



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

RHODIE ANDRÉ FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS:
POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICAS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador:

**BRASÍLIA
AGOSTO 2014**



RHODIE ANDRÉ FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS:
POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICAS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador:

**BRASÍLIA
AGOSTO 2014**



RHODIE ANDRÉ FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS:
POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICAS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador:

Brasília, DF, 28 de agosto de 2014.

Nome:
Titulação:
Instituição:

Nome:
Titulação:
Instituição:

Nome:
Titulação:
Instituição:

RESUMO

O uso crescente de medidas provisórias no Brasil tem suscitado diversos debates acadêmicos, pois a natureza normativa especial do ato possibilita o poder executivo direcionar a agenda legislativa, constituindo para alguns em abuso, para outros, em atividade legítima para efetivação de políticas públicas. Propõe-se a analisar as possibilidades de controle constitucional das medidas provisórias por parte do judiciário, tendo em conta o contexto político brasileiro, sob a ótica do presidencialismo de coalizão, e o papel político institucional do Supremo Tribunal Federal como mediador entre as instituições políticas, consolidando-se assim, a jurisdição constitucional. Para isso, analisa-se, primeiramente, a separação dos poderes na reflexão dos autores clássicos Maquiavel, Hobbes, Locke Rousseau, Montesquieu e os Federalistas com vistas a perceber a contribuição das respectivas abordagens em diversas épocas sobre a mesma constatação: a necessidade do controle do Poder. Após, analisa-se a evolução do controle de constitucionalidade e da legislação de urgência do executivo, enfatizando os marcos comuns que conduziram à consolidação de ambos os institutos no mundo. Finalmente, elencam-se formas possíveis de controle de constitucionalidade, dadas as reflexões da doutrina sobre as medidas provisórias, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em cada uma delas. Conclui-se ressaltando a indispensabilidade dos institutos, que respondem a necessidades modernas e mundialmente consolidadas, e a possibilidade e necessidade de controle, inclusive dos requisitos de relevância e urgência, porém de forma parcimoniosa, preservando a estabilidade dos poderes, conforme o Supremo Tribunal Federal já tem fazendo.

Palavras chave: Medidas Provisórias. Controle de Constitucionalidade. Separação dos Poderes. Presidencialismo de Coalizão.

ABSTRACT

The growing use of provisory measures in Brazil has raised several academic debates, especially because the normative nature of the act allows the Executive to direct the legislative agenda, for some constituting an abuse, to others in legitimate activity for the execution of public policies. It is proposed to examine the possibilities of constitutional control of provisory measures by the judiciary, taking into account the Brazilian political context, from the perspective of coalition presidentialism, and political-institutional role of the Supremo Tribunal Federal as a mediator between political institutions, consolidating the constitutional jurisdiction. In this regard, we analyze, first, the separation of powers in the thought of classical authors Machiavelli, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu and the Federalists in order to realize the contribution of the respective approaches at different times on the same conclusion: the need to control Power. After it is analyzed the evolution of constitutional review and executive emergency legislation, emphasizing the common milestones that led to the consolidation of both institutes in the world. Finally, It is listed possible ways of judicial review, given the doctrine of reflections on the provisory measures, as well as the positioning of the Supremo Tribunal Federal in each of them. It is concluded the indispensability of both institutes that respond to modern needs and consolidated worldwide, and the possibility and need for control, including the requirements of relevance and urgency, though sparingly, preserving the stability of powers, as the STF has already making.

Keywords: Provisory Measures. Judicial Review. Separation of Powers. Coalition Presidentialism.

SUMÁRIO

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1 EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	10
1.1 Maquiavel.....	12
1.2 O Contratualismo de Hobbes, Loke e Rousseau.....	13
1.2.1 Hobbes.....	13
1.2.2 Locke.....	14
1.2.3 Rousseau.....	16
1.3 Montesquieu.....	17
1.4 Federalistas.....	21
2 SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA MEDIDA PROVISÓRIA.....	25
2.1 Surgimento do Controle de Constitucionalidade.....	25
2.2 Surgimento da Legislação de Urgência.....	29
2.3 Os Institutos nas Constituições Brasileiras.....	34
3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO CONTEXTO BRASILEIRO	40
3.1 O Contexto Brasileiro: o presidencialismo de coalizão.....	40
3.2 Regramento Constitucional das Medidas Provisórias.....	44
3.2.1 Natureza Jurídica e Pressupostos Habilitadores.....	46

3.2.2 Regramento até a EC 32	49
3.2.3 Regramento atual da MP	52
3.3 Possibilidades de Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias.....	59
3.3.1 Controle quando à Natureza Jurídica das Medidas Provisórias	61
3.3.2 Controle dos Requisitos de Relevância e Urgência.....	64
3.3.3 Controle dos Limites Materiais	67
3.3.4 Controle do Devido Processo Legislativo	68
CONCLUSÃO.....	69
BIBLIOGRAFIA	72

INTRODUÇÃO

O Brasil do último século e deste pode ser definido como um grande e permanente canteiro de obras de infraestrutura. Não somente em obras de infraestrutura física, mas também estamos em obras de infraestrutura econômica, política, jurídica e social, em que as instituições e a sociedade buscam firmar-se, definindo e redefinindo seu papel, para fazer frente aos desafios de um mundo que se moderniza constantemente. Nesse contexto de construção, os poderes constituídos do estado, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário procuram equilibrar-se entre si para efetivação dos direitos elencados na Constituição, e embora esta prescreva o âmbito de atuação de cada um, é certo que as interações entre eles se dão de forma bem mais complexa do que a letra do seu texto.

Lançando olhares nessas interações, o estudo das medidas provisórias, polêmico instrumento de legislação de uso privativo do poder executivo em casos de relevância e urgência, se mostra premente, fato comprovável pelo grande número de estudos a seu respeito em diversas áreas das ciências sociais.

O motivo da sua fama acadêmica deve-se, principalmente, ao aparente (evidente) abuso do instituto por parte do poder executivo, que faria “ilegitimamente” o papel do legislativo, somado ao fato de que este aparentemente não se utiliza de sua prerrogativa de controlar tal instituto. Os indícios de tal situação são, dentre outros: 1) o alto número de edições de medidas provisórias; 2) seu baixo índice de rejeição, aprovadas de maneira sumária pelo Congresso; 3) a diversidade de temas objetos de medidas provisórias, alguns evidentemente irrelevantes e não urgentes; 4) o controle da pauta do Congresso, que após a Emenda Constitucional n. 32/2001, as medidas provisórias passaram a trancar a pauta; 5) a insegurança jurídica que todos esses itens em conjunto causam frente à possibilidade de edição de um ato com força de lei sem nenhuma deliberação, a priori, do congresso.

Temos como certo que o fortalecimento da jurisdição constitucional é uma tendência que não parece haver retorno e o crescimento de seu papel para o controle dos atos por outros poderes se mostra inevitável. Dado esse contexto, aparece como natural a investigação sobre a possibilidade do controle judicial deste instituto, para que se evitem abusos cometidos pelo executivo em face das reais prerrogativas constitucionais do poder judiciário, bem como resguarda as competências do poder legislativo. Essa possibilidade de controle, embora em tese seja fácil simplesmente indicar que o judiciário tem competência explícita para fazê-lo,

torna-se mais complexa por ser a medida provisória um instituto de caráter fortemente político, com papel fundamental para efetivação das políticas de estado. Tanto o é, que seus requisitos, a relevância e urgência, são apontados, por parte da doutrina, como insuscetíveis de controle, pois são critérios de discricionariedade política. Outra parte, diz ser claramente possível, pois nenhum ato escapa à égide do controle judicial.

Ultimamente, vários estudos procuram aproximar a perspectiva jurídica da política, vistas entes como antagônicos. Estudos sobre a “judicialização da política” e “politização da justiça”, tratados em recentes estudos sobre a interação complexa entre os poderes executivo legislativo e judiciário, também sinalizam que tal interação é muito dinâmica, cujas noções do âmbito legítimo da atuação de cada um dos poderes estão em constante mutação, evidenciando, assim, o nosso grande canteiro de obras.

Os estudos sobre o instituto da medida provisória por parte do poder executivo e o conjunto de instrumentos que constituem o chamado controle de constitucionalidade, por parte do judiciário, se inserem como instrumentos importantes nesse processo dinâmico de mudança e por isso, embora já bastante estudados cada um deles, merecem em conjunto, cada dia mais, olhar mais atento.

Assim, trataremos da possibilidade de efetivação político-jurídica, no contexto do presidencialismo brasileiro, do controle de constitucionalidade das medidas provisórias. Inserimos o termo “possibilidade político-jurídica” por entendermos, preliminarmente, que as decisões do Supremo Tribunal Federal em matérias em que há interesse direto do poder executivo e legislativo são, em algum grau, políticas. Isso é importante ser pontuado, pois diversos estudos jurídicos sobre o tema resumem-se a simplesmente indicar que o poder legislativo abusa das medidas provisórias e que o judiciário, que é o dito “guardião da constituição”, deve controlá-las, olvidando, no nosso entendimento, que há outras variáveis importantes que não somente a jurídica e que efetivamente são levadas em consideração nas decisões judiciais, como os efeitos políticos, econômicos e sociais decorrentes de tais decisões.

Para tanto, no primeiro capítulo, iniciaremos a presente análise, pela evolução da noção da separação dos poderes, mostrando a concepção basilar acerca da natureza humana e sobre o Poder que foi elaborada pelos principais pensadores que se dedicaram a analisar o tema ao longo da história e que influenciaram decisivamente a maioria dos sistemas políticos do mundo. Isso é necessário, pois o plano de fundo que se desenha nesta discussão é a interação

real entre os poderes, buscando, cada um, se afirmar como capaz de colaborar com a construção de uma sociedade democrática, livre e justa, consolidado a si mesmo neste processo, mas isso só é possível pelo ajustamento da real correlação de forças, pois se tal ajustamento não foi alcançado, o objetivo de construção dessa sociedade jamais será cumprido e ao suscitar a gênese do pensamento, conseguiremos retirar lições importantes .

No segundo capítulo, passaremos a análise do surgimento e consolidação do instituto da medida provisória e do controle de constitucionalidade, buscando indicar pontos de inflexão comuns em seus respectivos desenvolvimentos, procurando mostrar que, apesar de distintos, marcam a mudança de concepção de lei e do papel dos poderes consagrados a partir das revoluções burguesas.

Finalmente, no terceiro capítulo, convergindo-os em importância e extensão, refletiremos sobre as possibilidades de controle de constitucionalidade de medidas provisórias dada a natureza especial conferida a este pela Constituição de 1998.

1 EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Poder, de maneira ampla, refere-se à capacidade de realizar algo ou, em relação às pessoas, determinar ou direcionar determinados comportamentos. Bobbio (1998) distingue o poder em três grandes classes: o econômico, o ideológico e o político.

No Poder Econômico, indivíduos se valem do controle da posse de bens escassos e importantes para direcionar o comportamento de outros indivíduos que não os possuem e deles necessitam; No poder ideológico, indivíduos se valem da influência sobre outros por meio de ideias formuladas por pessoas reconhecidas como distintas, sejam sacerdotes ou cientistas, cujos predicados de sabedoria e conhecimento são reconhecidos e valorizados pela coletividade como dignos de aceitação (BOBBIO, 1998).

O Poder político, para o autor, se distingue de qualquer outra forma de poder, pois seus detentores se valem da possibilidade da coação física sobre determinada coletividade, conjugando ainda três outras características essenciais: i) a exclusividade, que diz respeito ao reconhecimento da coletividade de que somente uma única instituição é capaz de exercício da coação física legitimamente; ii) a universalidade, que se refere ao fato de as decisões emanadas de seus detentores valem para todos os indivíduos daquela coletividade, sendo que nenhum pode se declarar fora de sua jurisdição; iii) inclusividade, que diz respeito à possibilidade de intervenção imperativa em todas as áreas de ação possíveis na coletividade por meio de instrumentos jurídicos específicos (BOBBIO, 1998, p. 956).

Por esta definição, nota-se que o poder político supera qualquer outro em alcance, pois pode englobar ou subjugar qualquer outro por meio da *ultima ratio* direcionador do comportamento humano: a violência legítima.

Importante é destacar que, desde a idade clássica até hoje, grandes pensadores se dedicaram à análise do Poder Político, que é tão antigo quanto às primeiras organizações humanas. Esses pensadores, por meio do estudo da história até seu tempo e dos fatos que puderam presenciar, assistiram a ascensão e a queda de diversos governos e se dedicaram a registrar quais são os critérios para ação investida desse poder tão abrangente. Os autores que analisaremos a seguir têm uma concepção sobre a natureza humana e do Poder e, apesar da diferença de formulação entre eles, todos partem da constatação empírica de que os homens buscam o poder e tendem a usá-los em benefício próprio. Nenhum deles ignorava este fato, de

modo que parte deles analisou como deveria ser um governo justo, outros, porém, analisaram, a partir de uma situação de fato, buscando quais as condições que conferem estabilidade ao Poder, independentemente da noção de devir.

Para melhor explicar a questão em tela, a alegoria contada por Homero na obra “Odisseia”, no trecho chamando “canto das sereias” nos parece pertinente para ilustrar a questão que se procura solucionar. O trecho narra que Ulisses e sua tripulação navegavam em um local onde havia sereias, cujo canto seduzia os homens, fazendo com que se precipitassem iludidos no mar, ao encontro da morte. Ulisses, a fim de salvar a si próprio e sua tripulação e, ao mesmo tempo, desejando apreciar o belo canto, tapou os ouvidos dos tripulantes com cera, para não pudessem ouvir, e ordenou que o amarrassem ao mastro do navio de modo a ficar incapacitado de se libertar por vontade própria, de modo que estava proibido qualquer tripulante soltá-lo durante aquele trecho da viagem, ainda que Ulisses ordenasse. Assim, viajaram e, mesmo Ulisses ouvindo o canto, não pereceram (HOMERO, 1994, p. 67).

