o caráter da precariedade é instrumento excepcional, conferido ao Poder Executivo.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior possuem entendimento semelhante, senão vejamos:

Na verdade, apesar de não constar expressamente como matéria vedada à edição de medida provisória os direitos individuais encontram vedação implícita para veiculação dessa espécie normativa. É que há regra de indelegabilidade no texto, valor prestigiado pelo § 4º do art. 60, além de princípio fundamental no art. 2º da Lei Maior. Ora, se permitirmos que matéria anteriormente reservada à exclusividade do Poder Legislativo seja disciplinada pela excepcional situação da medida provisória, iremos alterar a idéia constitucional originária. A melhor interpretação é aquela que entende que os temas do art. 68, § 1º, continuam a reger vedações para utilização de media provisória, quando forem mais exigentes que as regras do próprio art. 62. assim, o art. 62, em seu § 1º, traria um mínimo do conteúdo proibido, sendo complementado por uma interpretação sistemática (2002, p. 97).

---

<sup>38</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 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.

§ 5º (...).”

Na defesa dos direitos e garantias individuais a Constituição Federal de 1988 estabeleceu ainda outra importante limitação através do artigo 68, § 1º<sup>39</sup>. Mencionado artigo prevê expressamente a impossibilidade de tratamento por lei delegada de todos os direitos e garantias individuais. Deve-se frisar que esta matéria só pode ser abordada pela lei em sentido formal, é reserva de lei.

Como já foi visto, a Emenda Constitucional nº 32/2001 trouxe expressamente um rol de matérias que não podem ser objeto de medida provisória sob o fundamento da precariedade desta espécie normativa, posto que pode ser rejeitada pelo Congresso Nacional, perdendo seus efeitos desde a edição, conforme prescreve o § 3º do artigo 62 da Constituição Federal. O novo texto expressamente consolidou uma reserva de matérias que só podem ser abordadas pela lei em sentido formal e, portanto, proibiu a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a apenas alguns dos direitos e garantias individuais.

Tais limitações podem ser encontradas nos incisos, do § 1º do artigo 62. Ao analisar-se referido dispositivo percebe-se que o núcleo é quase o mesmo do constante no artigo 68, § 1º, ou seja, matérias que não podem ser objeto de lei delegada.

Contudo, no artigo referente ao instituto da lei delegada – artigo 68, da Constituição Federal – há menção expressa da proibição quanto aos direitos e garantias individuais, o que não ocorre na nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 32 ao instituto da medida provisória – artigo 62, da Constituição Federal. Ao invés disso, referida emenda elencou apenas alguns dos direitos e garantias individuais.

---

<sup>39</sup> “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

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

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

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

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º (...).”

Conveniente atentar-se para o fato de que a doutrina antes da Emenda em questão entendia que as regras do artigo 68, § 1º, se estendiam para a medida provisória. Deste modo, com a previsão expressa da limitação quanto a algumas matérias, abriu-se espaço para uma nova interpretação, qual seja, de que seria possível veicular matéria de direitos individuais por medida provisória, ressalvando os temas expressamente mencionados.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior acentuam:

Houve, portanto, uma pouca sutil troca entre entendimento da doutrina – que concordava com a extensão das regras da idelegabilidade (art. 68, § 1º) para a medida provisória com a vedação expressa do § 1º do art. 62, visto que trocamos a expressão ‘direitos individuais’ –, que continua sendo objeto de proibição de delegação, conforme o inciso II do § 1º do art. 68, pela expressão ‘direito penal, direito processual penal e direito processual civil’, além de que ‘que vise a detenção ou seqüestro e bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro’. Assim, antes da Emenda n. 32 havia um consenso em se entender os conteúdos proibidos à lei delegada (art. 68, § 1º) para a medida provisória. A Emenda n. 32, no entanto, trouxe vedação específica no art. 62, § 1º. Tais vedações, no entanto não contemplam a expressão ‘direitos individuais’, o que faz com que tenhamos perdido com a alteração constitucional. Dos direitos individuais, apenas alguns (os constantes dos conteúdos do direito penal, direito processual penal e direito processual civil e o seqüestro de bens) estão a salvo da medida provisória. Por exceção os demais poderiam ser veiculados por essa espécie legislativa (2002, p. 96).

