

Biblioteca da ESMP
Folha: _____
Data: _____

Nome: Regina Rodrigues Russo

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Maio/2003

Nome: Regina Rodrigues Russo

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Trabalho apresentado à Escola Superior do Ministério Público do Ceará para obtenção do título de pós-graduada em Direito Processual Civil.

Orientação: Professor Doutor Francisco Gérson Marques de Lima

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CEARÁ

NOME: REGINA RODRIGUES RUSSO

TÍTULO: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS

PARECER DA COMISSÃO:

Opino por atribuir à aluna nota 9,0 (nove) - *Gerson Marques*

COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO EXAMINADORA:

Professor Doutor Francisco Gerson Marques de Lima

2º membro:

3º membro:

FORTALEZA, 28 DE MAIO DE 2003.

SUMÁRIO

1. Introdução: A Constituição como Lei Fundamental	p. 01/02
2. Breve Histórico do Controle de Constitucionalidade no Brasil	p. 03/07
3. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade	p. 08/19
4. Breve Estudo sobre a Produção da Lei pelo Poder Executivo	p. 20/26
5. As Medidas Provisórias	p. 27/36
6. Controle Parlamentar das Medidas Provisórias	p. 37/41
7. Controle Judicial das Medidas Provisórias	p. 42/48
8. Peculiaridades da Emenda Constitucional 32/2001	p. 49/51
9. Conclusão	p. 52

1. INTRODUÇÃO.

A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL

As Constituições são documentos normativos do Estado e da sociedade. Representam um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Não apenas regulam o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõem diretrizes específicas para o Estado, apontando o sentido de sua ação, bem como sua interação com a sociedade.

A Constituição opera força normativa, vinculando sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Têm os cidadãos acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador. É a chamada norma fundamental.

É ordem fundamental, eis que reside em posição de supremacia, possuindo, além de normas, uma manta de valores, o conteúdo do direito que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional. Sua supremacia, acrescente-se, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidos no modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.

Nas palavras de Zeno Veloso, “uma lei pode até não ofender dispositivo explícito da Constituição, mas representar uma agressão aos princípios fundamentais, às bases e postulados democráticos, ao ideal de justiça. Esta lei, sem dúvida, é inconstitucional”.¹

Para a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, é imprescindível a satisfação de três pressupostos: a existência de uma Constituição

¹ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 46.

formal; a premissa de sê-la uma lei fundamental e a existência de um órgão competente para guardá-la.

Por Constituição formal deve-se entender aquela escrita e formalizada em documento normativo, originado pela força da razão. O controle de constitucionalidade das leis está intimamente relacionado com o princípio da hierarquia normativa, com a supremacia da Carta. Onde a Constituição não é rígida, mas flexível, não se exigindo nenhum requisito especial para a sua reforma, podendo o legislativo alterá-la ou emendá-la com a mesma facilidade e da mesma forma com que se fazem ou revogam as leis ordinárias, não se pode falar em controle da constitucionalidade pela simples razão de não haver gradação entre a norma constitucional e a lei ordinária.

A compreensão da Constituição como lei fundamental de superior hierarquia deve vir acompanhada de uma consciência constitucional, pois reclama a defesa permanente da obra e valores adotados pelo Poder Constituinte. Significa a aceitação de sua primazia e a consciência da necessidade de garantia dos princípios e preceitos nela encartados.

Por fim, o principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade das normas inferiores, dentre elas as medidas provisórias. Todavia, dita fiscalização somente ocorrerá se a própria Carta atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política. Importante é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles violadores de preceitos ou princípios constitucionais.

Nessa ótica, cumpre observar o modo como no Brasil é realizada a operação de compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e a Lei Maior do país.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição do Império do Brasil, de 25.03.1824, não regulou o controle jurisdicional de constitucionalidade. Seu art. 15, ns. 8 e 9, conferiu ao Legislativo a tarefa de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como de velar pela guarda da Constituição. Além disso, por cima do Legislativo pairava o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, chefe supremo da Nação (art. 98).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello recorda, ainda, que os homens públicos do Império, ao elaborarem a Carta de 1824, sofreram as influências dos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França, e os juízes, de então, estavam pouco afeitos ao Direito Constitucional dos Estados Unidos: “por isso, não obstante, de há muito, nesse país, o Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade dos atos de outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ele”.²

A provisória de 1890 (Decreto 510, § 1º a e b) conferiu ao Judiciário idêntica competência; o mesmo ocorrendo com o Decreto 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal.

O Judiciário praticava, com a Constituição de 1891, um controle difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade.

A Lei Federal 221, de 20.11.1894, melhor definiu o modelo ao estabelecer (art. 13, § 10) que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. A exigência de que a inconstitucionalidade, para ser reconhecida pelo Judiciário, fosse “manifesta” derivava da jurisprudência dos tribunais americanos.

No que se refere à Constituição de 1934, cumpre observar que ela manteve o controle incidental ou difuso, trazendo, todavia, importantes inovações. No art. 179, exigiu o *quorum* da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, bem como previu, no art. 91, IV, a suspensão, pelo Senado, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. O art. 113 introduziu no direito pátrio o mandado de segurança, conforme sugestão feita por João Mangabeira, na chamada Comissão do Itamarati, que elaborou o anteprojeto constitucional.

Mas, principalmente, a Carta de 1934, art. 12, V, regulou a intervenção da União “em negócios peculiares aos Estados”, para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis, especificados em seu art. 7º, alíneas *a a h*, e a execução das leis federais.

Os historiadores constitucionais, quase todos, diz Paulo Bonavides, coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade, ressaltando que, de suas inovações, a que mais importa com respeito à via de ação é a de representação interventiva (art. 12, § 2º), e, “portanto, o exame de constitucionalidade pelo Pretório Supremo já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, mas por efeito de uma provocação cujo objeto era a declaração de constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal”.³

Quanto à competência conferida ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pela Suprema Corte (art. 91, IV, c/c art. 96), regra que, à exceção da Carta de 37, foi repetida nas Constituições posteriores, inclusive na vigente (art. 52, X), devemos registrar que a inovação representou um avanço em nosso controle difuso de constitucionalidade.

² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky, 1997, p. 148.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 257.

A Constituição de 1937, outorgada, conhecida como “polaca”, foi o estatuto do Estado Novo, no qual o autoritarismo, a superconcentração do poder nas mãos do chefe do Poder Executivo não dava espaço, sequer, para a atuação de um controle de constitucionalidade, que, por natureza e definição, tem de ser livre, independente, solto de peias e obstáculos.

Com a redemocratização do País, a Constituição de 1946 ateve-se, em linhas gerais, ao modelo estabelecido pela Carta de 1934, mantendo as inovações que a mesma havia trazido. Nosso sistema de controle continuou sendo difuso, *incidenter tantum*, mas a idéia da instituição de um controle abstrato era semente há muito lançada e estava a ponto de germinar e desabrochar.

A Emenda Constitucional 16, de 26.11.1965, alargando a competência originária do STF, conferiu nova redação à alínea *k*, do art. 101, inciso I, da Constituição de 1946, determinando que o Excelso Pretório podia processar e julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei, ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Sem prejuízo do controle incidental, e ao lado da representação interventiva (destinada a resolver conflitos federativos), a EC 16/65 introduziu, no Brasil, o controle concentrado da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, portanto, controle a ser exercido não apenas incidentalmente, diante de caso concreto, mas fiscalização constitucional genérica, abstrata, da norma em tese, com o escopo de averiguar o vício da inconstitucionalidade e o objetivo precípua de defender a ordem constitucional, garantindo a supremacia da Carta Magna.

Não deixa de ser curioso, observa Clèmerson Merlin Clève, “o fato da representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”.⁴

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 88.

Já no âmbito da Constituição de 1967, manteve-se o sistema de fiscalização da constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1891, com as alterações posteriores, inclusive aquelas constantes da Constituição de 1946 e da Emenda Constitucional 16/65. Trouxe, entretanto, duas pequenas modificações. Não conservou o dispositivo, trazido pela Emenda 16/65, autorizador da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual e transferiu, na representação interventiva, a competência para suspender o ato estadual, nos termos do art. 11, § 2º, do Legislativo para o Presidente da República.

A Emenda Constitucional 7/77 elencou algumas novidades. Em primeiro lugar, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo. A segunda novidade consistiu na previsão expressa de medida cautelar liminar, solicitada pelo Procurador-Geral da República, nas representações encaminhadas por essa autoridade (art. 119, I, p).

A Carta vigente, de 1988, manteve o nosso sistema híbrido ou misto de controle da constitucionalidade, combinando os modelos difuso e concentrado. Aliás, é estranho que não seja registrado, com a devida ênfase, que esta combinação, ocorrida a partir de 1965, representa uma importante inovação do constitucionalismo brasileiro, em face dos moldes e a importante extensão em que foram aproveitados – com adaptações – ambos os modelos.