A questão colocada a Ulisses é semelhante à colocada aos pensadores do Poder. Poderia Ulisses ter tapado inclusive seus próprios ouvidos e ter navegado aquelas águas em segurança? Sim, a tripulação seria igualmente preservada, nada o impediu, exceto por suas paixões, que desejava ouvir o belo canto das sereias. Assim, ao se pensar num governo ideal, ou seja, como o governo deveria ser, imaginam-se governantes e governados com os ouvidos tapados com cera.

O enfoque iniciado com Maquiavel, enfatizando não como o governo deve ser, mas de como ele de fato é, levou em conta as paixões que tomaram Ulisses, mas preservou também a preocupação central: preservar toda tripulação. A questão então é: como amarrar o detentor do Poder Político ao mastro do navio? Como fazer com que os homens, seduzidos pelo canto do Poder, não se precipitem no mar do despotismo e da tirania, levando à perdição toda a tripulação do sistema político? Como conduzir esse poder de modo que não conduza a sua própria ruína? Essas perguntas são recorrentes, até hoje grandes pensadores tentam respondê-las, adaptadas aos nossos tempos, e os autores que analisaremos representam o início desse processo, pois responderam conforme seu tempoe até mesmo para além dele.

1.1 Maquiavel

Maquiavel constrói sua análise a partir de sua formulação da natureza humana, extraída de seu estudo da história. Define assim os homens como “íngrats, volúveis, simuladores, covardes ante os perigos, ávidos de lucro” (SADEK, 1993, p. 19). O Poder figura em sua análise como derivado dessa natureza perversa e, ao mesmo tempo, é a única possibilidade de enfrentar o conflito causado pela natureza humana, embora não seja possível ser esta completamente domesticada, sempre voltando à tona os impulsos de desordem, fazendo da história um ciclo. Acentua também o permanente conflito dos lados da dominação onde um grupo quer dominar e outro não quer ser dominado. Conforme assinala Sadek (1993, p. 20), o problema político que Maquiavel tenta equacionar é “encontrar mecanismos que imponham estabilidade das relações, que sustentem uma determinada correlação de forças.”.

Segundo Sadek (1993), a resposta sugerida por Maquiavel são duas formas de governo: o Principado e a República. A escolha entre um e outro depende das circunstâncias reais, pois cada um cumpre uma finalidade. Ao príncipe cabe o papel de restaurador da ordem e educador quando o Estado estiver imerso em corrupção e perversidade, próprios da anarquia. Uma vez restaurada a ordem, cumpre-se estabelecer a República, com instituições estáveis, com o povo “virtuoso” que contemple a dinâmica da vida social (SADEK, 1993).

O Poder se funda na força, mas seu exercício de modo a garantir a estabilidade e a permanência depende da *virtu*, senso de adaptação e habilidade do governante para manutenção do poder, a despeito da ação imperiosa da *fortuna*, que são as contingências do destino que podem favorecê-lo ou não. De qualquer modo, ressalta que se o governante não tiver *virtu* deve, ao menos, aparentar ter. (SADEK, 1993)

Em síntese, a preocupação central da análise de Maquiavel é como lidar com a instabilidade e a insegurança própria da anarquia advinda da natureza humana, que põe em risco a permanência do Estado. A fórmula proposta para anular ou dificultar esses efeitos é o exercício do poder, seja Principado ou República, com uma preferência pelo primeiro, com o intuito de garantir a ordem.

1.2 O Contratualismo de Hobbes, Locke e Rousseau

Os pensadores que compõem a tradição chamada contratualista - analisaremos Hobbes, Locke e Rousseau - constroem seus pensamentos fundamentados em três momentos virtuais da evolução social: o Estado de Natureza, a situação antes da existência do Estado; o contrato, que é o momento de criação do Estado; e o Governo, que é o "modus operandi" do Estado criado. O debate entre esses autores se dá na forma em que cada um concebe a transição de cada um desses momentos.

1.2.1 Hobbes

Hobbes (1988, p.74) concebe o estado de natureza como a guerra de todos contra todos, isso por que os homens são “suficientemente” iguais de modo a não haver triunfo total de uns sobre outros, de modo que todos buscam igualmente vencer uns aos outros ou no mínimo prevenir-se de um ataque o mais possível. O Pacto é o momento em que uma coletividade renuncia seus “direitos naturais a tudo” e se submetem total e incondicionalmente a um Soberano, criado pelo pacto e exterior a suas obrigações, que vinculam apenas os súditos, a fim de que ele proteja suas vidas, utilizando-se de poderes ilimitados.

Para Ribeiro (1993) A preocupação central de Hobbes é a proteção da vida dos súditos, único motivo que os levou a desprover-se de toda liberdade que tinham no Estado de Natureza, pois o Soberano, por seu poder ilimitado, pode fazê-lo com mais eficácia do que cada um individualmente. Há de se ressaltar que o principal móbil para o homem hobbesiano é o medo de perder a vida, não pelas mãos do Soberano, pois este existe para garanti-la; mas também há a esperança de melhora de vida, uma vez que Hobbes reconhece parte do pleito da burguesia ascendente, que é o direito de usufruto e abuso da propriedade, ou seja, total liberdade de disposição de seus próprios bens. Porém impõe limites: todos os bens são controlados pelo Soberano

Maquiavel e Hobbes ressaltavam a instabilidade e o medo como elemento legitimador da existência do Poder do Estado, com clara inclinação a concentração de Poder. Segundo eles, a estabilidade e segurança são as aspirações mais profundas dos seres humanos e o Estado serve para melhor garanti-las.

Porém, na direção que apontava a ascensão da Burguesia e os valores pregados em sua revolução pela Europa, outros pensadores ressaltavam valores naturais distintos, imprescindíveis à dignidade humana e à legitimidade do Estado, a saber: a vida, a liberdade e a propriedade. Para tanto, surge a necessidade de contenção do poder como condição de garantia desses novos valores, para que um único poder não pudesse, de maneira arbitrária, mitigar a liberdade.

1.2.2Locke

Segundo Leonel Mello, Bobbio aponta Locke como responsável pela “primeira e mais completa formulação do Estado Liberal”. Autor contratualista, Locke também se remete ao trinômio Estado de Natureza – Contrato – Governo, e sua obra mais célebre, O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, constitui “uma justificação ex post facto da Revolução Gloriosa, onde Locke fundamenta a legitimidade da deposição de Jaime II por Guilherme de Orange e pelo Parlamento com base na doutrina do direito de resistência” (MELLO, L., 1993, p. 84).

O Estado de Natureza Lockeano, diferentemente do ambiente instável formulado por Hobbes, é relativamente pacífico, pois nele os homens são dotados de razão e capazes de conhecer uns aos outros. Assim, Lionel Mello (1993) assinala que para Locke, a vida, a liberdade e a propriedade são direitos naturais do ser humano, que no estado de natureza já eram gozados pelos indivíduos. Porém, o Estado de natureza constitui um ambiente inseguro para garantir os direitos naturais do homem, pois não há juízo imparcial e força coercitiva que farão executar o direito no caso de dissenso. Dessa forma, os indivíduos, no intuito de preservarem com mais eficácia seus direitos naturais, optam livre e unanimemente pelo contrato social para passarem à sociedade civil, caracterizadas por leis impessoais que façam preservar os direitos naturais do homem, que é a única razão de existência do Estado. Assim nasce a sociedade civil ou política, na qual o poder Soberano, que é inalienável, pertence ao povo se este pode exercê-lo.

Dadas essas condições básicas, há de se decidir a forma de governo, que pode ser a forma aritmética aristotélica (governo de um, de poucos ou de muitos) ou mista, como na Inglaterra em que a Coroa representa o princípio monárquico, a Câmara dos Lordes o princípio oligárquico e a Câmara dos Comuns o democrático. Segundo Leonel Mello, Locke

não define a melhor forma de governo, pois o ponto fundamental é que, qualquer que seja ele, deve cumprir a garantia da propriedade como condição de legitimidade (MELLO, L., 1993).

Com vista a garantir a soberania do povo, a liberdade e a propriedade, Locke sugere a existência de três Poderes: o Poder Legislativo; o Poder Executivo; e Poder Federativo. O Poder Legislativo é o poder supremo e os demais a ele é subordinado. Locke postula que deve ser estabelecida como lei fundamental a instauração do poder Legislativo e nenhuma decisão que gere obrigações deve vigorar sem o consentimento dele. Neste Poder reside o direito de utilizar a força da comunidade no sentido de sua própria preservação (MELLO, L., 1993).

Para Mello, Locke, não há necessidade de que o Legislativo permaneça sempre reunido, uma vez que a elaboração de leis se dá em curto prazo e seu vigor é permanente, porém ninguém pode impedir sua reunião sob pena de o povo ter o direito de removê-lo à força. Por outro lado, pode o povo afastar os membros do legislativo se estes não cumprirem o desígnio a que foi instaurada uma vez que o Legislativo somente é o poder supremo enquanto representa fielmente o povo (MELLO, L., 1993).

O Poder Executivo é responsável por garantir a execução das leis emanadas do Legislativo e, para tanto, deve ser permanente, assim como o Poder Federativo, que atua na relação da sociedade com outras. Assim, Locke coloca que os Poderes Executivo e Legislativo permanecem frequentemente separados, pois um é permanente e o outro não enquanto os poderes Executivo e Legislativo, por serem a “força do povo”, é conveniente que fiquem nas mesmas mãos (MELLO, L., 1993).

A Separação de Poderes em Locke é antes uma conveniência ou decorrência natural do sistema institucional que apresenta do que propriamente uma necessidade, na qual o Poder Legislativo não é permanente como é o Executivo. Isso se deve ao fato de todo o Poder Político para Locke deve ser exercido com o único intuito de garantir os direitos naturais dos homens, não podendo nenhum governante atentar contra eles.

Conforme assinala Leonel Mello (1993), Locke resguarda a soberania ao povo, de modo que o governo que não cumpre o papel a ele atribuído, que é a garantia da propriedade, perde a legitimidade do exercício do poder, o que conduz à dissolução da sociedade, retornando todos ao estado de natureza, não mais devendo os membros da sociedade obediência ao governo ilegítimo. A isso, Locke denomina de “Direito de Resistência”, que é o

direito legítimo de o povo destituir o governo ilegítimo, fazendo o uso de quais quer meios para tal, principalmente se o agressor se utiliza de meios violentos, dando os agredidos direito de se utilizarem dos mesmos meios violentos para se livrar do domínio do opressor.

Para Locke, isso é válido tanto para o governo estrangeiro, que a tentativa de exercício do poder se configuraria uma usurpação, quanto para o governo formado pelo contrato, que se perverteria em Tirania, que é definido por Locke como “exercício do poder além do direito”, ou seja, em causa própria do governante em detrimento do povo (MELLO, L., 1993, p. 107).

Em suma, para Locke, o abuso do Poder conduz à dissolução do governo, situação que o povo tem o direito de agir no sentido de repelir o governo ilegítimo.

1.2.3 Rousseau

Rousseau faz uma construção virtual teórica da história da passagem da liberdade natural humana à escravidão. Hobbes formula uma situação de estado de natureza dominado pelo medo e pelas incertezas, cujo ambiente instável conduz a guerra de todos contra todos. Esses indivíduos, com o intuito de preservar suas próprias vidas, abrem mão de suas liberdades naturais em favor de um soberano capaz de fazê-lo. Momento semelhante a este é que Rousseau considera a corrida em direção aos grilhões: “o homem nasce livre e em toda parte encontra ferros” e parte disso para formular outro contrato, em direção ao Contrato Social que garanta aos contratantes a liberdade civil (NASCIMENTO, M., 1993, p. 195).

Rousseau postula como condição de Legitimidade do Pacto é a alienação total das suas liberdades naturais em favor do Poder Soberano, por meio da expressão da “vontade geral”, numa condição de igualdade. Para Rousseau, é necessária que a legitimidade produzida no pacto se reproduza também no Estado. Dessa forma, para que se alcancem os fins almejados pela constituição da sociedade é necessário que seja constituído o corpo administrativo do Estado, que a organizará. Mas é de destaque que este corpo administrativo não é o poder soberano. Somente o povo é soberano, condição que não pode ser renunciada ou alienada. A obediência se dá à vontade geral dos contratantes e não aos governantes. O corpo administrativo é um funcionário do soberano e assim, a forma de governo, que permeou todas as discussões sobre o Estado, passa a ser secundária, dependendo de características específicas de cada nação (NASCIMENTO, M., 1993, p. 196).

Rousseau alerta para o perigo da degeneração deste modelo, por meio da tendência de o governo se sobrepor ao povo e assumir o papel de soberano. O Executivo incorre nesse risco, e de igual forma também o Legislativo, por meio da representação. Rousseau critica a representação, pois segundo ele, a vontade não pode ser representada. Representar significa, nessa concepção, sobrepor vontades, desaparecendo-se, assim, o soberano, pois há uma tendência de os representantes advogarem em causa própria esquecendo-se dos representados. Pela própria forma de organização da sociedade, Rousseau reconhece a necessidade de representantes no nível de governo, todavia adverte para conveniência de que sejam trocadas com frequência (NASCIMENTO, M., 1993).

Assim, o Soberano não pode ser representado e as leis somente por ele podem ser feitas. O deputado, que é um funcionário, elabora as leis, mas não em definitivo, pois é necessário que o Soberano a referende diretamente. A soberania, na concepção de Rousseau, é indivisível pelo mesmo motivo que é inalienável – o Poder é só um e provém da manifestação de vontade dos membros da sociedade numa condição de liberdade. Dessa forma não há de se falar em divisão de poderes para Rousseau - o poder e a vontade pertence ao soberano e este freia os impulsos dos governantes de tomar o lugar do soberano (NASCIMENTO, M., 1993).

Os tipos de governos, que para Rousseau é secundário, deve obedecer às circunstâncias de cada nação e dessa forma a democracia é ideal para estados pequenos, a aristocracia para os médios e a monarquia para os grandes (NASCIMENTO, M., 1993).