Renomados autores, porém entendem de forma diferente do que a doutrina vem entendendo após a Emenda Constitucional nº 32. Para eles a interpretação mais adequada é aquela conforme a Constituição Federal, “é aquela que venha a prestigiar os valores normativos albergados pelo constituinte originário” (2002, p. 96). Além disso asseveram: “Trata-se de interpretação sistemática e conforme a Constituição, que leva à proteção da idelegabilidade de funções, cláusula pétrea, assegurada no § 4º do art. 60 e no art. 2º da Constituição Federal” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2002, p. 311).

Afirmam ainda que as regras do artigo 68, § 1º, da Constituição Federal, continuam<sup>40</sup> a reger vedações para utilização de medida provisória, “quando forem mais exigentes que as regras do próprio art. 62. assim, o art. 62, em seu § 1º, traria um mínimo do conteúdo proibido, sendo complementado por uma interpretação sistemática” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2002, p. 97).

O que se deve entender é que o princípio da reserva legal é uma limitação do poder de legislar, que reserva de modo exclusivo à lei escrita, proveniente do Legislativo, os direitos e garantias individuais. Fato relevante é que essa limitação continue ligada à clássica separação dos poderes que alcançou grande repercussão através de Montesquieu, conforme já mencionado, objetivando resguardar todos os direitos e garantias bem como a liberdade do cidadão contra a concentração e desvio de poder.

Pelo princípio da Separação dos Poderes fica vedado a interferência de um Poder sobre outro nas matérias que lhe são afetas, e nem delegação a outro Poder de sua competência exclusiva, ou melhor, matéria reservada a lei formal. É com relação a estes direitos que a legalidade há de ser suprema. É a letra e a forma da lei ou nada.

Deste modo, os direitos e garantias individuais devem ser regulados por lei no sentido material, isto porque, a lei com este sentido corresponde a lei como ato da função legislativa e é sempre, necessariamente, também lei em sentido formal. Também para não dar ao Chefe do Poder Executivo a possibilidade de modificar normas que estão inseridas pela própria Constituição Federal como cláusulas pétreas. Por fim, as medidas provisórias são precárias e efêmeras, tendo em vista que possuem prazo de validade limitado e podem ser rejeitadas pelo Congresso Nacional, perdendo seus efeitos desde a edição.

---

<sup>40</sup> Alexandre de Moraes sobre este assunto aponta que “Primeiramente, o legislador reformador, seguindo a linha lógica e coerente do art. 68 da Constituição Federal, estabeleceu as mesmas vedações materiais à edição de medidas provisórias já existentes em relação às leis delegadas, (...) Ora, se o legislador constituinte entendeu indelegáveis essas matérias pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo, lógica e coerentemente, não seria cabível manter a possibilidade de o Presidente da República, unilateralmente por medidas provisórias, discipliná-las” (2003, p. 561).

É por isso que a própria Constituição Federal através do Poder Constituinte Originário outorga competência exclusiva ao Poder Legislativo para que observando um procedimento específico disponha por lei sobre os direitos e garantias individuais. Conclui-se dessa feita, que os direitos e garantias individuais continuam dentro da reserva legal.

#### **8.4 Regime de urgência constitucional**

A Emenda Constitucional nº 32/2001 além de estender o prazo de duração da medida provisória, que passou a ser de 60 (sessenta dias) conforme estabelece § 3º do artigo 62, trouxe também uma novidade quanto a apreciação desta, conforme o § 6º do mesmo artigo.

Prescreve o § 6º, que se a medida provisória não for apreciada pelo Legislativo no prazo máximo de 45 dias contados a partir de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Nesse caso, o Congresso Nacional deve interromper a apreciação de quaisquer matérias para obedecer à relevância e urgência da medida provisória e no prazo de 15 (quinze) dias analisar o inteiro teor da medida provisória. Portanto, somente as medidas provisórias pendentes serão processadas, ficando tudo mais a esperar pela conclusão dos trabalhos referentes às medidas provisórias. Neste sentido Alexandre de Moraes predica:

A EC nº 32/01, portanto, criou nova espécie de *regime de urgência constitucional* para as medidas provisórias, pelo qual as duas Casas do Congresso Nacional terão o exíguo prazo de 15 dias para, sucessivamente, a Câmara e o Senado Federal apreciarem o inteiro teor da medida provisória (2003, p. 552).