A Constituição de 1988, não obstante, importou em consideráveis avanços, com vista ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Apenas para exemplificar, citemos: ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), extinguindo o monopólio do Procurador-Geral da República; introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), o mandado de injunção (art. 102, I, q) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 1º, antigo parágrafo único); previu a instituição, nos Estados-membros, de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125). A

Emenda Constitucional 3, de 1993, dando nova redação ao art. 102, I, a, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O controle jurisdicional, entre nós, é misto, e podemos utilizar várias ações para promover a fiscalização dos atos normativos diante da Constituição, com o fito de garantir a supremacia da mesma, como acima vimos.

3. O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Segundo o estudo esposado acima, existem duas formas de se verificar a constitucionalidade de um ato legislativo ou normativo federal ou estadual em relação à Constituição Federal: em abstrato ou em concreto. No primeiro caso, o objeto da decisão judicial é a própria constitucionalidade da norma impugnada. No segundo, a satisfação de direito individual ou coletivo, sendo a questão da constitucionalidade argüida de forma incidental. No Brasil, esses dois sistemas convivem de forma harmoniosa, com as particularidades a seguir destacadas.

Controle em Abstrato ou Direto da Constitucionalidade ou Via Principal ou de Ação. Conforme entendimento adotado pela nossa Suprema Corte, o controle abstrato da constitucionalidade é processo de natureza objetiva, em que é questionada a própria constitucionalidade ou não de uma lei, não se admitindo a discussão de situações de interesses meramente individuais. Essa forma de controle representa as características adiante anunciadas:

a) o objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato legislativo ou normativo (via principal ou de ação);

b) a ação deve ser proposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado);

c) a decisão tem efeito *erga omnes* (vale para todos, produzindo coisa julgada mesmo para as pessoas e órgãos que não participaram da ação). Por se tratar de um processo de natureza objetiva, entidades privadas não podem participar no pólo passivo do processo de ação direta de inconstitucionalidade, mesmo que sejam atingidas pelos efeitos da decisão (STF, ADIn 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 19.09.1997, p. 45530).

d) a ação só pode ser proposta pelos órgãos e pessoas mencionadas no art. 103 da Constituição Federal (titularidade). Antes da atual Carta, somente o

Procurador-Geral da República possuía legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Como exercia o cargo por deliberação do Presidente da República, sendo demissível *ad nutum*, não agia com absoluta independência, deixando de propor diversas ações reclamadas pela sociedade civil. Como a atual Constituição foi concebida em um momento de aspiração democrática da sociedade brasileira, ampliou-se o rol das pessoas legitimadas para a propositura de tal ação, bem como se conferiu mandato ao Procurador-Geral da República.

Hoje de acordo com o art. 103 da CF, podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esse elenco é taxativo, tendo sido interpretado de forma extremamente restritiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, incluída no Texto Constitucional pela emenda 3, de 1993, foi previsto um rol mais restritivo de pessoas e órgãos legitimados: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º, da CF).

Urge esclarecer, todavia, que é necessário haver a chamada pertinência temática entre a norma impugnada e a entidade que ingressa com a ação direta de inconstitucionalidade. O STF tem exigido de algumas das pessoas e dos órgãos relacionados no art. 103 da CF a demonstração de um especial interesse em obter a decisão de declaração da inconstitucionalidade da norma guerreada. São considerados autores interessados ou especiais, que precisam demonstrar a denominada pertinência temática, as Mesas das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. São tidos como promoventes neutros ou universais, pois não precisam demonstrar especial interesse na declaração da inconstitucionalidade da

lei ou ato normativo, o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da OAB.

e) declarada a inconstitucionalidade, a lei torna-se imediatamente inaplicável;

Cumprе salientar que no direito constitucional positivo brasileiro existem cinco modalidades de controle em abstrato ou direto da constitucionalidade:

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, primeira parte, da Constituição Federal). A ação direta de inconstitucionalidade visa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Seu procedimento está estabelecido na Lei 9.868/99. Tratando-se de arguição de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal perante a Constituição Estadual, a competência originária será dos Tribunais de Justiça de cada Estado (CF, art. 125, § 2º).

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional. Não poderá ela ultrapassar seus fins de exclusão. Possui, pois, uma função de legislador negativo. A ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de sua natureza e finalidade especial, não é suscetível de desistência.

O art. 102, I, *p*, da Carta Magna, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, posto tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais. A eficácia da liminar nas ações diretas de inconstitucionalidade, que suspende a vigência da lei ou do ato normativo argüido como inconstitucional, opera com efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao disciplinar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade estabeleceu que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, presentes na sessão no mínimo 8 ministros, e

após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias. Essa audiência poderá ser dispensada em caso de excepcional urgência. A lei ainda prevê que o relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 dias.

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos inconstitucionais jamais de convalidam pelo decurso do tempo.

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo litisconsórcio ativo ou passivo ou a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado, em face da natureza abstrata desta espécie de controle, incompatível com o acesso de terceiros interessados somente em defender seus direitos subjetivos. Como ressalta o Ministro Celso de Mello, em relação à intervenção de terceiros, “impõe-se registrar que existia, até mesmo, norma vedatória expressa (RISTF, art. 169, § 2º), prestigiada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, reiteradamente, tem proclamado o absoluto descabimento da intervenção de terceiros no processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade” (RDA 155/155, Rel. Min. Soares Muñoz – RDA 157/266, Rel. Min. Néri da Silveira – ADIn 575 (AgRg) Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Saliente-se, por fim, que tal vedação não deve ser aplicada, por óbvio, aos vários legitimados constitucionalmente.

Tal posicionamento, de outro turno, foi diluído pela Lei 9.868/99, pois, como adverte o Min. Celso de Mello, “cabe ter presente a regra inovadora constante do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, que em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade”.⁵

Observe-se que a natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade foi reafirmada pelo art. 23 da Lei 9.868/99, ao prever que

⁵ STF – Pleno – Adin 2.321-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, DJ, Seção I, 19.10.2000, p. 2.

efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo atacado, se num ou noutro sentido houver manifestação de no mínimo seis Ministros do STF (maioria absoluta).

Importantíssimo ressaltar que o STF fica condicionado ao pedido, porém não à causa de pedir, ou seja, analisará a constitucionalidade dos dispositivos legais apontados pelo autor, porém poderá declará-los inconstitucionais por fundamentação jurídica diferenciada, pois não está adstrito às razões iniciais.

b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, segunda parte, da Constituição Federal). Cuida-se de nova forma de controle em abstrato da constitucionalidade introduzida pela Emenda Constitucional 3, de 1993. Essa ação objetiva a declaração de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Sua finalidade precípua é dar ao governo a oportunidade de obter uma rápida decisão judicial, e definitiva, do Supremo Tribunal Federal que produza efeitos *erga omnes*, evitando-se decisões contrárias em instâncias inferiores e o não cumprimento da medida legislativa. Para a propositura dessa ação é indispensável a demonstração da existência de séria divergência jurisprudencial que justifique o uso dessa forma de controle direto da constitucionalidade.

Conforme já decidiu o STF, há necessidade de que esse dissídio se exteriorize em proporções relevantes, pela ocorrência de decisões antagônicas que, em ambos os sentidos e em volume expressivo, consagrem teses conflitantes" (STF, ADC 8-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n. 160). O Supremo não pode ser transformado em um simples órgão de consulta sobre a constitucionalidade de uma lei antes da comprovação de um sério dissídio jurisprudencial. O procedimento da ação declaratória de constitucionalidade está também estabelecido na Lei 9.868/99.

Observe-se que decisões em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade somente poderão ser tomadas por maioria de votos, em observância ao princípio da reserva de plenário inserido no art. 97 da CF. Respectivas decisões são irrecorríveis por emanarem da mais alta Corte

Judiciária do país, ressalvada apenas a possibilidade de interposição de embargos declaratórios. Não podem ser modificadas sequer em sede de ação rescisória. Em regra, produzem efeitos *ex tunc*.

Sendo a lei inconstitucional nula, ela, em tese, não deve produzir efeitos jurídicos. Mas o Supremo, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por voto de 2/3 de seus membros, pode estabelecer que a decisão produza efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

c) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, da Constituição Federal). Novo meio de controle da constitucionalidade introduzido pela Constituição de 1988. O objeto da ação em estudo é suprir a omissão dos poderes constituídos que deixaram de elaborar a norma regulamentadora do exercício de um direito previsto na Carta Magna. Estabelece o art. 103, § 2º, que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva uma norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A omissão pode ser total, quando há falta da norma regulamentadora que possibilite o exercício do direito, ou parcial, se aquela não permitir o integral cumprimento do direito previsto na Constituição Federal.

d) Representação Interventiva (art. 129, IV, da Constituição Federal). Além da declaração de inconstitucionalidade, essa ação visa o restabelecimento da ordem constitucional no Estado ou no Município. Existem duas modalidades de ação interventiva: federal e estadual. A primeira busca promover a intervenção da União nos Estados (arts. 34, 36, III, e 129, IV), enquanto a estadual busca, por decorrência lógica, a intervenção dos Estados nos Municípios. A Intervenção federal é de competência originária do STF, e a estadual, dos Tribunais de Justiça.

O artigo 18 da Constituição Federal afirma que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Assim, a regra é a autonomia entre os entes federativos, porém, excepcionalmente, a constituição permite a intervenção, nos casos taxativos previstos nos sete incisos do artigo 34.