1.3 Montesquieu

Enquanto a perspectiva de Locke constitui uma justificação *ex post* da Revolução Gloriosa, a perspectiva de Montesquieu engendra algo tido como típico do período posterior: situa sua análise dentro da perspectiva da Liberdade e procura encontrar determinadas características na monarquia que confeririam maior estabilidade ao regime que haveria de vir com as revoluções democráticas (ALBUQUERQUE, 1993).

Segundo Albuquerque (1993), há duas concepções preliminares importantes em Montesquieu que irão reger sua análise. A Primeira é a noção de Moderação - aparece como elemento necessário à estabilidade dos governos, que é o objetivo de sua análise, e está presente em dois aspectos importantes na teoria de Montesquieu: a) a Tipologia dos Governos ou teoria da Natureza ou dos Regimes e b) Teoria dos três poderes ou separação dos Poderes.

A segunda é o Conceito de Lei: Montesquieu (1962, p.29) define então como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, observável por meio de uniformidades observáveis ao longo da História. Conforme assinala Albuquerque, Montesquieu retira o conceito do campo religioso e o situa no campo teórico, aproximando das ciências naturais, enfatizando as uniformidades nas formas de organização dos homens, a derivação desta da natureza das coisas (ALBUQUERQUE, 1993).

Assim, o Espírito das Leis é definido como a relação das Leis Positivas, ou seja, leis e instituições criadas para reger as relações entre os homens e diversas outras coisas, como o clima, dimensões do estado, organização do comércio, relações entre classes etc (ALBUQUERQUE, 1993).

Segundo Albuquerque (1993), Montesquieu transcende a dimensão dos autores contratualistas ao pensar a sociedade. Para ele, não se pode explicar as diversas formas de organização da sociedade, e dos governos somente pela natureza do governo. Situa, então, sua análise em duas dimensões, adicionando, além da natureza do governo, os princípios do governo. A natureza dos governos, que diz respeito a quem exerce o poder e como se dão as relações políticas e instituições para exercício do Poder, pode ser Monarquia, República, ou Despotismo. Os princípios de governo são as “paixões” que guiam as motivações políticas quando se exerce o poder, trata-se de como o poder é exercido.

Para tanto, Montesquieu vincula virtudes que se relacionam, idealmente, com cada um dos tipos de governo. O medo, que para ele é a paixão propriamente dita e inferior às demais, é relativo ao despotismo – os homens se guiam pelos extintos. Na verdade, este é menos que um governo e o princípio é um não-princípio. A honra é relativa à Monarquia – é a paixão social, paixão das desigualdades, dos privilégios que são o móbil das classes intermediárias. A virtude é relativa à República – a paixão política, do espírito cívico, da supremacia do interesse público sobre os particulares (ALBUQUERQUE, 1993).

Da relação natureza e do princípio Montesquieu extrai que a Monarquia é único governo que se mantém estável, pois os demais estão fadados à degeneração. O Despotismo, por se alicerçar no princípio do medo, seu “modus operandi” culmina na rebelião dos subordinados. A República envereda-se pelo mesmo caminho da degeneração, desembocando no despotismo, pois depende seu sucesso da virtude dos homens, ou seja, que os homens virtuosos contenham os apetites dos não virtuosos. Somente a Monarquia, que através de suas

instituições e sua classe intermediária movida pela honra, são capazes de conferir o princípio da moderação necessário para a estabilidade, marcada pela existência de poderes que podem contrapor-se uns aos outros (ALBUQUERQUE, 1993).

A análise de Montesquieu (1962) sobre a divisão dos Poderes baseia-se nos seus estudos do constitucionalismo inglês. No parte IX, capítulo 5 do “Do Espírito das Leis” intitulado “Dos Diversos Estados”, Montesquieu argumenta que os Estados são guiados pelos mais diversos interesses e deles podem ser extraídos os princípios que norteiam cada um. Situa, então, a Inglaterra como o Estado cujo objetivo é a liberdade política e esse é um ponto fundamental para entender a necessidade da divisão dos poderes em Montesquieu: do apreço e busca do Estado inglês pela liberdade, os princípios naturais e a forma de governo nela encontrados conduzem necessariamente a divisão dos poderes como condição de sobrevivência desse Estado.

Montesquieu (1962, p. 180) identifica três poderes no constitucionalismo inglês: “o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes; e o Executivo das coisas que dependem do direito civil” de modo que a concentração de mais de um desses poderes na mão de uma só pessoa ou corpo político tende a descambar no despotismo, pois o Legislativo unido ao executivo, “far-se-iam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”; o Legislativo unido ao judiciário – “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrário”; o Executivo e Judiciário – “o juiz teria força de um opressor”.

Segundo Montesquieu, não há necessidade de que o corpo legislativo se origine inteiramente do povo, mas deve ser garantido o direito de eleger quem o represente, pois são incapazes de tomar as decisões diretamente, no entanto podem julgar quem, dentre os que conhecem, tem capacidade para tal (MONTESQUIEU, 1962).

Para Montesquieu, no Legislativo deve haver duas assembleias: a composta por representantes do povo e outra composta por pessoas naturalmente distintas da sociedade, os nobres. A essas assembleias cabem frear-se reciprocamente. O corpo formado por nobres deve ser hereditário, primeiro porque o é por natureza, pois estes homens são distintos por nascimento e também suas prerrogativas não devem correr perigo, sob o risco de dissiparem-se seus privilégios necessários. Por outro lado, esse corpo não deve ter a faculdade de estatuir as leis, apenas a de veto. Isso por que, também por sua natureza, seriam inclinados a perseguir seus próprios interesses esquecendo-se do povo (MONTESQUIEU, 1962).

O Poder Legislativo, em geral não deve julgar, exceto em três situações: 1) o julgamento de um nobre, que deve ser feito por nobres e não por tribunais populares devido a inveja que pode ser despertada nos populares e assim conduzir-se-ia às injustiças; 2) Pode ele diminuir o rigor da lei em determinados casos; para evitar o cometimento de injustiças no caso concreto; 3) a violação dos direitos do povo pelos negócios públicas deve ser julgado pelos nobres, para preservar a dignidade dos indivíduos que compoariam o tribunal popular, caso em que o réu poderia ser superior materialmente aos seus julgadores (MONTESQUIEU, 1962, p. 187). Nota-se, portanto, a existência de contraposições de Poderes dentro do próprio Poder Legislativo.

Montesquieu (1962) assinala que o Poder Executivo deve ser exercido pelo Monarca, pessoa sagrada e em que não pesa nenhuma responsabilidade, embora possam ser cassados seus conselheiros e ministros. O poder executivo freia o legislativo através da prerrogativa de sua convocação, pois o Legislativo não deve ficar permanentemente reunido, porém o Legislativo não freia ou limita o Poder Executivo uma vez que este é limitado por natureza - ele se atém à execução das leis elaboradas pelo Legislativo, que para Montesquieu, é o maior Poder. O Poder Executivo deve participar da legislação pela faculdade de vetar, pela necessidade de defender-se do Poder Legislativo, pois se não tiver tal prerrogativa seria, em breve, despojado de suas funções.

O Poder Judiciário, para Montesquieu, deve ser nulo, pois considera prudente que o poder de julgar o povo deve ser conferido a pessoas extraídas do povo (MONTESQUIEU, 1962).

O cidadão deve ser julgado pelo seu par ou alguém na mesma condição que ele para afastar a ideia de que alguma violência por parte de outro grupo esteja ocorrendo. Deve ser reunido em caráter transitório somente para o caso específico que justificou sua reunião, dando condição de o réu rejeitar alguns de seus juízes em número suficiente para configurar-se uma escolha de seus julgadores. O objetivo é evitar o julgamento sempre pelo mesmo corpo de magistrados. É importante ressaltar que, para Montesquieu, todo o procedimento de julgamento deve ser regido pela lei (MONTESQUIEU, 1962).

Na análise de Montesquieu (1962), a ação de um Poder participar no âmbito de outro se justifica para evitar algum inconveniente da própria natureza dos poderes e de suas relações. Assim, considera que o Executivo, naturalmente, poderia estar refém do Legislativo

em diversas situações, pois considera a elaboração das leis o maior poder que um governo moderado possui e, por isso, é assegurado ao Executivo a faculdade de veto e de convocar o Legislativo. O Legislativo já é uma contraposição natural ao Executivo, uma vez que aquele elabora todas as regras em que este deve se pautar para o desempenho de suas atribuições.

Albuquerque, baseando-se nos estudos de Althusser, mostra que em Montesquieu, os poderes não são absolutamente separados nem equipotentes, são antes interdependentes. A separação dos poderes significa a existência de instâncias políticas independentes capazes de moderar o poder do Executivo. “É um problema políticos, de correlação de forças, e não um problema jurídico-administrativo, de organização de funções” (ALBUQUERQUE, 1993, p.120). O ponto é encontrar a instância moderadora para conferir estabilidade do funcionamento do Estado. Para Montesquieu, há duas fontes de poder: A nobreza e o povo, entendido aqui como a Burguesia, e suas correlações de forças devem ser tais de modo a se contraporem, sem prevalência de nenhuma sobre a outra, refletindo tais tendências nas instituições (ALBUQUERQUE, 1993).

1.4 Federalistas

Limongi (1993) assinala que os esforços de Madison, Jay e Hamilton, autores do conjunto de artigos denominado “O Federalista” apontam no sentido contrapor-se ao dogma da tradição de pensamento que se inicia em Maquiavel e termina em Rousseau, segundo o qual governos populares são incompatíveis com os tempos modernos, uma vez que é necessário um conjunto de fatores como território reduzido, cidadãos virtuosos para seu funcionamento. “O Federalista” dá início a uma teorização eminentemente moderna no sentido de mostrar que aumento do território e o grande número de interesses são compatíveis com o tipo de organização social presente nos Estados Unidos. O título da obra de Limongi resume a intenção dos Federalistas - encontrar “Remédios republicanos para males republicanos”.

A Constituição proposta pelos Federalistas não encontrava par na história e teve resistência quando de sua formulação, justamente porque os opositores se apoiando em Montesquieu: A Confederação combina as qualidades positivas dos Estados grandes, que é a força, e a liberdade dos Estados pequenos. Os Federalistas entendiam que a Confederação levaria a disputas econômicas entre os Estados, e manutenção de grandes efetivos militares decorrentes das tensões dessas disputas enfraqueceria os Estados americanos como um todo e,

por isso, defendiam o Pacto Federativo, pois estes não precisariam de efetivos militares muito grandes para a defesa do território unido (LIMONGI, 1993).

Hamilton, em “o Federalista número 15” esforça-se, de início, em demonstrar a fragilidade da Confederação e as vantagens da Federação. Argumenta que a União só poderia fazer cumprir suas determinações por meio dos Estados: Assim, argumenta que um governo que baixa uma norma e não tem como exigir seu cumprimento não é um governo, mas um conselheiro. Dessa forma só se pode criar um governo se relacioná-lo diretamente com o cidadão. Os Federalistas partem de uma ideia pessimista do homem semelhante à da “tradição” para justificar a necessidade de criação do Estado (LIMONGI, 1993, p. 249).

O cerne da análise é encontrar meios para o controle dos contendores do poder, isto é, o governo que dirige os governados e a si mesmo. Assim, Madison defende a existência de estruturas internas ao governo que sejam capazes de controlar a tendência natural de poder, que aponta para o arbítrio e para tirania (LIMONGI, 1993, p. 249).

Madison, em “o Federalista” número 48 se aproxima de Montesquieu ao pontuar que o detentor de Poder tende a dele abusar e, pela própria natureza do poder, este só pode ser limitado em contraposição a outro Poder (LIMONGI, 1993).

Limongi (1993) coloca que Montesquieu, apesar da formulação da separação dos poderes, não se libertou da fórmula do “governo misto”. Há, segundo Limongi, uma identidade entre governo misto e separação dos poderes, observada por Montesquieu na Inglaterra, com o governo da liberdade. Porém, a América do Norte não possuía as condições sociais para instaurar a monarquia por sua natureza, pois não possuía nobreza, como a Europa. A Formulação de Thomas Paine, segundo Limongi, aparece como alternativa, rejeitando o governo misto, qualificando-o como mito e fincando com a liberdade, baseada na virtude do povo. Limongi assinala que Paine argumentava no sentido de que os americanos possuíam as características semelhantes às democracias antigas, o que, na verdade, parecia não se verificar.

O Federalista procura uma “terceira via”: “a defesa da aplicação deste princípio encontra-se constituída a partir de medidas constitucionais, garantias à autonomia dos diferentes ramos de poder, postos em relação uns com os outros para que possam se controlar e frear mutuamente, referidas, em última análise, às características nada virtuosas dos

homens, seus interesses e ambições pessoais por acumular poder.” (LIMONGI, 1993, p. 252). No mesmo sentido, Hamilton postula o Federalista número 51: “a ambição deve ser utilizada para neutralizar a ambição.”. Limongi (1993, p. 252) destaca - “Madson inova ao defender que a sorte dos governos populares não depende de sua eliminação, mas sim de controlar formas de neutralizar os seus efeitos” (LIMONGI, 1993, p. 273).

É defendida a instituição do Senado como moderador da Câmara e confere “cuidados especiais” ao judiciário, uma vez que é um poder destituído de iniciativa. Ao judiciário, foi dado o papel constitucional mais relevante até então, e, embora nenhum dos Federalistas tivesse explorado a contento o tema, defende que a interpretação final da constituição deve ficar a cargo do judiciário (LIMONGI, 1993).

Montesquieu e Rousseau afirmavam que a estabilidade da democracia teria como condição a existência de cidadãos virtuosos, que sobrepõe à vontade pública a sua própria. Assim, a leitura de Madson dava conta de que para estes autores, a democracia só seria possível se não houvesse facções. No entanto, Madson argumenta que o desenvolvimento de facções no seio da democracia decorre da própria natureza humana e partindo do fato de não ser possível eliminar as facções, a questão era impedir que alguma delas, ao alcançar o poder, viesse promover somente seus próprios interesses. No caso específico da democracia, alertava para o perigo da maioria (LIMONGI, 1993).