E continua “Durante o *regime de urgência constitucional* todas as demais deliberações da Casa Legislativa que estiver analisando a medida provisória ficarão sobrestadas, até que seja concluída a votação” (2003, p. 552). Assim o Poder Legislativo fica obrigado a deliberar sobre a medida provisória em tempo hábil, pois não o fazendo, não poderá dar andamento a sua pauta ordinária, o que, de certa forma, trará transtorno interno e externo. O primeiro em razão do atraso nas votações, já o segundo em prol da pressão social.

Ainda sobre o regime de urgência constitucional afirmam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior: “Caso a medida provisória não seja apreciada em quarenta e cinco dias, entrará em regime de urgência com o sobrestamento das demais deliberações da Casa” (2002, p. 311).

Cumprir observar quanto ao regime de urgência constitucional, que o prazo de 15 (quinze) deve ser contado casa a casa, ou melhor, sucessivamente. Isto significa dizer que primeiro a Câmara dos Deputados (§ 8º do artigo 62) terá o prazo exíguo de 15 (quinze) dias para apreciar o interior teor da medida provisória, e logo após, o Senado Federal terá o mesmo prazo para a apreciação.

Sobre este assunto lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Assim, se ultrapassar o prazo na Câmara, o Senado já receberá o projeto sob regime de urgência. Entendemos que o Senado deverá receber o projeto sem a contagem do curso na Câmara. Só assim não sofrerá prejuízo, com o bloqueio da sua pauta, pela morosidade da Câmara. O prazo deve ser contado Casa a Casa, pois, de outra forma, o Senado Federal teria sua pauta bloqueada pelo eventual atraso da Câmara, o que fere o devido processo legal legislativo. O Congresso Nacional, no entanto, ao disciplinar a matéria, optou pela manutenção de contagem de um prazo único, permitindo ao Senado Federal que comece a discussão do tema mesmo antes de receber o projeto aprovado pela Câmara (2002, p. 311).

O Congresso Nacional, no entanto, ao disciplinar a matérias através da Resolução nº 1/02-CN, fez a opção da contagem de um prazo único, porém permite ao Senado Federal que inicie o processo de discussão do tema tratado pela medida

provisória antes mesmo de receber o projeto em análise pela Câmara. Dessa maneira:

[...] enquanto a Câmara aprecia o projeto, o Senado Federal, a partir de determinado momento, começa a sua apreciação, mesmo sem a conclusão da Câmara, o que tornará o processo mais ágil e protegerá o Senado Federal do bloqueio pelo eventual atraso na Câmara (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2002, p. 311).

Da análise do § 7º do artigo 62, extrai-se a possibilidade de o Poder Legislativo ter sobrestadas todas as suas deliberações alheias à medida provisória, excepcionalmente, por um período máximo de 75 (setenta e cinco) dias, tempo que ele tem para apreciar a matéria de uma medida provisória, pois não o fazendo nesse interstício referida medida perde sua eficácia. Isto porque este parágrafo dispõe sobre a prorrogação da medida provisória, que será de 60 (sessenta) dias se não tiver sido encerrada sua votação nas duas Casas Legislativas.

Alexandre de Moraes mais uma vez traz importante lição, senão vejamos:

*O regime de urgência constitucional para medidas provisórias poderá, excepcionalmente, estender-se por 75 dias, pois, não sendo suficientes os 15 dias restantes de vigência da medida provisória, haverá possibilidade de uma única reedição por novo prazo de 60 dias, para que a medida provisória tenha sua votação encerrada*

Por lógica, o regime de urgência permanecerá durante o prazo integral da reedição da medida provisória. (2003, p. 552).

Este parágrafo contempla, portanto, a dilatação do prazo de vigência da medida provisória. O prazo normal de duração da medida excepcional é de 60 (sessenta) dias, prorrogável uma única vez por igual período, caso, ainda, não tenha sido aprovada ou rejeitada pelo Congresso, isto é, uma medida provisória agora pode vigor, na sua forma original, por até 120 (cento e vinte) dias sem necessidade de reedição. O mesmo ocorre para o regime de urgência que originariamente deveria

durar 15 (quinze) dias contudo, não sendo possível a apreciação neste prazo, este permanecerá pelo prazo da reedição.