Uma das hipóteses de decretação da intervenção federal da União nos Estados e no Distrito Federal, prevista no art. 34, VII, da Constituição Federal, fundamenta-se na defesa da observância dos chamados princípios sensíveis: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de receitas de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Nessa hipótese, porém, a chamada intervenção normativa dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, que detém legitimação exclusiva. Note-se que o fato de a Constituição Federal referir-se à representação do Procurador-Geral da República, não altera sua natureza jurídica de ação, pois como lembrava Alfredo Buzaid, "o poder de submeter ao Julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato argüido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação".⁶

O Procurador-Geral, no exercício de suas atribuições e com base na independência funcional do Ministério Público, não está obrigado nem poderá ser compelido a ajuizar, perante o Supremo Tribunal Federal, a citada ação, tornando-se, como lembra Celso de Mello, "perfeitamente lícito ao PGR determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida. O PGR atua discricionariamente".⁷

⁶ BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 101. Neste mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, p. 630.

⁷ MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 248.

A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal (finalidade política), constituindo-se, pois, um controle direto, para fins concretos, o que torna inviável a concessão de liminar.

Uma vez julgada procedente a ação interventiva, e após seu trânsito em julgado, o Supremo comunicará a autoridade interessada, bem como o Presidente da República, para as providências constitucionais (RISTF, art. 175, parágrafo único).

Trata-se, portanto, de espécie de intervenção provocada por requisição. Uma vez decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a necessidade de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A Constituição, em seu art. 102, § 1º, estabeleceu uma nova forma de controle concentrado da constitucionalidade. Compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar e julgar a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Essa ação constitucional, prevista em norma de eficácia limitada, veio a ser regulamentada somente pela Lei 9.882/99. Possui caráter subsidiário, pois só será admitida quando não houver outro meio de sanar a lesividade, ou seja, só poderá ser proposta quando não for cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade.

Foi concedida legitimidade ativa para as mesmas pessoas e órgãos previstos no rol estabelecido no art. 103 da Constituição Federal vigente. Pode ser ajuizada para: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato ou omissão do Poder Público; e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Esse último objeto estende o alcance do controle abstrato da constitucionalidade para as leis municipais e para as elaboradas antes da vigência da atual Constituição, o que contraria a orientação jurisprudencial fixada pelo STF. A decisão proferida possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Poder Público, mas foi atribuído à Suprema Corte, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria de 2/3, a faculdade de estabelecer que só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de certo momento, a ser fixado.

Caberá, preventivamente, arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.

Nessa hipótese, o nosso ordenamento jurídico foi menos generoso que o argentino, pois somente possibilita a arguição quando se pretenda evitar ou cessar lesão, decorrente de ato praticado pelo Poder Público, a preceito fundamental previsto na Constituição, diferentemente do direito de Amparo argentino, que é admissível contra toda ação ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que de forma atual ou iminente, lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem, com arbitrariedade ou manifesta ilegalidade, direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, pelos tratados e leis.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de forma rápida, geral e obrigatória – em face da possibilidade de liminar e da existência de efeitos *erga omnes* e vinculantes – evitar ou fazer cessar condutas do Poder Público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e em especial, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os direitos e garantias fundamentais.

Entendemos que o STF poderá exercer um juízo de admissibilidade discricionário para a utilização desse importantíssimo instrumento de efetividade dos

princípios e direitos fundamentais, levando em conta o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos.

Importante ressaltar que essa discricionariedade concedida ao Supremo Tribunal Federal, decorre do fato de que toda Corte que exerce a jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público.

Para arrematar, impera dizer que o Procurador-Geral da República é sempre ouvido nos processos de controle de constitucionalidade. Sua função é de *custos legis*, de defesa da ordem jurídica, mesmo quando é o autor da ação, podendo opinar pela sua procedência ou não. (CF, art. 103, § 1º)

Já o Advogado-Geral da União exerce a função de defensor da lei (*defensor legis*) ou do ato normativo federal ou estadual impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, velando pela presunção e constitucionalidade das normas infraconstitucionais elaboradas pelo Poder Público (CF, art. 103, § 3º). Não poderá sustentar posição contrária ao ato atacado (STF, ADIn 1.254-1, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 10.09.1997). Deverá ser intimado para, no prazo de quinze dias, apresentar a defesa da lei ou ato normativo em baila (Lei 9.868/99, art. 8º).

Controle em concreto ou indireto da Constitucionalidade ou via de defesa ou de exceção.

a) o objeto da ação é a satisfação de um direito individual ou coletivo. A inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo é argüida incidentalmente (*incidentur tantum*) por qualquer uma das partes do processo, autor ou réu (via incidental ou de defesa).

b) a questão pode ser aduzida perante qualquer juiz ou tribunal (controle difuso). Os tribunais, pelo princípio da reserva de plenário, somente poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo voto

da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial (CF, art. 97).

Trata-se de uma cautela introduzida na Constituição brasileira de 1934 e reiterada em todas as seguintes. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, quer no controle em abstrato, quer no controle em concreto da constitucionalidade, dada a sua relevância, não pode variar de acordo com a composição da Turma Julgadora, nem estar sujeita a maiorias ocasionais. Argüida a inconstitucionalidade de uma lei perante órgão fracionário do tribunal, a questão constitucional deverá ser examinada pelo Plenário ou pelo respectivo Órgão Especial. Competirá ao órgão fracionário do tribunal, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno (STF, RTJ, 150:223-4).

Contudo, acompanhando a evolução jurisprudencial do STF, foi acrescentado um parágrafo único ao art. 481 do CPC, que recebeu a nova redação: "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão".

c) a decisão produz efeitos *inter partes*. Só vincula e produz coisa julgada para as partes contendoras da relação processual.

d) a questão só pode ser levantada pelo titular do direito individual ou coletivo.

e) declarada a inconstitucionalidade, faz-se necessária a comunicação da decisão ao Senado Federal para que este providencie a suspensão da executoriedade da lei declarada inconstitucional, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*. A Constituição Federal, em seu artigo 52, X, dispõe que compete privativamente ao Senado "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

A resolução senatorial não invalida, nem revoga, a lei declarada inconstitucional pelo STF, apenas lhe retira a eficácia jurídica, produzindo efeitos em

relação a todos a partir daquela data. O Senado Federal não está obrigado a suspender a executoriedade da lei. Os Poderes Judiciário e Legislativo são independentes. A decisão do Supremo não vincula o Senado, agindo este com absoluta discricionariedade. Poderá ele, inclusive, retirar parcialmente a eficácia de uma lei que o Supremo tenha, no todo ou em parte, declarada inconstitucional.

Importante, ainda, ressaltar, que é possível ocorrer o controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo. As normas de processo legislativo constitucional, previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal, possuem eficácia plena e imediata, vinculando a atividade do legislador na elaboração das diversas espécies normativas em respeito ao devido processo legislativo, que é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade.

Dessa forma, indiscutível a realização de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado em relação a normas elaboradas em desrespeito ao devido processo legislativo, por flagrante inconstitucionalidade formal. Importante, porém, analisar a possibilidade do controle jurisdicional incidir sobre o processo legislativo em trâmite, uma vez que ainda não existe lei ou ato normativo passível de controle concentrado de constitucionalidade.

4. BREVE ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO DA LEI PELO PODER EXECUTIVO

O Estado de Direito pretendeu vincular a produção do direito à vontade geral, significando dizer que o direito seria veiculado pela lei. Apenas o ato com forma de lei poderia inovar e reger a ordem jurídica.

Entretanto, mesmo num contexto liberal, se o Estado pretendeu monopolizar a função normativa, não a depositou por inteiro nas mãos do Poder Legislativo, sendo este fato – partilha da função legiferante – típico dos Estados federativos.

A descentralização legislativa deriva de delegação ou de competência conferida pelo Constituinte. Desde outro ângulo, a descentralização pode ser interna, quando operada no próprio seio do Legislativo, transferindo tarefas do plenário para outros órgãos internos, como as comissões; ou externa, quando se identifica com a transferência (autorizada pelo Constituinte ou pelo legislador) de tarefa normativa para órgãos ou entes situados na esfera funcional dos demais Poderes ou diretamente para a sociedade.

O processo de descentralização da atividade normativa não poderia deixar de contemplar o Executivo que, nas sociedades políticas contemporâneas, participa ativamente do processo legislativo. Sua interferência opera-se de dois modos: ou intervém em uma das fases do procedimento de elaboração da lei; ou exerce, ele mesmo, a função de elaborar o ato normativo, dotado ou não de força de lei.

No Brasil, em todas as Constituições, inclusive na monárquica de 1824, o Executivo foi contemplado com o direito de iniciativa legislativa. É possível que, nesse domínio, o Legislativo tenha supremacia no contexto das Cartas de 1824 (salvo a fase parlamentarista) e de 1891. Em 1934, a preeminência presidencial já se manifesta, inclusive pela criação de uma esfera de iniciativa exclusiva ou reservada que, com alguns retoques, mantém-se na Constituição em vigor.