A república formulada pelos Federalistas tem duas características distintas das demais: um número menor de cidadão que comporão as funções de governo e um número maior de cidadão esteja sob a jurisdição de um mesmo governo. Quanto à primeira, a representação não configura filtro das facções que melhor atendem ao interesse comum, pois elas poderiam de alguma forma conquistar votos e posteriormente trair os eleitores. O ponto de ruptura com a teoria anterior está ligado à segunda: o fato de haver diversas facções sobre a mesma jurisdição, e pela proliferação delas, fazem como que, pela natureza de suas diversidades, seja difícil uma delas formar maioria, pois a tendência é de se anularem pela competição. Dessa forma, preserva-se o ponto do qual os federalistas não abrem mão: a liberdade. Portanto, a conclusão dos Federalistas é no sentido de as facções devem ser estimuladas. A questão do governo é criar mecanismos que permitam a coordenação dos diversos interesses de modo não violento. Madson acredita que, da interação das diversas facções, não prevalecerá nenhum princípio que não o da justiça e o bem comum (LIMONGI,

1993). As bases lançadas pelos Federalistas são o alicerce do constitucionalismo estadunidense, que se esforçaram no sentido de encontrar uma fórmula de governo diferente da apontada pelos autores europeus, mas que conservasse o que era, nos termos de Montesquieu, o objetivo do governo estadunidense: a Liberdade.

É fundamental termos em destaque que os autores vistos neste capítulo prescreveram um tipo de medicação para um diagnóstico feito, qual seja a concentração de poderes conduz ao abuso e este à perdição o sistema político. Mais importante do que saber qual o medicamento foi prescrito por cada um, é refletirmos sobre o diagnóstico, porque essa doença do abuso persiste até hoje, mesmo havendo medicamentos mais modernos para ele. Não ter isso em foco conduz a ideia de que a discussão sobre a separação dos poderes está ultrapassada, pois não se verifica mais o contexto posto por aqueles autores, como enfatiza Rocha Neto (2010) ao asseverar que “não se pode enxergar o presente com lentes do passado”, em que o modelo tripartido já não se enquadra nos dias atuais. De fato não se verifica, porém impulso humano pelo poder não dá sinais de desaparecimento, daí a constante atualidade do tema. Ademais, sugerimos que levemos para a discussão dos próximos capítulos não o medicamento de Montesquieu, mas seu princípio ativo: somente um poder contém outro. Essa correlação de forças tem que ser de fato, não meramente institucional. É necessário um poder avançar, se quiser conter outro.

2 SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA MEDIDA PROVISÓRIA

Os institutos da medida provisória e do controle de constitucionalidade são distintos, não guardando qualquer correlação entre eles. O motivo de analisarmos ambos neste capítulo é que, a partir dos mesmos marcos históricos, os institutos nascem e crescem gradativamente em importância, marcando o deslocamento de determinadas atribuições e prerrogativas tidas como exclusivas do parlamento para o poder executivo e judiciário. No primeiro contexto, o poder executivo passa de mero executor para legislador delegado e posteriormente, legislador por direito próprio. No segundo, o poder judiciário passa da condição de poder “nulo” para o (último) principal intérprete da Constituição.

2.1 Surgimento do Controle de Constitucionalidade

Preliminarmente, se entendermos Constituição como norma superior que prescreve a organização política de um determinado Estado, bem como a obrigação dos entes e indivíduos nele existentes, percebemos que não é algo moderno, remete-se, aliás, aos antigos. Mesmo no Estado absolutista, a norma superior era a obediência ao soberano. Nesse sentido Lassalle (1998apud CUNHA JÚNIOR, 2012) assinala que sempre houve uma “constituição real e efetiva” em todos os estados.

No entanto, a gênese do constitucionalismo moderno se dá a partir das profundas mudanças ocorridas na estrutura europeia com as ideias iluministas do século XVIII, especialmente com os esforços intelectuais dos pensadores Locke, Rousseau e Montesquieu, que culminaram no surgimento do Estado Liberal, caracterizado pelo primado da burguesia e do conseqüente declínio do poder monárquico, por meio da descentralização das funções essenciais do Estado e do papel de destaque do Parlamento e a supremacia da lei por ele construída, que era atribuída à expressão da vontade geral nela contida, vontade racional e soberana, superior à vontade particular e ao arbítrio.

No primeiro momento, as constituições aparecem como manifesto político caracterizado por documentos escritos que preconizam limitações ao poder estatal com fins a garantir a liberdade dos particulares (CANOTILHO, 1997apud CUNHA JÚNIOR, 2012). Cunha Júnior (2012) destaca que na Europa, as constituições aparecem em decorrência das revoluções dos séculos XVIII e XIX, no plano político e do liberalismo “laissez-faire”, no plano econômico. Nas Américas, as constituições escritas surgem como o próprio manifesto

de independência, rompendo com a submissão histórica e cristalizando em seu texto as regras básicas de liberdade.

O constitucionalismo moderno se consolida, segundo Cunha Júnior (2012, p. 30), pelas constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, que apresentam, como características marcantes, a passagem da concepção de um manifesto simplesmente político para uma 1) norma jurídica fundamental e suprema, que 2) preconiza a “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”, e 3) linhas de ações para o futuro do estado, tudo 4) consolidado num documento escrito e rígido.

A história do constitucionalismo tem um importante ponto de inflexão após a Primeira Grande Guerra, contexto em que partidos socialistas e cristãos impõem às novas constituições preocupações econômicas e sociais, inserindo direitos desta natureza nos textos das constituições, marcando a passagem do liberal, com constituições de garantia, defensiva, para o estado social, cujas constituições são sociais, dirigentes programáticas ou constitutivas (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Segundo Cunha Júnior (2012), a principal contribuição do constitucionalismo moderno foi o surgimento das constituições escritas, com uma característica básica, que é a sua supremacia relativa às demais normas de um determinado ordenamento jurídico. Por esse caráter, o autor enfatiza diversas propriedades derivadas dessa supremacia: a imperatividade inerente de seu texto, no sentido que todos os dispositivos são capazes de ditar regras, mesmo que em sede de princípios, para o sistema jurídico, dado sua superioridade hierárquica, o que implica na Constituição retirar sua validade de si mesma, ao passo em que é fonte jurídica para a produção de outras normas dentro do ordenamento, além de gerar princípios de conformidade para todos os atos dos poderes públicos. Soma-se a tudo isso a ideia de unidade normativa do sistema jurídico, que postula que seu conjunto de normas deve guardar coerência entre si, e o elo garantidor dessa coerência é justamente a Constituição.

A ideia de supremacia da constituição, como conjunto de normas centrais à organização política e social de um Estado, por decorrência lógica do princípio, conduz à necessária existência de mecanismos que, dada a constante produção de diversas normas e atos, lhe assegurassem sua supremacia, retirando do sistema jurídico as normas ou atos que não lhe fosse compatível, material ou formalmente.

Esses mecanismos são o Controle de Constitucionalidade, que nas palavras de Cunha Júnior ocorre:

(...) quando houver dúvida se uma norma entra em conflito com a Constituição, o órgão ou os órgãos competentes para o controle de constitucionalidade, quando provocados, realizam uma operação de confronto entre as normas antagônicas, de modo que, constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (controle concreto), quer seja para todos ou 'erga omnes' (no controle abstrato). (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 42).

O funcionamento dos mecanismos de controle assumidos pelos Estados guarda íntima relação com as origens do constitucionalismo e suas tradições. Embora haja variações entre os países relativas à adoção de um sistema de controle de constitucionalidade, explanarei brevemente a seguir dois modelos que foram fundamentais para o desenvolvimento dos demais, a saber, o americano, que originou o controle difuso de constitucionalidade e o modelo austríaco, que originou o modelo concentrado.

O modelo americano, chamado sistema americano de "judicial review" é considerado o primeiro marco do surgimento do controle de constitucionalidade, em que, por decisão da Suprema Corte a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, formulado pelo Juiz Marshall, firmou a possibilidade de juízes e tribunais afastarem aplicação de lei em contrariedade com a constituição.

A marca distintiva desse sistema é que somente perante o caso concreto é que pode ser analisada a constitucionalidade de uma lei, não sendo possível questionamento autônomo. Das decisões dos tribunais e juízes, o efeito ocorre somente entre as partes do processo, enquanto se decididas pela Suprema Corte gera-se o efeito *Erga Omnes*. Esse conjunto caracteriza o sistema difuso de controle de Constitucionalidade

Destacamos, brevemente, alguns apontamentos sobre o caso que culminou na referida decisão. Conforme Cunha Júnior (2012, p. 73) "lançando os olhos para os aspectos fáticos que engendraram a famosa decisão, vamos perceber que tudo não passou de um indecente caso de politicagem".

No caso, o Marshall, além de *Chief Justice*, era Secretário de Estado do então presidente John Adams, e realizou diversas nomeações para diversos correligionários nos

últimos dias do mandato de Adams. No entanto Madison, sucessor de Marshall, sustou as nomeações que ainda não haviam chegado às mãos de seus destinatários. Um deles, Marbury, ingressou com ação judicial junto à Suprema Corte no intuito de abrigar Madison a empossá-lo. No entanto, pressionado pela opinião pública no sentido da denegação da ordem, mas ao mesmo tempo, preocupado com o resultado desfavorável de seu grupo político, Marshall valeu-se de habilidosa estratégia: reconheceu legítima a pretensão de Marbury, mas declarou inconstitucionalidade de lei federal que conferia à Suprema Corte competência para analisar o caso, alegando que elas se encontravam taxativamente na Constituição (CUNHA JUNIOR, 2012).

Lúcio Bittencourt (1949apud CUNHA JÚNIOR, 2012), destaca ainda que a decisão correu risco, em diversas vezes, de perder a eficácia, sendo que uma delas, o *justice* Samuel Chase foi acusado de julgar sem isenção, despertando reação da opinião pública contra as decisões da Corte, falando-se em *impeachment*. O próprio Marshall propôs a criação de uma Corte Constitucional dentro do próprio Congresso, abdicando-se assim de controle judicial, no entanto, as tensões políticas foram resolvidas, o *impeachment* foi rejeitado e a decisão seguir eficaz.

Interessante é destacar, que a gênese do controle de constitucionalidade, instrumento mais caro do poder judiciário na atualidade, foi concebido e sustentado por diversas interações políticas. A Suprema Corte, ativamente agiu de modo a garantir a eficácia da decisão, entrando inclusive em negociação. Ressaltamos aqui, mais uma vez o princípio ativo que mencionamos presente em Montesquieu, de que o exercício do poder é algo de fato, ativo, e existe por sua atividade, não por mera construção teórica. Em que pese a brilhante formulação teórica do *justice* Marshall, ela não vingaria se não fosse a postura ativa dos membros da Corte em defender e fazer valer suas decisões, no campo político, até que se consolide.

O sistema austríaco, por sua vez, consagra naquele país a Constituição de 1920 o chamado Controle de Constitucionalidade Concentrado ao definir a possibilidade de verificação quanto à validade de uma norma em face da Constituição somente por via principal perante o Tribunal Constitucional, situados fora do aparato jurisdicional ordinário e independente deste, aos qual a Constituição atribui o monopólio do controle de constitucionalidade das leis (CUNHA JUNIOR, 2012).

Assim, não há possibilidade de um tribunal ou órgão do judiciário realizar tal controle, como é característica do sistema difuso, pode apenas, suscitado dúvida ou contestação em face da constituição, remeter a questão para decisão do Tribunal Constitucional, que fará o controle com julgamento vinculatório (MANDELLI JUNIOR, 2003). Cunha Junior destaca que este sistema, proposto por Hans Kelsen, não situa as atribuições do Tribunal Constitucionais como judiciais e sim como “legislação negativa” (CUNHA JUNIOR, 2012). Ademais, cumpre destacar que o sistema austríaco comporta duas modalidades de ação, podendo ser por via principal, em que a questão é submetida por via direta independente do caso concreto, ou por via incidental, vinculada a um caso concreto remetida ao Tribunal Constitucional.

2.2 Surgimento da Legislação de Urgência

Ferreira Filho (2002) ressalta a representação não como vontade geral, e sim como vontade política da burguesia, onde a classe política recebia, por meio do voto censitário, uma “carta branca” para fazer valer sua vontade pessoal, embora não desprezasse completamente a vontade do eleitor, uma vez que era de seu interesse se reeleger, o que necessitava o mínimo de atenção para com ele. Segundo o mesmo autor, tal atenção nem era tão necessária e por vezes benéfica, uma vez que os eleitores eram membros da burguesia, que demandava do Estado apenas as condições de liberdade e propriedade para que pudessem implementar suas buscas pessoais, sendo benéfica a saída de cena do Estado em qualquer outra área.

No mesmo sentido, Sousa (1999, p. 46) descreve o parlamento nesse período como “sem grandes descensos ideológicos, em face da hegemônica representação da burguesia em seu interior, é o órgão supremo e guardião permanente da liberdade”. Os votantes e os votados pertenciam à mesma classe, o que fazia com que os dissensos fossem resumidos a pequenos pontos, uma vez que o consenso reinava com relação ao papel do Estado, que se resumia às garantias individuais preconizadas pelo liberalismo.

A partir da segunda metade do Século XIX, uma série de mudanças consolidadas na estrutura da sociedade europeia pela Revolução Industrial conduziu a uma paulatina perda do espaço decisório do Legislativo frente ao Executivo, fato observável pelo aparecimento da sua faculdade de veto, como também de propor e estatuir leis.