### **8.5 Controle pelo Congresso Nacional**

O artigo 62 da Carta Magna de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da medida provisória e atribuiu ao Presidente da República competência excepcional, exclusiva e originária para editá-la. Mas esta não é, nem poderia ser, ilimitada e irrestrita.

A existência das medidas provisórias condiciona-se à configuração prévia do estado de necessidade legislativo e embora se encontrem na esfera discricionária de juízo político do Chefe do Poder Executivo, não deve fugir da possibilidade de controle *a posteriori* dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo.

A manifestação imprescindível e insubstituível do Congresso Nacional acerca das medidas provisórias decorre do princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição Federal) e de expressa previsão constitucional (artigo 62, § 8º da Constituição Federal). Pressupõe formulação de novo juízo sobre os requisitos e o conteúdo da medida, podendo o parlamento rejeitá-la pela ausência ou discordância de qualquer um deles, independentemente de motivação ou aviso prévio.

Ao Poder Legislativo cabe, pois, analisar sua constitucionalidade formal e material, bem assim como seu mérito, devendo-se entender, por este último, a oportunidade do ato frente ao desiderato congressual.

Adotada a medida provisória pelo Presidente da República, será ela submetida, de imediato, ao Congresso Nacional, cabendo, de acordo com o artigo 62, parágrafos 5º e 9º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 5º da Resolução nº 1/2002-CN, a uma Comissão Mista de Deputados e Senadores examiná-la e sobre ela emitir parecer, apreciando os seus aspectos constitucionais, inclusive os pressupostos de relevância e urgência e de mérito, bem como a sua adequação financeira e orçamentária.

Por fim deve haver apreciação sobre o atendimento, pelo Presidente da República, da exigência contida no artigo 2º, § 1º, da Resolução nº 1/02-CN, qual seja, no dia da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, ter enviado o seu texto integral ao Congresso Nacional acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

Esclarece bem Alexandre de Moraes, “Quando a medida provisória chegar ao Congresso Nacional, será encaminhada para a Comissão mista de Deputados e Senadores, que apresentará parecer por sua aprovação ou não” (2003. p. 552).

Verifica-se, portanto que antes da apreciação por quaisquer das Casas, caberá à Comissão Mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer. O § 8º que foi acrescentado pela nova redação dada ao artigo 62, Constituição Federal, prescreve que a votação das medidas provisórias terá início na Câmara dos Deputados. Todavia deverá haver, para a devida conversão de medida provisória em lei, a votação nas duas Casas do Congresso Nacional.

Como afirma Alexandre de Moraes:

Após a análise pela Comissão mista, será encaminhada à Câmara dos Deputados, que realizará a deliberação principal nesse processo legislativo e a primeira votação, devendo, antes de analisar seu mérito, efetivar juízo sobre a presença dos requisitos constitucionais exigidos, ou seja, sobre a presença ou não de *relevância* e *urgência* (2003, p. 552).

Após a deliberação da comissão o plenário das duas Casas Legislativas nacionais, ou seja, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, separadamente, irão deliberar sobre o seu mérito. É ordem emanada do § 9º do artigo 62 da incluído pela Emenda.

Mais uma vez faz-se mister citar interessante ensinamento do ilustre Alexandre de Moraes:

Observe-se que, diferentemente da redação original do texto constitucional, que exigia votação da medida provisória em sessão conjunta do Congresso Nacional, a EC nº 32/01 determina que a votação seja realizada em sessões separadas pelo plenário de cada uma das Casas do congresso Nacional, iniciando-se pela Câmara dos Deputados. Adotou-se, portanto, a mesma regra geral do processo legislativo ordinário referente aos projetos de lei de iniciativa do Presidente da república, que deverão ser votados inicialmente na Câmara dos Deputados e, posteriormente, no Senado Federal (CF, art. 64, *caput*) (2003, p. 552).

Uma observação importante a ser feita é quanto à perda de poderio do Senado Federal em relação à apreciação das medidas provisórias, pois, como é cediço, no processo legislativo a Casa revisora não tem muita relevância na aprovação das normas, haja vista ela ser incumbida, apenas de ratificar a votação feita na Casa primária, podendo, de certo, emendar ou diminuir a redação original dos projetos que aprecia, entretanto seu poder de decisão é mínimo, pois ao finalizar a revisão devolve o projeto para a Casa originária e esta, sim, aprecia as alterações, caso tenham sido feitas, e já encaminha para o órgão competente para a promulgação.