Com efeito, em 1934, foi deferida ao Executivo a iniciativa exclusiva dos "projetos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas".

Na Constituição de 1937, que seja lembrado jamais entrou em vigor, a iniciativa legislativa cabia quase sempre ao Presidente da República. Segundo o art. 64, a iniciativa "cabe, em princípio, ao Governo". Aliás, a previsão constitucional não causa espanto: encontra-se absolutamente coerente com a ideologia autoritária na época professada no país.

A Constituição de 1946 põe fim ao autoritarismo até então imperante, incluindo nosso país no quadro das modernas democracias constitucionais. O Executivo manteve sua preeminência nessa matéria, embora sem os exageros consignados na Carta ditatorial de 1937.

Voltando, a partir de 1964, a experimentar novamente um regime político autoritário, o Executivo passou a editar farta legislação de exceção. Durante algum tempo, a ordem jurídica constitucional teve de conviver com a ordem jurídica institucional (de exceção). Na Constituição de 1967, conferiu-se ao Presidente da República a iniciativa exclusiva das leis que "(...) disponham sobre matéria financeira, criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública; fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas, disponham sobre a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, bem como sobre a organização judiciária, administrativa e matéria tributária dos Territórios; disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria dos funcionários civis, reforma e transferência de militares para a inatividade; ou concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional".

Sobre essas matérias, os parlamentares podiam exercer o poder de emenda. A Emenda Constitucional 1/1969 em nada alterou esse quadro. Enquanto

perdurou o malfadado regime militar, o Congresso apenas poderia deliberar sobre as mais significativas matérias da vida da República se provocado pelo Presidente.

A Constituição de 1988 manteve a técnica de reservar ao Executivo a iniciativa de alguns assuntos. São de iniciativa exclusiva do Presidente, no plano federal, as leis que disponham sobre: criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública; militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (art. 61, § 1º, II, letras a até f).

Manteve-se, salvo em matéria orçamentária, a vedação às emendas que aumentem despesas aos projetos de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

Não há dúvida de que o Congresso Nacional readquiriu um peso importante no quadro institucional brasileiro. Os parlamentares podem, individualmente ou em comissão (da Câmara, do Senado ou do Congresso – art. 61 da CF), apresentar projetos de lei. Releve-se, todavia, que o Presidente da República detém uma gama importante de matérias residentes no seu território reservado de iniciativa. Ademais, nos casos em que a iniciativa é concorrente, dela participando as demais pessoas e órgãos elencados no art. 61 da Lei Fundamental, o projeto de lei governamental possui um peso maior do que qualquer iniciativa isolada de parlamentar ou mesmo de comissão desta ou daquela Casa, ou do próprio Congresso.

Embora a Constituição de 1988 objetivasse devolver o país ao espaço civilizado das democracias constitucionais, não se poderia impedir o Executivo de exercer relevante destaque no processo de elaboração das leis. Afinal, esse parece ser o seu papel no presente contexto histórico. Seja no parlamentarismo, em que a colaboração entre os poderes é indispensável, seja no presidencialismo, que, inicialmente requereu uma rígida divisão de funções, a cooperação entre os órgãos constitucionais do Estado, notadamente entre o Executivo e o Legislativo, definitivamente se impõe.

Um modo de intervenção do Executivo no procedimento de elaboração da lei manifesta-se por ocasião da aposição do veto ou da sanção. A vontade do Executivo exteriorizada neste momento pode determinar a sorte da produção legislativa.

A sanção identifica uma das operações integrativas formais e de fundo na feitura da lei: aquela pela qual o Presidente da República, que, na espécie, poderia vetar, aprova o ato legislativo. Como ensina o insuperável mestre José Afonso da Silva "(...) a sanção continua, assim, não mera ratificação ou confirmação de uma lei já nascida, mas a adesão dada pelo Chefe do Poder Executivo ao projeto já aprovado pelas Casas, de tal sorte que, enquanto ela não se manifesta, a obra legislativa não se encontra definitivamente formada. Em realidade, no caso, existem duas vontades legislativas paralelas, a do Governo e a das Casas Legislativas, cujo concurso é constitucionalmente necessário para o nascimento mesmo da lei".⁸

A sanção, em sua dupla formulação (positiva e negativa), constitui tradição do direito brasileiro. A Constituição imperial já previa o veto, ainda que apenas total, expresse (art. 64) ou tácito (art. 67). Nos termos do art. 67, a sua aposição era praticamente insuperável (somente poderia ser rejeitado quando mantido em duas legislaturas sucessivas, isto é, em oito anos).

Guardado pelas demais Constituições, o instituto chegou até a Carta de 1988, disciplinado no art. 66. Da leitura do texto, percebe-se que encaminhado o

⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 184.

projeto pelo Congresso ao Presidente, poderá este proceder de três modos: ou no prazo de quinze dias úteis sanciona expressamente o projeto, transformando-o em lei; ou silencia, manifestando-se, no prazo constitucionalmente estabelecido, a denominada sanção tácita; ou, finalmente, no mesmo prazo, motivadamente, nega a sanção ao projeto (veto) por julgá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público. Neste caso, deverá comunicar o veto, oferecendo suas razões ao Congresso para que este, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, em escrutínio secreto, delibere sobre a matéria.

O veto presidencial não é absoluto, deduz-se, mas suspensivo, podendo ser rejeitado. Se mantido, o projeto não se transforma em lei. Se rejeitado, deverá ocorrer a promulgação da lei.

Outra forma de intervenção do Executivo na formação das normas jurídicas cinge-se à promulgação e publicação das leis. A promulgação, pelo menos no sistema jurídico brasileiro, não constitui propriamente um direito ou um poder, mas, antes, uma imposição constitucional. Revela, pois, uma obrigação imposta sucessivamente ao Presidente da República, ao Presidente do Senado e ao Vice-Presidente deste.

Não se discute a natureza jurídica da promulgação: se ato de natureza executiva ou legislativa. Importa apreender, para efeito do vertente estudo, o seu sentido.

A promulgação é o ato pelo qual a autoridade competente, em princípio o Chefe do Poder Executivo, comunica aos cidadãos a criação de uma nova lei. A promulgação é o ato mediante o qual o Executivo autentica a lei, isto é, atesta a sua existência, ordenando-lhe a aplicação, e conseqüente cumprimento por parte de terceiros. A promulgação atesta a existência de uma lei já perfeita, compondo juntamente com a publicação uma fase de integração da eficácia da lei.

No Brasil, nem todos os atos legislativos são promulgados pelo Presidente da República. Com efeito, as leis constitucionais (emendas à

Constituição) são promulgadas pelas mesas das Casas do Congresso Nacional. Os atos legislativos que veiculam matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional ou da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado são promulgados pelos respectivos Presidentes das instituições mencionadas.

São promulgadas pelo Presidente da República as medidas provisórias e as leis delegadas. Estas espécies legislativas, por evidente, não se submetem à oportunidade de sanção. Podem, igualmente, ser promulgadas pelo Presidente da República todas as espécies legislativas submetidas à sanção presidencial – as leis ordinárias, inclusive as orçamentárias, e as leis complementares.

É verdade que a Carta Política de 1988 recobrou a dignidade política do Congresso Nacional. O constituinte procurou restabelecer as prerrogativas perdidas no contexto do regime militar. Bastam dois exemplos para justificar a afirmação: a Constituição prevê o veto legislativo, por meio do qual o Congresso pode sustar os atos normativos do Executivo, exorbitantes do poder regulamentar ou de delegação legislativa (art. 49, V). O constituinte também suprimiu o odioso regime de aprovação tácita de lei de iniciativa governamental com pedido de deliberação em regime de urgência. Não há mais aprovação ficta por decurso de prazo de projeto de lei, mesmo de iniciativa governamental, no direito constitucional brasileiro.

Não obstante, o governo consegue rotineiramente influenciar o procedimento de elaboração da lei de outros modos. Compete ao Chefe do Executivo, por exemplo, remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do país e solicitando as providências que julgar necessárias. O Presidente da República pode, por outro lado, convocar extraordinariamente o Congresso em caso de urgência ou interesse público relevante. Pode, ainda, solicitar urgência na apreciação de projetos de sua iniciativa. Neste caso, se a Câmara e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente e em até quarenta e cinco dias sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, a fim de que se ultime a votação (art. 34, §§ 1º, 2º e 3º, da CF).

O governo pode, de igual modo, induzir a atividade legislativa mediante o encaminhamento de informações solicitadas pelo Congresso. É dado às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal encaminhar pedidos escritos de informações aos Ministros de Estado (art. 49, § 2º), sem contar que os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara, ou a qualquer de suas comissões, por iniciativa e mediante entendimento com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu ministério (art. 49, § 1º).

5. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS

No mundo contemporâneo, não é difícil perceber que a lei vem sendo, também, elaborada pelo Executivo. É possível afirmar que o Executivo legisla em face de delegação com assento constitucional, em face de delegação anômala e, finalmente, em face de atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional. No último caso, a atribuição pode ser exercida em situação de normalidade constitucional ou em situação de crise.