A gênese desse processo é identificada pela literatura como o início da paralisia decisória dos parlamentos e do engrandecimento do Executivo com relação as funções do Estado. Segundo Ferreira Filho (2002), o fenômeno tem início com a expansão do sufrágio, que fez surgir no parlamento uma gama de ideias heterogêneas que se mostravam inconciliáveis, desaparecendo as fronteiras entre o interesse público e o interesse privado. Assim descreve o autor:

(...) o sufrágio universal trouxe a divisão para o seio das assembléias. Deixaram estas de ser grupos primários, como eram enquanto só a burguesia participava intensamente da vida política, onde as discordâncias não iam além dos pormenores, para se tornarem o campo de batalha onde cosmovisões hostis e interesses de classes irredutíveis, ou aparentemente irredutíveis, se digladiavam. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 120).

A expansão do sufrágio significou trazer ao parlamento representantes de outras classes que não a burguesia, no caso, a classe trabalhadora. Esta reivindicava maior presença do Estado em diversas questões que aquela pregava que se afastasse. Dessa forma, a realidade social e política começa a se distanciar da ideia de parlamento tal qual preconizado por Rousseau, a ideia do consenso. Nessa ótica, a dificuldade de organização do parlamento em torno de pautas comuns é o germe que levará a chamada paralisia decisória do Parlamento.

Dado este contexto, Ferreira Filho assinala os fatores decorrentes que culminaram no engrandecimento do Executivo frente ao Legislativo. Em primeiro lugar, as novas tarefas atribuídas ao Estado, como a intervenção nos campos econômicos e sociais, pela passagem do Estado Liberal ao Estado Social, colocava o Executivo em melhores condições de desempenhá-las, uma vez que o parlamento não estava adaptado a deliberar de forma ágil sobre essas questões. Assim, foram progressivamente sendo decididas pelo Executivo que, por sua capacidade de tomada de decisão rapidamente, aliado à capacidade de manter o necessário sigilo das decisões econômicas e, finalmente, pela disponibilidade de corpo técnico especializado, pôde concentrar em si essas competências. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 122). Em segundo lugar, a valorização do papel de defesa e diplomacia exercido historicamente pelo Executivo assume grande importância, sobretudo com o acirramento das tensões que culminaram nas grandes guerras do início do século XX.

Segundo Pessanha(2002), a Primeira Guerra contribuiu sobremaneira para uma mudança na concepção de lei por meio da simplificação dos processos legislativos, cujo foco

deixara de ser uma vontade geral para uma questão estratégica. Criou-se, então, um conjunto de permissões de poderes legislativos ao Executivo. Assim, o autor destaca que:

O término dos conflitos não significou a volta aos processos legislativos tradicionais; ao contrário. Na maioria das vezes as práticas se institucionalizaram, embora de maneira informal, convivendo com o formalismo legal e criando a dualidade entre norma constitucional escrita e a norma consuetudinária ditada pela prática política cotidiana, até a sua incorporação definitiva ao texto fundamental. (PESSANHA, 2002, p. 148).

Outro fator apontado por Ferreira Filho é a origem do representante do poder executivo que, com a expansão do sufrágio, passa a ser tão democrática quanto aos representantes no Parlamento. Enquanto a preocupação no início do Estado Liberal era proteger a liberdade do povo por meio de seus representantes eleitos contra os arbítrios do Monarca, que era hereditário, com a possibilidade de eleição do chefe do Executivo, passou a ter ambos os Poderes o status de representantes da vontade do povo. Por fim, identifica também, como fenômenos relevantes para esse complexo processo, a identidade pessoal entre o chefe do Executivo e os governados, que passam a personificar o governo na figura do Executivo, com a notável contribuição dos meios de comunicação, que se expandiam no processo. O final de todo esse movimento, que se inicia com a universalização do sufrágio, desemboca no papel central que o Executivo passa a desempenhar no processo legislativo contemporâneo, não somente como “mola mestra que impulsiona o trabalho parlamentar, como também num grande número de casos, surge como próprio legislador”. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 131)

O crescimento da atuação do Executivo frente ao Legislativo, como exposto anteriormente, coincide em larga medida com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social. O aparecimento da legislação do executivo, embora tenha ocorrido de forma diferente pelos países ocidentais, se acirra após a Segunda Guerra Mundial. A seguir, faremos uma breve exposição de como se deu esse fenômeno em diversos países.

Na Inglaterra, a prática da delegação progredia desde o século XIX. Como assinala Pessanha (2002), as *Rules and Orders* são metodicamente editadas, em média acima de mil, e com o ápice de três mil em 1942. Ao final das Grandes Guerras, pouco recua o número de edições - duas mil oitocentos e cinquenta e oito - explicitando a incorporação da legislação executiva. (MACKENZIE[FALTA ANO] apud PESSANHA, 2002). Outro fato apontado que

revela grande participação do Executivo no âmbito legislativo, é a faculdade de iniciativa das leis do Gabinete, em que durante a Segunda Guerra só se discutiu propostas de iniciativa governamental e mesmo após a guerra, a proporção de dias de deliberação de projetos de iniciativa de parlamentar e do Gabinete era de 12 para 120. (DUVERGER[FALTA ANO] apud PESSANHA, 2002). O próprio Parlamento, questionado sobre a quantidade de leis delegadas editadas em 1929, emitiu seis razões para justificar a expansão do gabinete em questões legislativas:

Falta de tempo do Parlamento, pela sobrecarga de matérias; caráter técnico de certos assuntos; aspectos imprevisíveis de certas matérias a ser reguladas; exigência de flexibilidade de certas regulamentações; possibilidade de fazerem-se experimentos por meio da legislação delegada; situações extraordinárias ou de emergência (SAMPAIO, 1968 apud PESSANHA, 2002, p. 150).

Na França, Pessanha (2002) coloca que a Constituição de 1875 procurou evitar a participação do executivo na produção legal, pelos “traumas” da experiência com o Napoleão III, mas no período entre guerras foram introduzidas modificações, criando naquele país a figura da delegação em favor do Executivo. A Constituição de 1946, assim como a brasileira do mesmo período, vedava expressamente a legislação do Executivo que, segundo Pessanha, foi usada de forma disfarçada até sua definitiva incorporação pela Constituição de 1958. Carvalho (2000) coloca que “o regime parlamentar francês se caracteriza exatamente pela preponderância do Executivo sobre o Legislativo”, uma vez que o Parlamento “só legisla em matérias taxativamente discriminadas, enquanto o Executivo possui pelo menos cinco formas de inovar a ordem jurídica”, que podem ser por *ordonances*, uma espécie de delegação legislativa; decretos-leis em matéria financeira, em que o governo pode por em vigor projeto de lei orçamentária não votado no prazo de sessenta dias; decretos-leis de urgência e necessidade; regulamentos autônomos e regulamentos de complementação às leis(CARVALHO, 2000).

Nos Estados Unidos, é comum a prática dos standards, em que o Legislativo elabora um quadro amplo de princípios que o presidente regulará por decreto. Segundo Pessanha (2002), a prática da delegação foi de tal magnitude, que chegou a ser, em 1930, invalidada por uma decisão do Poder Judiciário, com a alegação de desistência do poder de legislar do Legislativo. O Executivo conta também com o recurso de autorização do Congresso para promoção do comércio, que permite ao Presidente firmar acordos comerciais com outros

países, cabendo ao congresso ratificar ou rejeitar em bloco, não sendo possível oferecimento de emendas.

Na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919 dava significativos poderes ao presidente do Reich, inclusive o de “decretar ordenanças com valor de Lei”. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, criou uma modalidade de decretos jurídicos ou regulamentos que eram uma forma de delegação legislativa, em que o Executivo poderia “ser autorizado por lei para editar regulamentos jurídicos, cabendo à lei determinar seu conteúdo, o fim e a extensão das referidas autorizações”, assim como o “estado de necessidade legislativa”, em que o governo avoca para si o poder de editar uma lei que considerar indispensável. (PINTO FERREIRA[FALTA ANO] apud PESSANHA, 2002, p. 153).

Na Itália, reconhecia-se, já em 1914, a validade dos decretos de urgência e em 1926, tentou-se regulamentar seu uso por meio da Lei Rocco restringindo as *ordinanze* a caso de necessidade e urgência, devendo ser ratificada pelo Parlamento. (PESSANHA, 2002, p. 155). A permanência dos abusos de seu uso e a inobservância dos requisitos levou à edição de nova lei em 1939, “que limitava as *ordinanze aos casos dinecessità per cause di guerra o per urgentimisure dicarattrefinanciário o tributário*” e determinava que sua eficácia somente se encerraria com expressa rejeição parlamentar.” (PINTO FERREIRA[FALTA ANO] apud PESSANHA 2002, p. 155).

A Constituição italiana vigente, a de 1947, segundo Ferreira Filho (2003), serviu de inspiração para o modelo do Decreto-Lei brasileiro do período 1964-1988 e para a Medida Provisória a partir de 1988. Ela manteve as *ordinanze* sob forma de *decreti-leggi*.

Fizemos acima, uma breve exposição da origem e desenvolvimento da chamada “legislação do Executivo” em alguns países de orientação parlamentarista e presidencialista. Esse rol não está esgotado, uma vez que é possível verificar o fenômeno em diversos outros países europeus e latino americanos. O intuito foi apenas sinalizar o movimento em âmbito mundial, a partir da metade do século XIX, de deslocamento de competências legislativas para o Executivo sob as mais variadas formas, tornando preponderante o papel ativo deste e marcando a gradativa passividade e perda de espaço decisório do parlamento.

2.3 Os Institutos nas Constituições Brasileiras

A Constituição de 1824, carta outorgada por D. Pedro I, estabeleceu quatro poderes de acordo com seu artigo décimo: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Essa constituição foi a implementação (ou tentativa de) das ideias de Benjamin Constant, que identificava a necessidade de um poder neutro que atuasse como árbitro quando houvesse litígio entre os poderes (SOUSA, 1999).

Verifica-se, que o controle de constitucionalidade por parte do judiciário restava ausente, pois cabia ao Poder Moderador a “chave de toda a organização política, para a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”, conforme mandamento do art. 98 (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 100).

O Executivo poderia propor leis que seriam analisadas por uma Comissão e se fosse aprovada, seria remetida à sanção. Pessanha (2002, p. 158) coloca que os “Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados à boa execução das Leis”, conforme autorizava o art. 102, XII, foi o instrumento usado pelo Imperador para participar na elaboração das leis, que se utilizava das leis espaciais elaboradas pelo Parlamento para expandir, via decreto, suas atribuições.

A Constituição de 1891, a previsão do controle de constitucionalidade se fez presente pela primeira vez, por influência da Constituição estadunidense e do *judicial review*, que, dessa forma, operava sob a forma difusa, inexistindo mecanismos que analisasse decisões conflitantes entre os diversos órgãos do poder judiciário competente para fazê-lo, surtindo somente efeitos *inter partes* (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Quanto ao poder executivo, a Constituição do período não fez menção à delegação legislativa, mas no seu artigo 48 autorizava, assim como na anterior, expedir “decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução”. Essa foi a fórmula utilizada mais uma vez pelo Executivo para legislar sem controle. Conforme a análise de Herman G. James, o Executivo exercia:

Na prática um intenso poder de decreto, encorajado por uma ampla liberdade de ação, concedida pelo congresso nas leis orçamentárias e relativas a administração pública, e que não recebe o consistente controle da Suprema Corte nos relativamente poucos casos em que a questão foi submetida ao seu crivo. (JAMES, 1923 apud PESSANHA, 2002, p. 160).

Na Constituição de 1934, o controle de constitucionalidade difuso foi mantido (art. 76, III, b e c), introduzindo mudanças no sentido de suprir o gargalo da constituição anterior no que concerne ao efeito *inter partes* do controle de constitucionalidade, pois cabia ao Senado, a suspensão, em caráter geral, a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, por maioria absoluta de seus membros, por meio de ação representativa. Cunha Júnior ressalta que esse foi o primeiro passo para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Quanto ao executivo, se manteve a faculdade de expedir decretos, porém o artigo 3º e seus parágrafos postulam a independência e coordenação entre os poderes, sendo a eles vedado delegar suas atribuições, e aos cidadãos investidos na função de um deles não poderia exercer em outro (Art. 3º, §§ 1º e 2º). Pessanha (2002, p. 161) assinala que, apesar dessa disposição, o “fantasma da delegação não foi exorcizado”, sendo advogada por Oliveira Vianna e Francisco Campos a tese de que o disposto no parágrafo terceiro deveria ser interpretado sem “rigores absolutos”, pois a prática da delegação é um “fato geral” ao redor do mundo.

Na Constituição de 1937, carta outorgada por Getúlio Vargas, houve retrocesso quanto ao controle de constitucionalidade, conforme assinala Cunha Júnior (2012). Segundo ele, essa constituição manteve o essencial o modelo de controle da constituição anterior, no entanto possibilitou ao poder executivo tornar sem efeito decisão de inconstitucionalidade declarado por tribunal de lei confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único).

Aparece neste período a figura do decreto-lei, ato normativo Executivo que poderia ser autorizado pelo Parlamento. O artigo 13 arrolava os temas proibitivos ao decreto lei (modificações à Constituição; legislação eleitoral; orçamento; impostos; instituição de monopólios; moeda; empréstimos públicos; alienação e oneração de bens imóveis da União). Mesmo prevista algumas limitações ao Executivo, Vargas se utilizou do artigo 180, que dispunha que “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União” para legislar com plenos poderes, uma vez que foi decretado o fechamento do Congresso na

mesma data da entrada em vigência da Constituição. Dessa forma, o presidente da república poderia, por poder próprio, suspender a declaração de inconstitucionalidade de lei, como visto acima, tarefa originária do poder legislativo. Ademais, o art. 37 vedou expressamente ao Poder judiciário conhecer questões exclusivamente políticas(CUNHA JÚNIOR, 2012).