No caso da medida provisória convertida, o encaminhamento deve ser feito ao Presidente do Senado Federal, que irá promulgar o projeto votado.

### **8.6 Prazo de Vigência**

Uma das principais mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001 a destacar foi a efetiva limitação temporal da eficácia das medidas provisórias.

Pelo novo regramento, as medidas provisórias devem ser convertidas em lei no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período e uma única vez, sob pena de perder sua eficácia desde a edição, ou seja, os efeitos são retroativos (*ex tunc*). No caso de rejeição, seja tácita ou expressa, caberá ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes, por intermédio de decreto

legislativo. Interessante lembrar que o prazo para a conversão em lei na redação original era de 30 (trinta) dias, o que efetivamente nunca ocorreu.

Assim, pelo novo dispositivo constitucional, § 3º, do artigo 62, a eficácia originária das medidas provisórias é de somente 60 (sessenta) dias. A prorrogação é automática sendo somente admissível na hipótese de o Congresso Nacional não conseguir sobre elas deliberar neste intervalo, conforme prescreve os parágrafos 6º e 7º introduzidos pela aludida emenda ao artigo 62, da Constituição Federal.

Nota-se que o novo regime jurídico das medidas provisórias fez, portanto surgir, uma diferenciação entre o que seria a “reedição” e o que hoje se configura uma “prorrogação” de prazo. Com a Emenda Constitucional nº 32/2001 foi vedada a reedição sendo permitida apenas uma prorrogação da medida provisória pelo mesmo prazo de vigência originário.

É bem verdade que a limitação à reedição já estava implícita na ordem constitucional precedente, contudo foi ignorada pela interpretação política que lhe deram tanto o Legislativo quanto o Judiciário, gerando uma proliferação incontável dos instrumentos normativos de urgência legislativa.

Estabelece ainda, o § 4º do mesmo dispositivo, que o prazo acima conta-se da publicação, suspendendo-se a contagem durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, incluindo o recesso de julho. Disso conclui-se que a convocação extraordinária do Congresso Nacional não é mais imprescindível, tendo em vista que o prazo da medida provisória ficará suspenso durante o período de recesso das Casas Legislativas.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2002) entendem que no caso da prorrogação, deveria haver manifestação expressa do Presidente da república, a fim de externar sua vontade pela reedição ou não. Para outros doutrinadores a prorrogação deve ser automática, pois o Chefe do Executivo não pode retirar a medida provisória da pauta do Congresso Nacional.

Sobre o tema Alexandre de Moraes tece as seguintes considerações:

A EC nº 32/01 não só alterou o novo prazo constitucional de vigência das medidas provisórias, como também o disciplinou de maneira diversa da redação original do texto constitucional.

O prazo será contado da publicação da medida provisória, porém ficará suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional; diferentemente do que ocorria anteriormente, quando o congresso deveria ser convocado extraordinariamente para reunir-se no prazo de cinco dias e deliberar sobre a medida provisória (2003, p. 551).

Contudo quanto à convocação extraordinária, deve-se ressaltar que em ocorrendo eventual convocação extraordinária do Congresso Nacional e havendo medidas provisórias em vigor na data de sua convocação, serão elas automaticamente incluídas na pauta de votação. Inteligência do artigo 57, § 8º da Constituição Federal, também incluído pela Emenda constitucional nº 32/2001. Assim, havendo convocação extraordinária, o prazo constitucional das medidas provisórias não ficará suspenso durante os trabalhos legislativos.

Este entendimento é corroborado pela lição de Alexandre de Moraes:

Havendo, porém, convocação extraordinária, entendemos que o prazo constitucional das medidas provisórias não ficará suspenso durante os trabalhos legislativos, em face da nova redação do § 8º, do art. 57, que determina sua inclusão automática na pauta de votação (2003, p. 552).

Fato curioso que deve ser novamente citado refere-se ao prazo de 120 (cento e vinte) da medida provisória, posto que este não é absoluto. Excepcionalmente poderá exceder o prazo constitucional de 60 (sessenta) dias se for editada antes do recesso parlamentar:

Por exemplo, uma medida provisória publicada em 14 de dezembro somente perderá sua vigência em 14 de abril do ano seguinte, permanecendo em vigor de 120 dias, em face da existência do recesso parlamentar de final de ano (MORAES, 2003, p. 552).