A delegação com assento constitucional dá-se quando a Lei Fundamental confere ao ato normativo do Executivo natureza de ato legislativo. Esse tipo de delegação pode ser encontrado nas Constituições do pós-guerra.

Por delegação anômala, entende-se aquela autorizada pelo parlamento, mas que implica a produção, pelo Executivo, de ato normativo despido de força de lei e, portanto, dotado de mero caráter regulamentar. Esse tipo de delegação não se confunde com a delegação com assento constitucional porque: o beneficiário não será necessariamente o governo; o ato normativo editado pelo órgão beneficiário não terá forma e/ou força de lei; não obstante possa estar prevista no Texto Constitucional, normalmente a Constituição a ela não se refere. Trata-se, na verdade, de fórmula ampliativa do poder regulamentar do Executivo.

As chamadas Medidas Provisórias se encaixam no grupo focado pela atividade legislativa decorrente de atribuição constitucional. O Presidente da República emana atos normativos primários – as medidas provisórias – a partir de competência diretamente conferida pela Constituição.

Nos termos do art. 62 da Constituição de 1988, “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”. O § 3º do mencionado dispositivo completa: “as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual

período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

No Brasil, o constituinte preferiu tratar a medida provisória como espécie normativa autônoma, integrante do processo legislativo, na forma do art. 59 da Lei Fundamental. Com a Constituição de 1988, o Presidente da República edita medidas provisórias veiculadas por um instrumento que assume idêntica denominação. O mesmo não ocorre com os regulamentos, veiculados que são por meio de decretos.

Os pressupostos para sua edição funcionam quer como fontes legitimadoras da atuação normativa excepcional do Presidente da República, quer como mecanismos deflagradores de sua competência legislativa extraordinária. A rigor, se é certo que não tem o Poder Executivo competência para exercer a função legislativa plena mediante edição de medida provisória, não é menos certo que um caso de relevância e urgência serve de pressuposto para a sua atuação excepcional, controlada, *a posteriori*, pelo Congresso Nacional.

São pressupostos formais da medida provisória: edição pelo Presidente da República e submissão imediata ao Congresso Nacional. São pressupostos materiais: relevância e urgência. Como os formais são bastante claros, cumpre limitar, neste ponto, a investigação aos pressupostos materiais exigentes de satisfação cumulativa.

Conquanto indeterminados, e por isso insuscetíveis de determinação, *a priori*, um ensaio de precisão dos pressupostos da medida provisória deve ser intentado. Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível ou fundamental. 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.

Além de relevante, a situação exigente da adoção da medida provisória deve ser urgente. O pressuposto da urgência admite maior precisão conceitual: a urgência alia questão de momento à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência. Relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Com urgência, está-se a indicar perigo de dano. Se a relevância é da matéria e da situação, a urgência é do provimento. Uma ação é urgente quando inadiável para alcançar determinado fim.

A doutrina brasileira, neste particular, alcançou relativo consenso. Não é de esquecer, entretanto, que urgente deve ser não apenas a adoção da norma editada (vigência), como, igualmente, a sua incidência (aplicação). Por isso, a melhor doutrina tem como inadmissível a adoção de medida provisória para produzir efeitos após determinado lapso temporal (eficácia diferida).

Embora inexista expressa determinação constitucional nessa direção, em virtude da excepcionalidade, a edição da medida provisória deve ser suficientemente motivada. Compete ao Presidente da República demonstrar, mediante razões, a ocorrência dos pressupostos autorizadores. Tramita no Congresso Nacional projeto de lei complementar que exige expressamente a motivação das medidas provisórias, especialmente para facilitar o juízo de admissibilidade a ser exercido pelo Legislativo, ou de constitucionalidade pelo Judiciário. Todavia, não só a motivação é necessária, como também a existência de correlação estreita entre os motivos invocados e a disciplina normativa expendida.

O constituinte indicou algumas matérias como pertencentes à reserva de competência absoluta do Legislativo, insuscetíveis de delegação. Em que pese, no

sistema brasileiro, não se confundir competência presidencial disposta no art. 62 da CF com a delegação legislativa, nem por isso o Presidente da República pode, por meio de medida provisória, regular aquelas matérias definidas no § 1º do art. 68. Se tais matérias configuram reserva absoluta do Legislativo, não podendo, então sofrer delegação, é porque o Constituinte não admite sobre elas a livre e indiscriminada incursão do Poder Executivo.

As áreas substantivas de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa de cada uma de suas Casas, ainda que veiculadas por atos dotados de força de lei, não dizem respeito necessariamente à ação normativa do Estado, mas, basicamente, ao controle do parlamento sobre os atos dos demais Poderes, em especial, sobre aqueles do Executivo. Estão a salvo, portanto, de tratamento por medida provisória. Constituiria verdadeira aberração admitir-se medida provisória, *v.g.*, autorizando o Presidente a ausentar-se do país, aprovando o nome dos Ministros do STF indicados pelo Presidente ou aprovando a conclusão de tratados internacionais.

A medida provisória não pode também regular matéria reservada à lei complementar, nem dispor sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, penal, processual penal e processual civil; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (ressalvado o disposto no art. 167, § 3º); que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; e, por fim, sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. Em relação à lei orçamentária, é lícito o uso de medida provisória numa única hipótese, prevista no art. 167, § 3º, da Constituição Federal: para fins de abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Ensina o professor José Afonso da Silva que "(...) uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá

disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que as medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas”.⁹

Nesse ponto, é forçoso concordar com Eros Roberto Grau: tratando-se a medida provisória de lei “que tem vigência imediata, porém provisória, não podem ser implementadas através dela soluções que produzam efeitos que não possam ser arredados. Os seus efeitos devem necessariamente permitir o seu desfazimento. É evidente que não podem consubstanciar matéria cuja eficácia é diferida. Se é esse o caso, e ainda assim urgente a matéria, o Presidente da República poderá solicitar urgência no projeto de lei que, dele tratando, encaminhar ao Congresso Nacional.”¹⁰

Clèmerson Merlin Clève conclui “serem insusceptíveis de disciplina por meio de medida provisória baixada pelo Presidente da República as matérias que não reclamam tratamento legislativo, as que se satisfazem com o tratamento normativo secundário, aquelas que não admitem delegação, as exigentes de eficácia diferida, aquelas que desafiam eficácia normativa que, por sua natureza, inadmitem desconstituição, as sujeitas à iniciativa legislativa privativa dos demais Poderes (inclusive Ministério Público e Tribunal de Contas), as residentes no campo de competência concorrente e privativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios e as interferentes no exercício da atividade conferida aos demais poderes e órgãos constitucionais”.¹¹

Mas as limitações materiais não param por aí. Sem embargo, o Presidente da República está impedido de veicular, por meio do instrumento normativo contingencial, matéria já apreciada, em sede de juízo abstrato incidente sobre medida de idêntica natureza, com censura de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A reiteração de medida reprovada substanciaria afronta

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª edição, São Paulo: RT, 1989, p.459.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Medidas provisórias na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, nº 658, ago/1990, p. 241.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2000, p.186/187.

ao Poder Judiciário e violação ao princípio da separação e harmonia entre os poderes da República.

Importante ressaltar que não existe possibilidade de reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional. Neste ponto, filiamos integralmente à opinião consensual da doutrina constitucional brasileira, que enfatiza com veemência a impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.

Tratando-se de medida provisória formalmente rejeitada, o Supremo Tribunal Federal não admite sua reedição, pois o Poder Legislativo seria provocado para manifestar-se, novamente, sobre matéria que já houvera rejeitado, e com o gravame da nova e insistente regulamentação de matéria já rejeitada voltar a produzir efeitos, até que fosse, novamente, rejeitada.

Em sábia lição, o professor Alexandre de Moraes, afirma que “a reedição de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional configura, inclusive, hipótese de crime de responsabilidade, no sentido de impedir o livre exercício do Poder Legislativo (CF, art. 85, II)”.¹²

A rejeição tácita da medida provisória pelo Congresso Nacional, a partir da Emenda Constitucional nº 32/01, permite uma única prorrogação de sua vigência pelo prazo de 60 dias. Se, porém, após esse novo prazo, igualmente o Poder Legislativo permanecer inerte, a rejeição tácita se tornará definitiva, impedindo a reedição da medida provisória na mesma sessão legislativa.

Ressalte-se que a proibição de o Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional uma medida provisória que tiver editado, podendo, entretanto, ab-rojá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato

¹² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, p. 554.

pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá restabelecer, mediante a rejeição da medida ab-rogatória.

A edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, convertendo-se em lei, opera-se a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tomando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada.

Em matéria penal, não há motivo para dúvida. A medida provisória não se presta a discipliná-la (especialmente para instituir ilícitos, redefini-los ou majorar penas). Deveras, nem por lei delegada pode ser regulada questão que envolve, talvez, o mais precioso dos direitos individuais, o direito à liberdade. E se descabe, a respeito, lei delegada, descabe, igualmente, a medida provisória (matéria sob reserva absoluta de competência do Parlamento). Por outra perspectiva, o regime da tipificação de condutas como ilícitos penais repele a possibilidade de crimes condicionais, provisórios. A probabilidade de condenação por crime definido em medida provisória implica eventual manifestação de efeito irreversível, incompatível com a legislação de urgência, caracterizada pela provisoriedade de suas disposições.