Sousa (1999, p. 49) invoca uma “justiça ao ditador”, ao colocar que as leis importantes no país, cujos vários de seus dispositivos vigem até hoje, foram criadas nesse período, a saber, o Código penal, o Código de Processo Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Na Constituição de 1946, pela experiência do Estado Novo, retomaram-se os dispositivos que proibiam a delegação legislativa ao modelo da Carta de 1937. A iniciativa das leis competia ao Presidente da República e a qualquer membro do Poder Legislativo, cabendo ao primeiro a Sanção, assim como lhe era reservada a iniciativa do orçamento (PESSANHA, 2002).

O controle de constitucionalidade foi restaurado ao poder judiciário, que retomou as prerrogativas garantidas pela constituição de 1934. Destaca Cunha Júnior que a Emenda Constitucional nº 16 de 1965 inaugurou nessa Constituição o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, definindo assim o modelo misto de controle. Combinava-se, assim, o sistema difuso-incidental, de competência de todos os juízes e tribunais e o controle concreto-principal, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (CUNHA JÚNIOR, 2012).

No que concerne à legislação do executivo, Pessanha(2002) destaca o intenso debate durante a Constituinte e a vigência da Constituição sobre a importância da delegação, que não fora incluída no texto, contrariando as tendências internacionais do período, em que políticos e juristas de renome da época, como Hermes Lima, Themistocles Cavalcanti, e Miguel Reale, se colocaram defensores da Legislação Executiva como um imperativo da sociedade moderna. Destaca ainda, porém, que a permissão constitucional de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”, inscrita no art. 87, inciso I, fez como que o Executivo utilizasse uma espécie de “delegação disfarçada”, que se tratava de leis que permitiram “regulações executivas” de caráter normativo. A Emenda Constitucional nº 4 de 1961, que instituiu o parlamentarismo no Brasil, incluiu a delegação legislativa e importantes leis foram promulgadas por meio da delegação, sendo que, com o a

restituição do presidencialismo com o plebiscito de 1963, foi revogada o dispositivo que lhe dava vigência. (PESSANHA, 2002, p. 164)

Na Constituição de 1967, segundo Ferreira Filho (2003), é institucionalizado a delegação legislativa e o decreto-lei, que era inspirado no instituto previsto na Constituição Italiana de 1947 – que também foi a base para a formulação do instituto da Medida Provisória na Constituição brasileira de 1988. Seu artigo 58 previa:

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

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado. (BRASIL, 1988)

Tratava-se de uma inversão do texto da Carta italiana que lhe serviu de base:

Se, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adotar, sob sua responsabilidade, medidas (provvedimeni) provisórias com força de lei, deve, no mesmo dia, submetê-las para conversão às Câmaras que, mesmo estando dissolvidas, serão convocadas para esse fim e se reúnem dentro de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde sua promulgação, se não forem convertidas em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por meio de lei as relações jurídicas baseadas em decretos não convertidos. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 241).

Nota-se que o ônus do processo é, no caso brasileiro, do Legislativo, que se não deliberar no prazo de sessenta dias, o texto será aprovado, enquanto no modelo italiano é justamente o contrário, o ônus da aprovação é do Executivo, que terá que articular politicamente a aprovação de seu texto, sob pena de perda de eficácia (FERREIRA FILHO, 2003).

A Emenda nº. 1 de 1969 acrescentou às matérias que poderiam ser reguladas por decreto-lei as normas tributárias e a criação de cargos públicos e fixação de seus vencimentos e também incluiu parágrafo explicitando que a rejeição do decreto lei não implica em nulidade dos atos praticados durante sua vigência (PESSANHA, 2002).

Ferreira Filho resume o decreto lei em sete pontos principais:

ato normativo com força de lei de competência direta do presidente da república (a ele atribuída independentemente da delegação)

-Condicionado à ocorrência de casos de urgência ou de interesse público relevante (...) era alternativo o fundamento, poderia ser a urgência, e no caso de interesse público relevante, investia o presidente de um poder autônomo de legislação.

-Tal ato deveria versar matérias especificadas (conforme a redação da emenda 1/69)

-teria eficácia imediata (desde a promulgação)

-Mas era submetido à deliberação do Congresso Nacional. Este deveria apreciá-lo em bloco, num prazo de sessenta dias da promulgação, podendo rejeitá-lo mas nunca emendá-lo.

-Enfim, mesmo que rejeitado, os atos que fossem praticados com base nele seriam sempre válidos. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 142).

O texto da Carta de 1967 contém salvaguardas da autonomia do Legislativo, pois ainda que dificilmente, havia previsão de rejeição dos decretos-leis se o Congresso assim o entendesse. No entanto, o Ato Institucional nº. 5, em seu artigo segundo, dá ao Presidente da República o poder de decretar o recesso do Congresso e neste período “o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”. (AI 5, Art. 2º, § 1º). Essa situação perdura até a promulgação, em 1978, da Emenda Constitucional nº11, que revogou os atos institucionais e complementares até então vigentes, preservando-lhes os efeitos dos atos praticados até a sua revogação, excluindo-os da apreciação judicial (PESSANHA, 2002, p. 170).

Quanto ao controle de constitucionalidade, retirou os dispositivos incorporados pela EC 16 de 1965. No entanto, Cunha Júnior destaca que a EC 7 de 1977 trouxe duas novidades importantes: a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que foi extinta pela Constituição de 1988 e a previsão de concessão de medida cautelar a ser pedida nas representações genéricas de inconstitucionalidade, que foi mantida pela Constituição de 1988(CUNHA JÚNIOR, 2012).

Buscamos assinar neste capítulo os marcos importantes que conduziram ao crescimento da atuação do poder executivo e judiciário frente ao legislativo, que tiveram a partir das Grandes Guerra inflexão decisiva, no caso de executivo, para a consolidação da legislação de urgência e no judiciário, a mudança no perfil do entendimento da constituição, passando a incluir preocupações de caráter social e de proteção de direitos, ao lado de muitos

outros dele deles derivados, restando ambos os institutos consolidados nas constituições e prática política.

Por meio da análise feita pelos autores acima das Constituições brasileiras e da prática de fato implementada pelos governos, verifica-se a presença da legislação do poder executivo desde a primeira constituição brasileira, sendo mais institucionalizada quando se trata de períodos autoritários e mais disfarçada em períodos democráticos, tendo como emblemático o caso do breve período de 1934 a 1937 e o período de 1946 a 1964. Podemos pensar numa análise inversa quanto ao controle de constitucionalidade, que é prestigiado nos períodos democráticos em detrimentos dos autoritários. De qualquer forma, é importante destacar que ambos os institutos estão mundialmente consolidados, e no Brasil, podemos notar, como faremos à frente, que os poderes constituídos procuraram definir na prática política e na ativa formulação judicial os parâmetros para o exercício de suas atribuições, de modo que se verificou tanto o aumento de medidas provisória do executivo, quanto uma evolução da atuação ativa do controle de constitucionalidade, sendo inicialmente tímida, mas ampliando-se com a experiência institucional.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Dada a evolução e consolidação dos institutos, importantes e consolidados, tem-se um confronto interessante. Por um lado, a medida provisória é instrumento privativo do poder executivo com força imediata de lei, sendo sua edição isenta de qualquer permissão prévia para ser editada. Mesmo sem olharmos a prática política, se lembrarmos do diagnóstico dos teóricos do poder, notamos presente um grande potencial para o abuso. Por outro lado, temos os instrumentos de controle de constitucionalidade visando guarda os princípios e garantias constitucionais, dentre eles, coibir abusos.

Neste capítulo analisaremos o instituto da Medida Provisória e sua possibilidade de controle por parte do judiciário, tendo como base o entendimento do papel dos institutos pela doutrina e pela a evolução do tratamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, cumpre-nos, inicialmente, analisar alguns aspectos importantes do contexto político-institucional brasileiros para não nos ater apenas no texto constitucional, mas situá-lo também nos aspectos da prática política. Entendemos que esses aspectos foram bem descritos por Sampaio (2007), que analisa a busca de apoio por parte do Presidente da República nos partidos com representação no Congresso Nacional visando implementar sua agenda política, o chamado presidencialismo de coalizão.

3.1 O Contexto Brasileiro: o presidencialismo de coalizão

São comuns discursos diversos de que, no Brasil, o poder legislativo se furta de exercer seu papel, seja porque é sufocado pela preponderância do poder executivo, seja porque é excessivamente conivente com ele. Tal afirmação vem da constatação de que um grande número de matérias de autoria do poder executivo é aprovado quase sem alterações. Na contramão dessa ideia, Sampaio argumenta que no Brasil há um contexto de complementariedade entre o poder executivo e legislativo quanto à atribuição legislativa e não uma usurpação de funções.

O autor ressalta que a existência de cooperação entre esses poderes é incentivada pelo arranjo constitucional atual no Brasil e isso não é um erro involuntário, mas fruto de uma engenharia constitucional consciente, que foi posteriormente denominada de presidencialismo de coalizão (SAMPAIO, 2007).

Segundo o mesmo autor, a relação entre os poderes legislativo e executivo no presidencialismo de coalizão funciona de forma semelhante ao parlamentarismo, sendo que neste, a coalizão é formada para apoiar e gerar o gabinete executivo e, naquele, o chefe do executivo é escolhido por voto direto e cabe a ele formar sua coalizão de apoio, antes, durante e depois das eleições. Ressalta que, em ambos os casos, o executivo não governa sozinho, ele precisa da participação do poder legislativo, de modo que, no parlamentarismo, a perda de apoio sofrida pelo chefe do executivo conduz à dissolução do gabinete e no presidencialismo, no isolamento do presidente (SAMPAIO, 2007).

Sampaio traz o pioneirismo de Abranches, que primeiro utilizou a expressão. Na análise de Abranches, a construção constitucional das bases que favorecem esse tipo de interação entre o legislativo e executivo foi fundamental para geração de governabilidade no conturbado período de redemocratização. Para Abranches, o Brasil daquele momento podia ser definida pelo grande pluralismo de valores, em que amplos consensos seriam difíceis de serem formados, dada a pressão de demanda por decisões e providências legislativas orientadas a políticas públicas voltadas a diversos setores. Essa pressão diversa prejudicaria a governabilidade e efetivação dessas políticas públicas (ABRANCHES, 1988 apud SAMPAIO, 2007).

Assim, o presidencialismo de coalizão apresentava-se como uma solução institucional efetiva para permitir que o presidente da república pudesse, a partir de uma posição estável, pois foi eleito para um mandato fixo, tentasse formar essas coalisões, sem que corresse o provável risco de dissolução de seu gabinete, no caso do parlamentarismo (SAMPAIO, 2007).

Sampaio destaca dois pontos importantes para se melhor entender a que se destina o presidencialismo de coalisção, a saber: o poder de formação de agenda e a governabilidade gerada. Segundo Figueiredo e Limongi (1999 apud SAMPAIO, 2007), o poder de agenda é a capacidade de determinar não somente quais propostas serão consideradas pelo poder legislativo, mas também quando serão. Numa análise rasa, poder-se-ia pensar que o executivo controla tal agenda à revelia do legislativo, mas esses autores sustentam que essa agenda é resultado de uma conjugação de forças, de modo que o executivo não a faz sozinho, ao contrário, o faz com apoio dos partidos de sua coalizão no congresso nacional, pois é esta coalizão no legislativo que vai dar força de lei à maioria das ações de interesse governamental.

O segundo elemento importante, a Governabilidade, segundo Santos (1997 apud SAMPAIO, 2007, p.131) "é a capacidade de conversão de um determinado potencial político de um conjunto de instituições políticas em capacidade de definir, implementar e sustentar políticas públicas". Está associado à ideia de condições sistêmicas para governar. São essas condições de governo que a formação de coalizão se destina, pois é por meio dela que haverá ambiente favorável para implementação da agenda governamental.

Em suma, esses conceitos são vitais ao presidencialismo de coalizão, pois esta será tão forte quanto à governabilidade presente num determinado governo, sendo a governabilidade gerada pela própria capacidade de o governo formular e cumprir uma agenda que se mostre eficaz nas soluções das questões a que se destinam. O sucesso da implementação dessa agenda atesta o sucesso da coalizão e a fortalece, retroalimentando este sistema, sendo que, da mesma forma, o fracasso tende a enfraquecer a coalizão (SAMPAIO, 2007).

Assente o efeito pretendido pela formação de coalizão, cumpre discorrer quais são as bases sistêmicas que a torna possível, digo de outro modo, quais as variáveis que mantêm possibilitam sua coesão. Para tanto, Sampaio identifica três grandes bases para o presidencialismo de coalizão, a saber: a liberdade presidencial para formação de gabinete ministerial; o papel dos líderes partidários no Congresso Nacional e a realidade da separação dos poderes preconizada na constituição (SAMPAIO, 2007).

Quanto à formação dos gabinetes ministeriais, Sampaio (2007) enfatiza que o poder executivo dispõe de prerrogativa de nomeação dos principais cargos dos ministérios e os distribui para sua base parlamentar formada pela coalizão. Ao invés de se configurar um fisiologismo ou uma simples troca de votos por cargos, trata-se de uma coparticipação de governo, em que os partidos mais representativos do Congresso são convidados a compor o governo como um todo, se constituindo, assim, uma ampla coalizão. Segundo Sampaio, os estudos de Rachel Meneguello comprovam essa constatação, pois, analisando a composição dos ministérios desde a Constituição de 1988, conclui as nomeações para os principais cargos tem forte vinculação à proporção da representação dos partidos no Congresso (MENEGUELLO, 1998 apud SAMPAIO, 2007).

Quanto ao papel dos líderes partidários, Sampaio enfatiza a amplo poder conferido aos líderes parlamentares pelos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como exemplo a definição da pauta do plenário pelo presidente e o colegiado de

líderes, a solicitação de urgência regimental para apreciação de matéria diretamente no plenário, indicação de membro de comissões, votações simbólicas, apoio para verificação de quórum após um pedido, somado ao fato de as presidências refletirem a proporção no congresso.