## CAPÍTULO IX.

### 9 CONCLUSÃO

Como visto em um Estado Democrático de direito que anda a efetivar direitos e garantias individuais, e onde a realidade muda a todo o momento e com extrema rapidez, a medida provisória se torna um ato normativo necessário. Contudo, num ordenamento que respalda o Presidencialismo e o Princípio da Separação de Poderes, este instituto deve ser admitido e utilizado com muita cautela e em caráter extraordinário.

No Brasil, o princípio da separação dos poderes sempre foi obscurecido pela hipertrofia do poder de legislar conferido ao Presidente da República. Constatase assim, que em virtude da concessão de instrumentos normativos ao Poder Executivo, este acabou por se tornar um órgão legislativo de fato e de direito, circunstância esta, que por sua vez, é uma constante histórica no Brasil, desde o Império.

Com relação ao decreto-lei analisou-se as diferenças entre este instrumento e a lei em sentido estrito bem como os requisitos para validade do decreto-lei que o constituinte de 1969 inscreveu na “Carta” Política ao emendar a Constituição de 1967.

Viu-se também que o artigo 55, e seus parágrafos trouxeram cláusulas com conteúdo vago e abstrato que ao invés de limitar os requisitos para a edição do decreto-lei, tornou sua expedição mais fácil, dificultando a interpretação jurídica e causando polêmicas infundáveis.

Para uma melhor compreensão do instituto das medidas provisórias, procedeu-se ainda uma comparação com o “*decreti-legge*”, regulado pelo artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, bem como com o extinto decreto-lei brasileiro, regulado pelo art. 55 da Emenda Constitucional 1/69, ou seja, com os institutos que lhe são afins.

A redação original do artigo 62, por não ser muito detalhado, como ocorria com o instituto similar precedente, permitiu ao Presidente da República a utilização abusiva do poder extraordinário e excepcional que lhe foi concedido pelo Poder Constituinte Originário.

No concernente a natureza jurídica das medidas provisória, é um ato normativo, vez que está inserida no artigo 59, da Constituição Federal. Além disso, o autor explanou sobre as três principais correntes, ou seja, aqueles que consideram a medida provisória como sendo “lei”, outros consideram que a medida provisória é um “ato administrativo”, e há ainda aqueles que defendem ser a medida provisória um “ato político”.

Concluiu o autor, afirmando que o posicionamento que melhor explicaria a natureza jurídica da medida provisória é aquele defendido por Clélio Chiesa, que defende que tal instituto possui regime jurídico-constitucional próprio e diferenciado. Apesar disso, viu-se que na realidade a medida provisória tem natureza política, pois desde sua introdução pela Constituição Federal de 1988 tem sido utilizada para atender interesses outros que não os da sociedade, ou seja, caracteriza-se como sendo um instrumento legislativo provisório outorgado pelo Poder Legislativo ao Presidente da República, para enfrentar situações excepcionais, permitindo a prática de abusos no seu uso.

Discorreu também sobre a edição das medidas provisórias, que condiciona-se, por imposição constitucional, a pressupostos positivados pelo constituinte, cuja inobservância deslegitima a condição de validade do ato unilateral do Presidente da República.

Nestes termos, procurou o autor descrever o regime jurídico da medida provisória pela análise dos pressupostos procedimentais (formais) e de conteúdo (materiais), estabelecidos pelo sistema constitucional para a existência desse ato normativo.

Por fim analisou-se a Emenda Constitucional nº 32/2001, que foi editada com o intuito de enrijecer o poder de edição de medida provisória. Como se pôde observar no presente estudo, são inegáveis alguns avanços, notadamente no que diz

respeito à enumeração de limites materiais à edição das medidas provisórias, o prazo de validade, à vedação expressa da reedição, o Controle pelo Congresso, bem como ao regime de urgência constitucional automática.

No entanto referida emenda fez concessões inadmissíveis, algumas inclusive inconstitucionais, além de limitar o campo material menos que deveria, como se observa do estudo referente aos direitos e garantias individuais do indivíduo, matéria que não foi expressamente vedada pela emenda em comento.

## BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, M. C. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 8. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1995.