Duas medidas provisórias trataram de matéria penal (nº 153 e 156, ambas de 15.03.1990). Foram elas objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República. Não houve, porém, manifestação da Suprema Corte, eis que nova medida provisória, a de nº 175, de 27.03.1990, acabou por declará-las nulas e de nenhuma eficácia. Sobre as medidas incorreu, igualmente, manifestação congressual, o que foi suficiente para tornar prejudicada a ação direta intentada perante o STF. Do episódio, ficou assentado na experiência constitucional brasileira que a medida provisória não pode dispor sobre matéria penal.

Em relação à matéria tributária, ressalte-se que, por relevância da decisão, o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente e em sede de medida liminar, admitiu edição de medida provisória para determinar a extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da Previdência Social, observando, porém, a obrigatoriedade do cumprimento do prazo de noventa dias para sua exigibilidade, nos termos do art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, também em sede liminar admitiu a instituição de tributos por medida provisória, pois conforme ressaltado pelo Min. Rel. Octávio Gallotti “tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já se sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu”¹³, porém, ressaltou a obrigatoriedade do respeito ao art. 150, inc. III, a, da Constituição Federal.

Igualmente, porém em decisão definitiva de mérito, o Plenário do STF julgou parcialmente inconstitucional a medida provisória nº 628, de 23-09-1994 e suas sucessivas reedições até a medida provisória nº 1.482-34, de 14-03-97, entendendo, apesar da possibilidade de instituição de tributos, absolutamente necessário o respeito por parte das medidas provisórias, do princípio da anterioridade do Direito Tributário.

Assim, no Pretório Excelso já encontra-se pacificada a plena e legítima possibilidade de disciplinar matéria de natureza tributária por meio de medidas provisórias, que por previsão constitucional têm força de lei.

A Emenda Constitucional nº 32/01, seguindo essa orientação do STF, determinou possível a edição de medidas provisórias para instituição ou majoração de impostos, desde que respeitado o princípio da anterioridade.

De outro ângulo, aduz o mestre Hugo de Brito Machado que as “medidas provisórias já não podem instituir nem aumentar impostos, salvo aqueles

¹³ Adin 1.417-0/DF – Ementário nº 1.829-01

excluídos do princípio da anterioridade tributária, prestando-se apenas como instrumento para iniciar o processo legislativo para sua instituição ou aumento. É assim porque a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, incisos I, II, IV e V, e 154, inciso II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Pela mesma razão, a anterioridade de noventa dias a que se sujeitam as contribuições sociais por força do art. 195, § 6º, da Constituição Federal há de ser contada a partir da publicação da lei em que se tenha convertido a medida provisória".¹⁴

Observe-se, porém, que a atual redação do § 2º, do art. 62, representou grande avanço em relação à posição jurisprudencial anterior, pois, enquanto o STF entendia satisfeito o princípio da anterioridade tributária desde que a primeira medida provisória que tratasse da instituição ou majoração de impostos tivesse sido editada no exercício financeiro anterior, a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01 exige que a medida provisória tenha sido convertida em lei até o último dia do exercício financeiro anterior para produzir efeitos.

Além disso, em respeito ao princípio da segurança jurídica e receando repetição de absurdos planos econômicos, a Constituição passou a vedar a edição de medidas provisórias que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou de qualquer outro ativo financeiro.

Ainda, vedou-se a edição de medidas provisórias sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República, hipótese que consistiria em flagrante desrespeito à Separação de Poderes.

De certo, prega o emérito professor Hugo de Brito, "o regramento constitucional das medidas provisórias foi alterado pela Emenda Constitucional n.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 77.

32, de 11.9.2001, que superou muitas das disputas doutrinárias em torno do tema e certamente outras tantas vai suscitar”.¹⁵

¹⁵ Ob. Cit. p. 76.

6. CONTROLE PARLAMENTAR DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Congresso Nacional apreciará a medida provisória no prazo improrrogável de sessenta dias, a fim de convertê-la em lei.

Discute-se se a competência é exclusiva do plenário (das duas Casas) ou se, antes, pode ser exercida por comissão. Entendem alguns que cabe unicamente ao pleno do órgão parlamentar apreciar o ato legislativo do Presidente da República. Nesse sentido, “questões prejudiciais referentes à constitucionalidade, ou não, da medida provisória, poderão até influir e condicionar a decisão plenária. Jamais legitimarão, no entanto, a ocorrência de incidentes procedimentais que impeçam a regular instauração do processo de conversão ou, então, operem sua anômala extinção, sem possibilidade de apreciação do ato pelo plenário do Congresso Nacional”. Com efeito, descabe à Mesa do Congresso indeferir, liminarmente, o processamento da medida provisória. Semelhante atitude configuraria violação ao devido processo legislativo. Afinal, a mesa do Congresso não é o Congresso Nacional. Não se pode, porém, desde o ponto de vista constitucional, excluir a possibilidade de conversão por comissão (com possibilidade de interposição de recursos para o plenário).

No Brasil, a normativa constitucional reclama apenas a conversão pelo Congresso Nacional. Em nenhum momento, o Constituinte confere, com exclusividade, a apreciação da medida provisória ao plenário. De outro viés, a Constituição Federal admite que as comissões, em razão da matéria de sua competência, possam “discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa” (art. 58 § 2º, I, da CF). Portanto, não se afiguraria despropositada norma regimental atribuir à comissão, com possibilidade de interposição de recurso ao pleno, competência para decidir, não apenas a respeito da admissibilidade (pressupostos de habilitação), mas também da constitucionalidade e do mérito da medida provisória, sem afrontar a Constituição.

O controle parlamentar assume dupla dimensão: é político e jurídico, a um só tempo. A atividade de Legislativo não é absolutamente livre, circunscrevendo-se às diretrizes, normas e princípios aprovadas pelo Constituinte. Por isso, o Congresso Nacional haverá de formular juízo político, mas também jurídico, no tocante à admissibilidade (concretização dos pressupostos de edição) da medida provisória.

É inegável que, nesse particular, a dimensão política do controle vai prevalecendo sobre a jurídica. Superada esta fase, e apreciado o conteúdo da medida provisória sob a perspectiva de sua compatibilidade com a Constituição, os critérios da conveniência e oportunidade orientarão a manifestação congressional (conversão ou rejeição). Aliás, a constitucionalidade é questão prejudicial desta. Nesse ponto, a apreciação do Congresso não deve ser mais do que jurídica. Havendo compatibilidade da matéria disciplinada pela medida com a Lei Fundamental, superada a questão prejudicial, o parlamento está livre para apreciar politicamente o ato legislativo provisório. Lamentavelmente, porém, o Congresso Nacional tem relegado a segundo plano o exercício do controle jurídico das providências normativas de urgência. Consequência: medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido, às dezenas, convertidas em lei. Na prática, o controle duplo vem sendo simplificado até sua redução àquele de natureza exclusivamente política (no menor sentido da expressão, infelizmente).

No Brasil, promulgada a Constituição Federal de 1988, o então Consultor Geral da República sustentou a tese correta de que o procedimento de conversão tem, no projeto de lei, o instrumento de sua realização. Assim, é por ele que concretiza a determinação constitucional de transformação da medida provisória em lei. Não obstante, entendeu-se que, em razão da urgência, o Congresso poderia decidir pela ratificação direta da medida provisória. Inexistente emenda à medida, ao Presidente não seria facultada oportunidade para aposição de veto. Seria, todavia, encaminhado ao presidente da República o projeto de lei de conversão aprovado com emendas, sobre o qual incidirá sanção ao veto, inclusive parcial, na forma do art. 66 da CF.

O Congresso Nacional adotou a sistemática. Medidas provisórias simplesmente aprovadas pelo Congresso Nacional são promulgadas pelo Presidente do Senado Federal (no exercício da função de Presidente do Congresso Nacional) como lei. Há um equívoco na formulação. Tem-se que, no Brasil, a promulgação de medidas provisórias como lei pelo Presidente do Senado, conquanto aprovadas sem emendas, agride a ordem constitucional.

As leis submetem-se ao processo legislativo disciplinado na Constituição Federal, convindo concordar que ao Presidente da República, na forma do art. 84, IV, da Lei Magna, compete sancionar, promulgar e fazer publicar leis. De outro ângulo, o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, disporá sobre todas as matérias de competência da União, salvo as hipóteses de competência exclusiva do Congresso, ou de competência privada do Senado e da Câmara (CF, art. 48). Nos termos do art. 66, *caput*, da CF, concluída a votação será enviado o projeto de lei ao Presidente da República que, aquiescendo, o sancionará. O § 7º do mesmo artigo determina que o Presidente do Senado promulgará, apenas, as leis que, no prazo de quarenta e oito horas, não forem antes promulgadas pelo Presidente da República.

No procedimento de conversão, o legislativo pode aprovar emendas (aditivas, modificativas ou supressivas) às medidas provisórias. Todavia, não se pode considerar as leis de conversão como decorrentes de um procedimento normal de atuação legislativa.