Assim, a fidelidade da coalizão feita com o executivo é facilitada pela atuação dos líderes, que são em menor número em relação ao número total de parlamentares, simplificando-se, assim, o processo de negociação e formação de consensos em torno das matérias a serem deliberadas, o que seria mais difícil se o poder executivo tivesse que negociar com cada parlamentar. Para os parlamentares não líderes, o diálogo individual se dá não somente em matérias polêmicas de quórum qualificado, mas também barganhado por meio do poder do executivo em controlar a liberação de emendas parlamentares. Nota-se que aqui, ao invés de um total descontentamento por parte dos parlamentares em relação ao quadro de preponderância dos líderes, eles procuram se associar ao executivo, visando crescimento intra e extra partidário (SAMPAIO, 2007).

Quanto à separação de poderes no Brasil, Sampaio enfatiza algumas prerrogativas constitucionais que favorecem o executivo na formulação da agenda legislativa, ao invés de ser essa atribuição do legislativo. Argumenta que, ao contrário do que se diz, o poder executivo não exacerba suas atribuições ao definir a agenda, pois as possibilidades de fatos decorrem da própria constituição, pois ela lhe confere: i) o poder de iniciativa privativo-exclusiva em determinadas matérias pelo presidente da república e requisição de urgência em projetos de sua autoria, notadamente os projetos de lei orçamentarias e, no caso da urgência, o trancamento de pauta; ii) o poder de veto, que retirando parte da qual não concorde, a deliberação do congresso se dá, sob pena de trancamento de pauta, o que força negociação, além da necessidade de quórum qualificado para rejeição do veto; e iii) a medida provisória, que tem força de lei desde a sua edição (SAMPAIO, 2007, p. 157-172).

Dessa análise, depreendemos que o instituto da medida provisória não é algo estranho na constituição brasileira de 1988 e somente ele permite controlar a agenda do legislativo ou gerar uma distorção na separação de poderes. Ele é um de vários instrumentos conferidos ao poder executivo diretamente pela Constituição que permite a formulação e o controle da agenda legislativo. Assim, é forçoso concluir que tal preponderância não é acidental, um

desvio do preconizado pela constituição, mas algo consciente dada a complementariedade destes instrumentos a disposição do poder executivo.

A contribuição da análise de Sampaio é no sentido de mostrar que a interação prática entre os poderes legislativo e executivo não é catastrófica, mas proporciona um arranjo que permita a realização da agenda governamental de forma mais célere. Essa constatação é relevante para explicitar que a questão não pode ser vista somente olhando para o texto constitucional e dele se intuindo o desvio, pois é também importante compreender o funcionamento das instituições subjacentes ao texto constitucional e que não acontece à revelia dele, mas possibilitado por ele.

Isso não significa, no entanto, que pelo fato de a engrenagem funcionar, se permita qualquer coisa. E então vem à baila o importante controle de constitucionalidade das medidas provisórias que será à frente defendido. Cabe somente destacar, neste ponto, que o faremos sem perder de vista o contexto do presidencialismo brasileiro, para não cairmos na posição de demonização total do instituto, procurando manter como única posição legítima que a agenda legislativa deva depender somente ao legislativo e extraordinariamente ao executivo. Como já foi visto, esse modelo pertencia ao início do liberalismo e foi esfacelando a partir de então e, assim como a prerrogativa do controle de constitucionalidade se afirmou indiscutivelmente, a participação do executivo como direcionador da agenda legislativa também, e a evolução disse se deu quase ao mesmo tempo.

Passaremos à análise da Medida provisória após a constituição de 1988, seu texto original e a importante (mas insuficiente) reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 32, no intuito de encontrar subsídios para esta possibilidade de controle, sem no entanto, concluir que “tudo está perdido”.

3.2 Regramento Constitucional das Medidas Provisórias

A evolução político-institucional brasileira, desde o império, caminhou no sentido de fortalecer o poder do Executivo. Isso se manifestava, conforme assinalado anteriormente, ou por inserir na lei instrumentos que lhe permitem poderes legislativos, como foi o caso dos regimes autoritários de 1937 e 1964, ou encontrando-se disfarçadamente na prática política cotidiana das instituições.

Substituindo o decreto-lei, a medida provisória representa um ponto fundamental da trajetória da Legislação Executiva no Brasil, que partiu inicialmente do *status* de “coadjuvante no processo legislativo”, pela faculdade de iniciativa, promulgação, sanção e veto, passa pelo *status* de “legislador delegado”, que poderia elaborar leis com a anuência e limites impostos pelo Legislativo, e finalmente, passa ao *status* de “legislador por direito próprio”.

A edição da Medida Provisória está prevista no âmbito do processo legislativo, conforme o artigo 59 da Constituição:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I - emendas à Constituição;
II - leis complementares;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - **medidas provisórias**;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.
(BRASIL, 1988).

O texto original, tal qual veio da Constituinte de 1988, assim o previa:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.
Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (BRASIL, 1988).

Szklarowsky (2003) ressalta que a Medida Provisória é considerada por muitos como entulho do regime autoritário. Herdeira do decreto-lei da ditadura militar, é amplamente acusada de descompasso circunstancial, uma vez que o instrumento que lhe serviu de inspiração pertencia a um regime parlamentarista, sendo que no regime presidencialista, causaria o mesmo efeito do decreto-lei.

Abreu Júnior (2002), ao analisar as discussões na Assembleia Constituinte sobre o tema, revela que houve grande preocupação e cuidado com um instrumento que garantisse a celeridade das decisões em casos de urgência, como mostra o debate ocorrido no primeiro turno de votação em Plenário, se posicionando a favor os Deputados Egídio Ferreira Lima e Nelson Jobim ao enfatizar o prazo para conclusão das votações e a perda da eficácia como forma de controle legislativo. Este dispositivo foi aprovado, sendo rejeitado posteriormente,

ainda no primeiro turno, o parlamentarismo. O texto da Medida Provisória foi aprovado também no segundo turno com a mesma redação.

Houve diversas tentativas no sentido de incrustar no Texto o decreto-lei, que foram repetidamente rejeitadas, enquanto uma emenda que buscou suprimir o dispositivo da Medida Provisória foi rejeitada, conforme o Parecer do Relator-Geral da Constituinte, Bernardo Cabral, que dizia ser imprescindível em caso de relevância e urgência um instrumento célere para o moderno “*welfarestate*” (SZKLAROWSKY, 2003).

Essas considerações somente reforçam a já constatada consciência da Assembleia Constituinte ao buscar um instrumento que conferisse a agilidade necessária por parte do presidente da república em casos extraordinários.

3.2.1 Natureza Jurídica e Pressupostos Habilitadores

A Constituição de 1988 confere à Medida Provisória um caráter híbrido, pois é um ato do Executivo, com força de lei e vigência imediata, mas que deve ser submetida ao Congresso para sua conversão em lei, dentro de um prazo certo, sob pena de perda de eficácia. A natureza desse ato foi objeto de intensos debates entre juristas, como exemplo, Marco Aurélio Greco, que advogava que a Medida Provisória é ato administrativo, não possuindo natureza legislativa (GRECO, 1991 apud NOBRE JÚNIOR, 2000). Para Saulo Ramos, trata-se de projeto de lei com força cautelar de lei (RAMOS, 1989 apud MASSUDA, 2001). Massuda sintetiza tal entendimento, explicitando seu valor normativo autônomo:

Dessa forma, as medidas provisórias, cuja edição resulta do exercício, pelo Presidente da República, de competência constitucional extraordinária, representam a expressão concreta de um poder cautelar geral deferido ao Chefe do Poder Executivo da União. Não são, portanto, fruto de delegação legislativa, mas de um poder originário de legislar em situações excepcionais, conferido pelo Poder Constituinte Originário e vinculado apenas às Condições e aos limites impostos pela Constituição. (MASSUDA, 2001, p. 27).

Conclui-se da análise de Massuda que a Medida Provisória, por figurar no rol das normas que compõe o processo legislativo, é ato legislativo de fato e pode-se dizer, assim, que o Executivo atua como legislador ao utilizar o instituto, que por não ser sua atribuição precípua, trata-se na verdade de legiferação extraordinária, ou seja, apenas em determinadas circunstâncias ele assume algumas prerrogativas do Poder Legislativo.

Assim, a Medida Provisória possui um duplo aspecto - lei e projeto de lei, sem ser totalmente nenhum nem outro.

Celso de Mello (1999) ressalta que Medida Provisória não é o mesmo que a lei, apontando cinco distinções importantes entre ambas: a primeira é o fato de a Medida Provisória ser a via excepcional da regulação enquanto a lei é a via normal; a segunda diferença é a duração, pois a lei possui prazo indeterminado e mesmo quando determinado, ela mesma dispõe sobre sua duração, enquanto a Medida Provisória tem prazo certo fixado na Constituição; a terceira é que a Medida Provisória é precária, ou seja, são firmadas ou não por um juízo diferente ao que a produziu, enquanto a lei, sua produção e firmação pertencem ao mesmo, o Congresso Nacional; a quarta é que a Medida Provisória perde eficácia se não convertidas em lei dentro do prazo constitucional, com efeito *ex tunc*, semelhante ao caso de nulidade, enquanto a lei, caso seja revogada, gera efeito *ex nunc*.

Todas essas características são extraídas da peculiaridade do instituto das MP's no ordenamento jurídico, concebido, inicialmente, para ser instrumento extraordinário. No entanto, boa parte da polêmica sobre seu uso deriva da situação ambígua, dadas essas limitações impostas a seu uso, sejam expressas, sejam lógicas, temos um pressuposto de habilitação de caráter estritamente de conveniência política, numa análise preliminar, e justamente aqui que está a possibilidade do abuso.

Conforme o texto constitucional, a edição da medida provisória está condicionada aos casos de "relevância e urgência". Esses são apontados pela doutrina como seus pressupostos habilitadores, sendo assim, a condição necessária para ensejo do ato. Deles se retira sua condição de ato extraordinário, editado somente em situações importantes e que requeiram celeridade de tratamento pelo poder público.

No entanto, do texto puro da Constituição não se retira quaisquer outras balizas, pelo menos não explicitamente, para precisão do significado real dos termos, seu alcance e possibilidade de aferição. Eis umas das principais polêmicas do instituto: estariam tais requisitos fundamentais, que conferem à medida provisória caráter extraordinário e poderoso, por seu imediato efeito de lei, condicionados somente à discricionariedade do chefe do executivo? O controle deste ato só pode ser analisado pelo congresso, quando da apreciação da matéria, se constituindo, então, em juízo de conveniência estritamente político?

Coube à doutrina realizar grandes esforços para precisão dos requisitos, uma vez que, se indefinidos ou tidos como discricionários, se constituiriam em porta larga para todo tipo de abuso.

Mello (1999, p. 1422) destaca que ao termo “relevância” deve ser dado sentido especial, pois *a priori* todo ato Estatal voltado ao interesse público é relevante, devendo então o termo ser restrito a casos “graves”, danosos ao interesse comum. “Urgente” é o caso que não pode esperar o decurso do tempo, sob pena de danos à sociedade. O mesmo autor ainda acrescenta outro pressuposto implícito para seu cabimento, que sejam aditadas somente se “a natureza da medida” for “compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário”.

Nobre Júnior (2000), comparando as medidas provisórias aos institutos italianos e espanhóis, destaca que o conceito de relevância não impede que seja usada apenas em situações de intranquilidade institucional, podendo ser utilizadas para “execução de planos governamentais, reputadas de elevada importância social pelo titular”. “Porém ressalta ainda que a urgência não se restringe às situações por ele elencadas, devendo advir de situação de “imperiosa necessidade para a salvação pública”, que não pode aguardar o trâmite ordinário” e que dentro do prazo da medida, seja realizado seu intento.

Para Massuda (2001), os conceitos de relevância e urgência, embora se mostrem vagos e fluidos, servem de baliza no sentido de evitar que o Executivo no sentido de que tal juízo perca parte de sua discricionariedade. Dessa forma, delimitar o âmbito em que se podem incidir a medida provisória de forma positiva é algo difícil, uma vez que delimitar situações urgentes e relevantes depende de juízos políticos que variam de acordo com cada momento.

Clève (2011) acrescenta ainda, como condição habilitadora para edição de medida provisória, a necessidade de motivação do ato por parte do poder executivo e que a análise dos pressupostos tanto do legislativo, na imediata apreciação da matéria, quanto do judiciário, numa eventual provocação, recairiam sobre essa motivação, sendo o ato a ela vinculado. Neste mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (1996 apud CORREIA, 2003) argumenta que, pelo princípio do acesso ao judiciário e da moralidade administrativa, a motivação é obrigatória, independentemente de ser o ato compreendido como de natureza discricionária ou vinculada.

Cumpriu-se, neste ponto do estudo, somente colocar algumas questões e delimitações oferecidas por alguns autores sobre os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. No capítulo III aprofundaremos este tema, situando as possibilidades de controle das medidas provisórias, dado o alcance possível do entendimento desses requisitos.

3.2.2 Regramento até a EC 32

3.2.2.1 Limites materiais e Processo Legislativo

A medida provisória prevista no texto original da Constituição de 1988 não possuía limites materiais expressos, podendo, em princípio, incidir sobre qualquer tema. Coube mais uma vez à doutrina o esforço de encontrar limites temáticos implícitos na Constituição, dada a natureza do instituto.

Marco Greco enumera quatro limites, classificando-os como decorrentes das características que são próprias das Medidas Provisórias: 1) limites decorrentes da excepcionalidade, que são a relevância e a urgência; 2) limites que decorrem de “força de Lei”, o que significa dizer que só é cabível em matéria passível de ser regulada por lei ordinária, incluídas as matérias constantes de projetos de lei rejeitados; 3) limites decorrentes da “provisoriedade”, que mostra incabível medida que discipline situação perene, como exemplo, matéria penal, decorrente do princípio da reserva penal; 4) limites decorrentes da lógica do sistema, que são as que preveem rito próprio ou especial para sua concretização, como por exemplo, as matérias de competências exclusivas de cada poder (GRECO, 1991 apud MASSUDA, 2001, p. 90). Sálvio Dino classificava de acordo com dois critérios: a limitação de ordem temporal, pela urgência e relevância e pela limitação à existência de certas matérias que possui procedimento específico para disciplinamento, como matéria de competência privativa do Congresso Nacional, reservada à lei complementar, matéria processual etc. (DINO, 1998 apud MASSUDA, 2001, p. 89).