ALMEIDA, F. D. M. de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

ALVES JUNIOR, L. C. M. **Atos do Executivo com força de lei nas Constituições autocráticas do Brasil (1824, 1937 e 1967/1969)**. Jus Navegandi, Teresina, a. 1, n. 16 jul. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+173>>. Acesso em: 11 jul.2003.

ALVIM, J. E. C. Medida Provisória como Mecanismo de Veiculação da Lei Temporária. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, SP, n. 16, pp. 136/141, jul./set. 1996.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. (Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão). **A Política**. São Paulo: Nova Cultura, 1999. (Os Pensadores).

ATALIBA, G. **O Decreto-Lei na Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

ÁVILA, H. B. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

BARACHO, J. A. de O. Teoria da Separação dos Poderes e Funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, SP, ano 19, nº 76, out/dez. 1982.

BARROS, F. A. M. **Direito Penal**. 10. ed., v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. 4º Vol. Tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

BOBBIO, N. (Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Rev. Téc. Claudio de Cicco, Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior). **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL, Constituição. **Constituições que marcaram o século XX: edição comemorativa: 1934, texto original: 1946, texto original: 1967, texto original: 1988, atualizada até março de 1999.** Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 1999, p. 423.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 39, de 19-12-2002.** 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CARVALHO, P. de B. Medidas Provisórias. **Revista de Direito Público.** São Paulo, SP, ano 24, n. 97, p. 37-42, jan./fev. 1991.

CENEVIVA, W. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

CHIESA, C. **Medidas Provisórias - O Regime Jurídico Constitucional.** Curitiba: Juruá Editora, 1996.

CLÈVE, C. M. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

----- **Medidas Provisórias.** 2. ed. rev. amp. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

DANTAS, I. **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias.** 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1997.

FERRAZ, A. C. da C. **Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

FREITAS DE OLIVEIRA, E. Medidas Provisórias: a solução está próxima? **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, SP, ano 8, n. 31, p. 242-267, abr./jun. 2000.

GRAU, E. R. Medidas Provisórias. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, SP, ano 79, n. 658, ago. 1990.

GRECO, M. A. **Curso de Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

----- **Medidas Provisórias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

HORTA, R. M. **Direito Constitucional, in Medidas Provisórias.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Nova Cultural. 1999. (Os pensadores).

MAIA, Z. **Comentários à Emenda Constitucional n.º 32/01.** Disponível em: <[http://www.vemconcursos.com.br/opiniao/index.phtml?page\\_sub=1&page\\_id=202](http://www.vemconcursos.com.br/opiniao/index.phtml?page_sub=1&page_id=202)>. Vem Concursos, 27 set. 2001. Acesso em 01 jan 2003

MELLO FILHO, J. C. de. Considerações sobre as Medidas Provisórias. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo, SP, p. 203-225, jun. 1990.

MELLO, C. A. B. de. O Decreto-lei no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público.** São Paulo, SP, ano XVII, n. 72, pp. 30/36, out./dez. 1986.

----- Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, SP, ano 87, n. 758, p. 11-15, dez. 1998.

----- **Curso de direito administrativo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

----- Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. **Revista de Direito Público.** São Paulo, SP, ano 23, n. 95, pp. 28/32, jul./set. 1990.

MENEZES, A. de. (atual. por José Lindoso). **Teoria Geral do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

MONTEIRO, M.G. **A limitação da imunidade parlamentar. Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 35/2001.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3005>>. Acesso em: 01 mai 2003.

MONTEIRO, V. C. C. Medida Provisória: Panorama Doutrinário e Jurisprudencial. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo, SP, n. 16, p. 141/177, 1996.

MONTESQUIEU. (Tradução Cristina Murachco). **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira.** São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

SALDANHA, N. **Do Processo Legislativo.** 3. ed, atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

SANTOS, B. P. dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil.** São Paulo: Editora LTr, 1993.

SANTOS, M. de O. F. F. **A Medida Provisória na Constituição – Doutrina – Decisões Judiciais.** São Paulo: Editora Atlas, 1991.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

----- **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

----- **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

SOARES, O. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SUNDFELD, C. A. **Fundamento de Direito Público.** 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SZKLAROWSKY, L. F. **Medidas Provisórias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

----- **Comentários à Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001.**  
**CONSULEX.** São Paulo, SP, n. 119 p. 57-59, setembro 2001.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.