Observados certos limites, ao Legislativo é dado modificar a medida provisória, adicionando, modificando ou suprimindo dispositivos. Porém, as partes da lei de conversão não reprodutivas da medida provisória, ao entrarem em vigor, apenas operam eficácia *ex nunc*, não produzindo efeitos retroativos. A supressão de dispositivo implica a rejeição parcial da medida provisória, decisão que se opera *ex tunc*.

Se é certo que a Constituinte de 1988 não vedou a possibilidade de o Congresso Nacional modificar o texto normativo adotado pela medida provisória,

também é certo que não ofereceu condicionamentos expressos a essa faculdade. Do ponto de vista estritamente constitucional, os limites seriam aqueles que, igualmente, vinculam o Congresso na sua atividade legiferante ordinária (art. 166, §§ 3º e 4º, e art. 63, I e II, da CF).

Tida como rejeitada, a medida será arquivada, baixando o Presidente do Congresso Nacional ato declaratório de sua insubsistência, feita a devida comunicação ao Presidente da República. A comissão mista elaborará projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes de sua vigência, o qual terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados (art. 6º.)

Admitida a medida provisória, o parecer da comissão, a ser encaminhado à Presidência do Congresso no prazo máximo de quinze dias, deverá examinar a matéria quanto aos aspectos constitucional e de mérito. A comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da medida provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada. Quando resolver por qualquer alteração de seu texto, deve concluir pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; ou pela apresentação de projeto de decreto legislativo disciplinado as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados (art. 7º). Aprovado o projeto de lei de conversão, será ele enviado à sanção do Presidente da República.

Exaurido o prazo da Comissão para a apresentação do parecer, tanto com referência à admissibilidade da medida quanto à sua constitucionalidade e mérito, será designado pelo Presidente do Congresso relator que o proferirá em plenário, no prazo máximo de vinte e quatro horas (art. 8º). Em plenário, a matéria será submetida a um único turno de discussão e votação (art. 9º).

Sendo a medida aprovada, sem alteração de mérito, ocorrerá o encaminhamento de seu texto para autógrafos ao Presidente da República para publicação como lei (art. 18).

Como se pode perceber, o procedimento de conversão não se confunde com o procedimento ordinário de produção legislativa. A lei de conversão não pode, por isso, ser considerada um modo normal de manifestação do Congresso Nacional. Deste fato emergem importantes consequências jurídicas, inclusive a permanência, na lei decorrente, do vício maculador presente na medida provisória que lhe deu origem.

7. CONTROLE JUDICIAL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

As medidas provisórias de acordo com o disposto no art. 62 da Constituição Federal vigente, justificam-se a partir de dois requisitos: relevância e urgência. Embora o texto constitucional não avance na explicação do que seria relevante e urgente, não é difícil extrair da própria Lei Maior e dos princípios gerais do direito o seu significado jurídico.

Partindo-se da certeza que o Estado brasileiro é de direito e democrático, onde a tripartição dos poderes é garantia do sistema de freios e contrapesos, onde a independência lhe confere justamente o tom do equilíbrio, o Legislativo efetivamente legisla, o Executivo governa e o Judiciário aprecia e julga o desrespeito ao ordenamento jurídico. Numa ordem natural, a relevância enquanto categoria que possa levar à exceção do processo legislativo ocorreria em casos de extrema necessidade, onde a falta do comando legal pudesse levar a uma situação caótica, de desgoverno ou de grave abalo à paz social ou econômica, comprometendo os fundamentos do Estado – a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. De modo diferente, não há como justificar a edição da medida provisória.

O art. 62, ao usar a preposição aditiva e exige também o requisito da urgência, cujo conteúdo e importância podem ser extraídos do conceito existente como pressuposto da ação cautelar. Assim, urgente é o que não se pode prescindir sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação, sob a ótica dos direitos existentes, e não da vontade política, em desatenção ao primado do Estado de Direito; tanto que somente se justifica a medida se o Congresso não puder cumprir o seu papel: legislar de forma a garantir o espírito democrático do Estado brasileiro, vindo a comprometer direitos fundamentais e a ordem jurídica.

A edição de medidas provisórias para implementar políticas de governo é antidemocrático, ditatorial e causa insegurança jurídica com prejuízos irreparáveis. A ausência de um dos pressupostos antes estudados, torna a medida provisória

inválida e ilegítima, passando a ser instrumento de arbítrio e de força contrária à democracia e ao Estado de Direito.

Diante dessas circunstâncias, é que a fiscalização jurisdicional das providências normativas emergenciais pode ocorrer em três níveis. Está-se a referir, primeiro, ao controle dos pressupostos de habilitação (se, afinal, estão ou não presentes); depois, ao controle da matéria objeto da medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); e, finalmente, ao controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se é compatível, desde o ponto de vista substantivo, com as normas e princípios plasmados no Estatuto Fundamental). O Poder Judiciário vem exercendo a última dimensão de controle plenamente. Quanto às primeiras, não há dúvida de que poderia exercê-la, se assim desejasse.

Analisando-se o problema do tratamento, por medida provisória, de determinado campo substantivo, tem-se que a doutrina tem procurado delimitar o âmbito material de incidência das medidas provisórias. No entanto, o esforço não tem sensibilizado o Supremo Tribunal Federal. Nesse campo, os julgadores preferem, ao que tudo indica, a segurança da interpretação literal ao eventual risco da lógica hermenêutica mais sofisticada. É indubitável que a exagerada cautela no tratamento das questões constitucionais tem contribuído, e muito, para o recorrente abuso do Executivo no desempenho de sua função legiferante.

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

Em relação ao controle dos pressupostos autorizadores da medida provisória, a postura do Supremo Tribunal Federal tem sido, lamentavelmente, acanhada. Temia-se que, neste particular, a Excelsa Corte reproduzisse o entendimento adotado por ocasião dos antigos decretos-leis. No contexto da Constituição de 1967, a Suprema Corte Federal manifestou-se no sentido de que os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário, por envolverem, afinal, questão política. Com a Constituição de 1988, a Corte Constitucional poderia rever tal entendimento.

Foi assim que, em 1989, o Supremo, em *leading case*, conferindo matiz à posição anterior, admitiu o controle dos pressupostos da medida provisória, todavia apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, diante de abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República.

Nesse sentido, o Plenário do STF, em decisão unânime deferiu pedido de medida cautelar, para suspender medida provisória, em face da inexistência de relevância e urgência, afirmando que: "Medida provisória: excepcionalidade de censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quando a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a aplicação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa".¹⁶

Da mesma forma, o Pretório Excelso concedeu medida liminar entendendo que "a edição de medida provisória faz-se no campo da excepcionalidade. Leitura eqüidistante do artigo 62 da Carta Política da República revela a necessidade de concorrerem requisitos, a saber: a relevância e a urgência do trato da matéria de forma excepcional, ou seja, pelo próprio Presidente da República e em detrimento da atuação dos representantes do povo e dos Estados,

¹⁶ STF, Adin nº 1.753-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, Seção I, 12.06.1998, p. 51.

ou seja, das Câmaras Legislativas. Pois bem, na espécie, não estão presentes estas condições, no que modificada a lei que já se encontrava em vigor em 1992".¹⁷

Portanto, os requisitos de relevância e urgência, em regra, deverão ser analisados, primeiramente, pelo próprio Presidente da República, no momento da edição da medida provisória, e, posteriormente, pelo Congresso Nacional, que poderá deixar de convertê-la em lei, por ausência dos pressupostos constitucionais. Excepcionalmente, porém, quando presente desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, por flagrante inobservância da urgência e relevância, poderá o Poder Judiciário adentrar na esfera discricionária do Presidente da República, garantindo-se a supremacia constitucional.

Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, "A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos (relevância e urgência), pelo Chefe do Poder Executivo, constituiu razão bastante para justificar controle jurisdicional. O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluísse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos, caso admitido fosse implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com nosso sistema constitucional".¹⁸

O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que, se a medida provisória, no caso de não-manifestação do Congresso, vier a ser reeditada, ou vier a ser convertida em lei, será necessário que o autor adite pedido de extensão da ação direta proposta à nova medida provisória ou à lei de conversão, para que a inconstitucionalidade argüida possa ser apreciada, inclusive no tocante à medida liminar requerida. Tal posicionamento decorre da circunstância de que a ação direta de inconstitucionalidade perde o seu objeto quando o ato normativo impugnado deixa de vigorar, o que ocorre com a medida provisória que, para não ter sua eficácia temporária desconstituída *ex tunc*, necessita de que seu conteúdo seja

¹⁷ STF, Adin nº 1.849-0/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, Seção I, 27.08.1998, capa.

¹⁸ RTJ 151/331-335

objeto de nova medida provisória ou de lei de conversão, hipóteses em que o ato normativo em vigor será essa nova medida provisória ou a lei de conversão.¹⁹

A conversão da medida provisória em lei, sem alterações em seu conteúdo, não acarretará a prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade material da mesma, posto que sua aprovação e promulgação integrais apenas se transformam em espécie normativa definitiva, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservado seu conteúdo original. Observe-se, porém, que haverá necessidade do autor da ação direta aditar seu pedido, juntando o texto definitivo da lei de conversão.

Um longo caminho ainda deve ser perseguido pela Suprema Corte. Alguns Ministros, inclusive, têm, de modo incansável, mas nem sempre com sucesso, procurado convencer seus pares a respeito da necessidade de uma atuação mais firme. O modo de composição do Supremo Tribunal Federal, todavia, parece condená-lo ao tipo de atuação que o tem caracterizado.

Com efeito, o controle jurisdicional dos pressupostos autorizadores da medida de urgência tem sido reclamado pelos juristas comprometidos com a efetividade da Constituição. Aliás, no regime presidencialista de governo (regime de separação de poderes por excelência), o controle, como antes afirmado, deve ser ainda mais rigoroso do que aquele experimentado na Itália e na Espanha, países que adotam o parlamentarismo.

Cumprido ao Judiciário, advoga-se, aceitar que os pressupostos autorizadores da medida provisória e sua valorização não substanciam questões políticas insuscetíveis ou suscetíveis apenas em caráter excepcional, de apreciação jurisdicional. Afinal, o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, expressamente referido pela Constituição, implica a plena sindicabilidade dos atos do Poder Público, especialmente quando violadores de direitos. A definição de eventual questão como política não deve ser suficiente para imunizá-la do contraste judicial.

¹⁹ STF – Pleno – ADIn 1.647-4/PA – Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, Seção I, 26.03.1999, capa

Melhor seria que o Judiciário aceitasse os pressupostos de edição como conceitos jurídicos indeterminados. A diferença fundamental entre o poder discricionário e o conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, alerta Almiro do Couto e Silva, "está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida (...). Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar-se a aplicação correta ou equivocada".²⁰

Nesse particular, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe de modo singularmente acertado que "o Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem".²¹

Em direção semelhante transita o ensinamento de Eros Roberto Grau que focaliza, especialmente, o conceito de urgência da seguinte forma: "(...) o que ora desejo enfatizar, apenas, é que a declaração de urgência, sobretudo, pode ser questionada perante o Poder Judiciário por quem se pretenda atingido, em interesse legítimo, pela adoção de medida provisória".²²

A circunstância de o Congresso Nacional ter convertido a medida provisória em lei (embora sem a presença dos pressupostos habilitantes, tratando de matéria insuscetível de disciplina provisória, e dispondo sobre este ou aquele tema de modo contrário à Constituição) não repele o exercício do controle jurisdicional, como ensina Marco Aurélio Greco: "se a medida provisória é inconstitucional,

²⁰ COUTO E SILVA, Almiro. *Poder Discricionário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 1990, p. 59/60.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Perfil Constitucional das Medidas Provisórias*. São Paulo: RDP, n° 95, jul/set, 1990, p. 82.

²² GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1990, p. 242.

padece de vício de nulidade que a atinge desde o momento da sua adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo".²³

Por outro lado, não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Constituição de 1967, decidiu que os vícios materiais do decreto-lei (lembrando-se que as matérias, suscetíveis de serem objeto do decreto-lei, estavam expressamente previstas pela Constituição) não poderiam ser convalidados pela sua aprovação expressa ou tácita pelo Congresso Nacional.

É de esperar que, no mínimo, o Supremo Tribunal Federal venha a repetir esse entendimento – no sentido de que a lei de conversão não convalida os vícios presentes na medida provisória convertida – nas hipóteses em que a Lei Fundamental designadamente por meio de emendas à Constituição vede de modo expresse a legislação por medidas provisórias.

²³ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*, São Paulo: RT, 1991, p. 48

8. PECULIARIDADES DA EC 32/2001

A nova redação dada ao art. 246 da Constituição Federal proibiu que artigos nela encartados, cuja redação tenha sido modificada por meio de emenda constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação da EC 32/01 (inclusive), fossem regulamentadas por meio de medida provisória.

Significa dizer que as matérias como a reforma administrativa perpetrada através da EC 19/98 e a reforma previdenciária realizada por meio de EC 20/98 não poderão ser regulamentadas por meio de medida provisória. Sensata tal disposição. É que admitir o contrário seria um desrespeito à inteligência da própria Carta Maior e a seus instrumentos legislativos.

A possibilidade de alteração constitucional não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da Constituição. Seria um contra-senso permitir que uma medida provisória adote disposição contrária àquela cuidada por uma emenda constitucional, processo legislativo especial e mais difícil que o ordinário, que deve ser discutida e votada por ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, concedendo-se-lhe aprovação com 3/5 dos votos dos respectivos membros. Significaria retirar a legitimidade de um instrumento qualificado por outro – da mesma hierarquia constitucional, diga-se – mas com posterior sujeição para análise formal e material da sua constitucionalidade.

Em outro aspecto, de má-fé, o governo praticamente perpetuou as MP's editadas até 11.09.2001 e que estavam pendentes de apreciação, fazendo-o com a regra do art. 2º da EC 32/2001. Pelo disposto neste artigo, permanecerão em vigor, indefinidamente, as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da emenda, isto é, sem obediência ao prazo antigo de trinta dias para conversão em lei ou ao novo de sessenta, valendo até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Nos dez dias que antecederam a EC 32/2001, o Executivo editou nada mais que 21 medidas provisórias, não precisando qualquer delas de serem reeditadas. Simplesmente continuarão em vigor por prazo indeterminado.

Evidente resta a inconstitucionalidade de tal disposição secundária, porquanto fere frontalmente o princípio da Separação dos Poderes ao retirar a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo sobre as MP's editadas anteriormente à EC 32, riscando da Lei Maior essa originária atribuição.

Todavia, e como não poderia deixar de sê-lo, não ficou afastada a competência do Poder Judiciário de verificar a sua compatibilidade com a Carta Magna vigente a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados em seu art. 60. Certamente, concluirá o Poder Judicante por sua inconstitucionalidade, retirando essa norma do ordenamento jurídico para o fim de restabelecer a competência do Legislativo para aprovar, convertendo-as em lei, ou não, as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da emenda em estudo.

Controle esse que levado ao STF fará surgir nova controvérsia: o mentor intelectual da grande maioria das mencionadas medidas provisórias – ex Advogado-Geral da União – é hoje um dos seus Ministros, Dr. Gilmar Ferreira Mendes. Estará ele impedido ou será suspeito no julgamento acerca da constitucionalidade das medidas provisórias anteriores à EC 32/01? Entendo que sim. A sua decisão não gozaria de imparcialidade, como não haveria julgamento técnico-científico proferido por um magistrado no bojo de um processo em que seu filho seja parte ou interessado.

Por fim, questão interessante também é saber se medida provisória ulterior somente de forma expressa poderá revogar igual medida editada antes da EC 32/2001. O texto é claro ao exigir tratamento explícito.

Sem dúvida, terá o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, inteira aplicação, posto que referida emenda deve ser interpretada de forma inteligente, de modo que não conduza ao absurdo, à incerteza e à insegurança jurídicas, porque não pode o legislador ater-se exclusivamente aos vocábulos, exigindo-lhe a sociedade bom senso e sabedoria. Assim, "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, § 1º da LICC).

9. CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, podemos dizer que as medidas provisórias estão sujeitas ao controle jurisdicional, tanto o difuso quanto o concentrado, mesmo no que concerne aos seus requisitos de admissibilidade (pressupostos de relevância e urgência), que representam, na verdade, juízos políticos, avaliações discricionárias do Presidente da República. A fiscalização judicial verificará, portanto, se não ocorreu excesso, abuso de poder, a fim de reprimir o arbítrio.

Não se está a desconhecer um dos fenômenos mais marcantes do direito constitucional contemporâneo, que é a participação, cada vez mais intensa e necessária, do Poder Executivo no processo de produção das normas primárias. Deve ser mantida na Constituição esta competência extraordinária do Presidente da República para editar medidas provisórias, representando o exercício de um poder cautelar, com vistas a atender o interesse público, diante de situações graves e de extrema urgência, que exigem providências imediatas e concretas, as quais não seriam seguras e eficazes se fosse utilizado o processo legislativo ordinário.

A reação decorre da forma abusiva, antidemocrática, com que se tem conduzido o Poder Executivo, demolindo os valores e fundamentos constitucionais, a ponto de se poder afirmar que, na prática, as medidas provisórias representam o principal e constante instrumento de produção normativa. Pouca coisa tem sido tão permanente e duradoura quanto elas.

Os mais céticos podem indagar se a ingerência do Poder Judiciário no controle (político) da constitucionalidade das medidas provisórias – relevância e urgência – não poderia acarretar morosidade nas providências urgentes ou mesmo distorções no sistema de repartição de funções estatais. A nosso ver, urge reconhecer que as exigências do Estado de Direito propiciam, principalmente em casos desse jaez, dificuldades para a execução de decisões políticas que, por isso, tornam-se caras e demoradas. Evidentemente essa não é a finalidade do Estado de Direito, mas o preço que se há de pagar pela sua existência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Perfil Constitucional das Medidas Provisórias*. São Paulo: RDP, nº 95, jul/set, 1990.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: RT, 2000.
- COUTO E SILVA, Almiro. *Poder Discricionário no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, nº 658, ago/1990.
- GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.