Szklarowsky (2003) ressalta que antes da promulgação da Emenda Constitucional nº. 32/2001, que modificou o instituto da Medida Provisória, reformulando-o em diversos pontos, seis emendas constitucionais também o fizeram, reduzindo sobremaneira sua incidência. A Emenda Constitucional de Revisão nº. 1/94, que criou o Fundo Social de Emergência, vedou por meio da inclusão do artigo 73 no Ato das Disposições Constitucionais transitórias, proibindo a regulação desse fundo por meio de Medida Provisória. As emendas números 5, 6, 7 e 8, todas de 15 de agosto de 1995, disciplinam seus temas e ao final trazem a proibição de

aquela matéria ser regulada por medida provisória, sendo que as de número 6 e 7 utilizava-se de um texto de afeito amplo: “É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.” Apesar de essa vedação alcançar qualquer dispositivo constitucional regulado por medida provisória, a Emenda Constitucional nº. 9, do mesmo ano ainda trouxe vedação expressa, ou seja, constituído diversas redundâncias recorrentes no sentido da limitação material do instituto.

O processo legislativo no pós Constituinte, relativamente ao trâmite das medidas provisórias, era regulado pela Resolução nº1 de 1989, sendo alterada pela Resolução nº. 2 do mesmo ano. A expedição das medidas provisórias se dá pela publicação no Diário Oficial da União e pelo envio de Mensagem ao Congresso Nacional, que seria lida pelo Plenário, passando a tramitar como proposição (MPV). Uma Comissão Mista composta por sete senadores e sete deputados, indicados pelos líderes e obedecendo quanto o possível a proporcionalidade partidária. Num primeiro momento, era analisada a admissibilidade quanto aos pressupostos de relevância e urgência e posteriormente a constitucionalidade e o mérito. Num segundo momento, a proposição poderia ser alterada pelo recebimento de emendas ou apresentação de substitutivo que, se for aprovado, passa a medida provisória a tramitar como Projeto de Lei de Conversão (PLV). No Plenário, era apreciada segundo o Parecer da Comissão Mista, que no caso de opinar pela aprovação do MPV, poderia ser rejeitado, seguindo assim para o arquivo ou aprovado, sendo então promulgado pelo Presidente do Congresso Nacional. Caso fosse na forma de PLV, se rejeitado seria apreciado o MPV de origem e se fosse aprovado, seguia à sanção presidencial (MASSUDA, 2001).

3.2.2.2 Os Problemas e a Necessidade de Reforma:

A medida provisória ao ser editada deve ser submetida de imediato à apreciação do Congresso Nacional, mandamento vigente até hoje. A apreciação pelo Congresso Nacional é plena, podendo aprova-la, modifica-la ou rejeita-la, de acordo com o que os parlamentares deliberarem. Olhando apenas o texto constitucional, percebemos que estão presentes todos os mecanismos de controle do instituto em comento, no entanto, não foi o que se verificou na prática política.

Verificou-se, aliás, uma aparente perda de controle por parte do legislativo na deliberação das medidas provisórias, levando inúmeras reflexões sobre os abusos cometidos pelo executivo nesse bojo.

Os indícios do descompasso do texto constitucional e a prática política se devem por quatro pontos principais, a saber: i) o número elevado de edições e reedições; ii) a escassez de deliberação do congresso e a discricionariedade dos temas. Analisaremos rapidamente cada uma delas.

Quanto ao número de edições, verificou-se um aumento gradativo, em cada mandato, sendo a situação agravado conforme a prática da reedição foi se consolidando, conforme quadro abaixo:

Tabela I - Número de Medidas Provisórias Editadas até a Emenda Constitucional nº. 32/01

Presidente da República	Período	Nº Meses	MP's Originárias	Reedições	Total	Média Mensal de MP's Originárias	Média Mensal Total
Governo José Sarney	05/10/1988 a 13/03/1990	17,3	125	22	147	7,23	8,50
Governo Collor	15/03/90 a 01/10/92	30,5	89	70	159	2,92	5,21
Governo Itamar	02/10/92 a 31/12/94	27	142	363	505	5,26	18,70
Governo Fernando Henrique	01/01/95 a 31/12/98 (1º Mandato)	48	160	2449	2609	3,33	54,35
Governo Fernando Henrique	01/01/99 a 11/09/01 (2º Mandato até a promulgação da EC 32/01)	33,3	103	2586	2689	3,09	80,75
Governo Fernando Henrique	12/09/01 a 31/12/02 (Segundo Mandato após a EC 32/01)	15,5	102	-	102	6,58	6,58
Governo Lula	01/01/03 até 31/12/06 (1º Mandato)	48	240	-	240	5,00	5,00
Total		219,6	961	5490	6451	4,38	29,38

Fonte: Ferreira (2008)

O contraditório nesta prática é que, mesmo não havendo vedação expressa, a medida provisória perde eficácia se não deliberada no prazo de trinta dias, segundo a redação original do art. 62 da Constituição, evidenciando que a não deliberação já seria uma decisão negativa

do Congresso à medida provisória. Nesse sentido se pronunciaram os deputados Égídio Ferreira Lima e Nelson Jobim, quando do encaminhamento do dispositivo da medida provisória no Plenário da Constituinte - na ausência de manifestação do legislativo, a medida provisória perde eficácia e nessa possibilidade reside o fácil controle de seu uso (ABREU JÚNIOR, 2002).

A reedição indefinida dava-se caráter perene à medida desenhada para ser provisória, e o silêncio do legislativo deixa de ser uma reprovação tácita para ser uma aprovação tácita, ou seja, essa prática inverteu o intuito do instituto.

Essa situação agrava e é agravada pela escassez de deliberação verifica no Congresso Nacional, pois de um lado, agrava na medida em que o grande número de edições dificulta a deliberação do Congresso, que precisará de grandes esforços para deliberar todas as situações e, por outro lado, é agravada pela escassez de deliberação na medida em que o debate sobre os principais temas não há amplo debate no Congresso, o que prejudica a transparência das decisões.

Somando-se a este quadro, tem-se ao grande campo temático em que incide a medida provisória e, neste ponto, recaem diversos abusos flagrantes, como exemplo a MP 105 de 1989, que “inscreve os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no Livro dos Heróis da Pátria”, que torna praticamente impossível justificar tal ação dentro dos requisitos de relevância e urgência.

3.2.3 Regramento atual da MP

A Emenda Constitucional n. 32 de 2001 mudou o regramento das medidas provisórias e, após os pouco mais de seis anos de tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n. 1 de 1995 (PEC 472/1997 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Emenda, intentou oferecer soluções para os problemas apontados pela prática política do instituto.

O regramento inicial no art. 62 da Constituição, composto por *caput* e um parágrafo, deu lugar à nova redação composta por *caput* e doze parágrafos, além de uma disposição no art. 2º da Emenda. Discorreremos brevemente a seguir sobre os principais pontos de modificação e a prática política dos primeiros de seus primeiros anos.

O primeiro ponto a ser ressaltado quanto às inovações trazidas pela EC 32/2001 foi a vedação da reedição das medidas provisórias, na mesma sessão legislativa, que tenham sido rejeitadas ou que tenham perdido sua eficácia por decurso de prazo, mandamento do §10 do art. 62 da Constituição. Como se viu até agora, essa vedação foi suficiente para por fim a reedição.

Segundo Clève (2011), a reedição em outra sessão legislativa está condicionada a nova demonstração da emergência dos pressupostos habilitadores, sob pena de ser incompatível com o regramento e se constituindo uma nova burla do instituto.

Se, por um lado, controlou-se a reedição, viu-se também o número de MP's originárias aumentarem vertiginosamente, conforme mostra FERREIRA no quadro a seguir:

Tabela II – Número de Medidas Provisórias Editadas Antes e Depois da EC 32/01 até o Primeiro Ano do Segundo Governo Lula.*

Presidente da República	Meses	MP's Originárias	Reedições	Aprovadas ou Convertidas	Revogadas	Sem Eficácia	Rejeitadas	Méd. Mensal (originárias)	Total
Governo José Sarney	17,3	125	22	96	2	6	9	7,23	113
Governo Collor	30,5	89	70	74	5	8	11	2,92	98
Governo Itamar	27	142	363	71	5	15	0	5,26	91
Governo Fernando Henrique (1º Mandato)	48	160	2449	130	12	3	1	3,33	146
Governo Fernando Henrique (2º Mandato)	33,3	103	2586	98	4	2	1	3,09	105
**Governo Fernando Henrique (após EC32/01)	15,5	102	-	84	-	1	14	6,6	99
***Governo Lula (1º Mandato)	48	240	-	217	2	9	10	5,0	238
****Governo Lula (1º ano do 2º Mandato)	12	70	-	60	3	1	4	5,8	68
TOTAL	231,6	1031	5490	830	33	45	50	4,5	958

Fonte: Ferreira (2008)

Procurando suprir uma crítica recorrente da doutrina, EC 32/2001 trouxe limites materiais explícitos (§1º do art. 62), enumerados negativamente, ou seja, os temas que não poderão ser objeto de medida provisória. Assim, é vedado à medida provisória dispor sobre:

1. “nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral” (Art. 62, §1º, I, a), que segundo Szklarowsky (2003), é uma adoção da maioria dos países para evitar disposição sumária de garantias individuais básicas sem prévio debate legislativo;
2. “direito penal, processual penal e processual civil” (Art. 62, §1º, I, b), pelo caráter permanente e sensível dessas matérias, na linha da argumentação de Marco Greco anteriormente exposta;
3. “organização do Poder Judiciário e do Ministério Pública, a carreira e a garantia dos seus membros” (Art. 62, §1º, I, c), visando a preservação da autonomia do poder judiciário;
4. “planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento, créditos adicionais e suplementares”, ressalvada a abertura de crédito extraordinário, que “somente poderá ser admitida para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública “(Art. 62, §1º, I, d, combinado com o art. 167, §3º), verificando-se, no entanto, um crescimento grande do número de créditos extraordinários, que posteriormente foram apreciados no supremo, conforme se verá na próxima parte deste trabalho;
5. matéria “que vise à detenção o sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro” (Art. 62, §1º, II), que segundo Szklarowsky (2003) ressalta que o dispositivo foi uma salvaguarda para que não se repetisse o episódio traumático, paradigma do abuso, da Medida Provisória no168/90, editada no governo Collor que determinou o bloqueio, da noite para o dia, de ativos financeiros que ultrapassassem NCZ\$ 50 mil (cruzados novos), cujos efeitos se estendem até hoje com infundáveis ações judiciais;
6. “matéria reservada à lei complementar” (Art. 62, §1º, III), que segundo Szklarowsky (2003, p. 148) trata-se de explicitação, uma vez que está subentendido pela expressão “força de lei” não abarcaria lei complementar, embora ressaltasse que alguns parlamentares, dentre eles o Deputado Jutahy Magalhães, defendia ser possível se fosse respeitado o quórum qualificado;

7. matéria “já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República” (Art. 62, §1º, IV), evitando apropriação do conteúdo, pelo executivo, de matéria já em tramitação no Congresso ou que vise usar o instituto para conferir urgência à matéria.

Há previsão também para medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”, visando não prolongar, por meio precário, incidência de tributos para o exercício financeiro sem deliberação do Congresso.

Visando a responder aos reclamos da doutrina sobre a ausência de deliberação por parte do Congresso, a EC 32/2001 trouxe, em seu §6º o disciplina de que “se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

O intuito do dispositivo era força o legislativo a deliberar todas as medidas provisórias, que se somando o fato de não haver mais reedição, a questão entregue ao Congresso como relevante e urgente não seria deixada na gaveta do legislativo. A prática política mostrou que este, o chamado trancamento de pauta, passou a ser o novo vilão do controle das deliberações do Congresso pelo executivo, pois aliado ao fato de que o número de medidas provisórias não parou de descer, dificilmente se teria uma sessão deliberativa no plenário das casas em que não houvesse medida provisória obstruindo a votação de quaisquer outras matérias.

O art 2º da EC 32/2001 disciplina que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, ou seja, essas medidas provisórias passaram a ser permanentes. José Nascimento (2004) assevera a necessidade de declaração da inconstitucionalidade deste dispositivo, por ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois retira o caráter provisório e extraordinário que lhe é próprio e indissociável, que a constituição, desde o início, estabeleceu.

Entendemos que, apesar de ser meritória a consideração de José Nascimento, o fenômeno da reedição se tornou prática tão recorrente que ficou difícil para o Poder Legislativo precisar o impacto dessa declaração de inconstitucionalidade, sendo que tal declaração poderia surtir impactos, bem mais danos ao sistema jurídico do que sua esdrúxula existência.

Foi retirada a previsão de convocação extraordinária obrigatória para apreciação de medida provisória durante o recesso, que agora só poderá ser feita, no caso de urgência e interesse público relevante, por iniciativa do Presidente da República, dos Presidentes das duas Casas do Congresso Nacional ou por iniciativa dos próprios parlamentares, devendo em todo o caso, ser aprovada pela maioria absoluta de cada Casa Legislativa.

No caso de convocação de sessão legislativa extraordinária, somente haverá deliberação sobre matérias que ensejaram a convocação, salvo o caso de haver medidas provisórias pendentes de apreciação, que serão automaticamente incluídas em pauta.

O prazo de eficácia da medida provisória passou de trinta para sessenta dias, prorrogável por mais sessenta, podendo, dessa forma, ter uma sobrevivência de 120 dias. Essa alteração serve à preocupação da não deliberação do Congresso, pois muitos parlamentares justificavam que não havia tempo suficiente para que se deliberassem a contento as medidas provisórias. (Art. 62, §3º da Constituição Federal com redação dada pela Emenda 32/01)

Assim como preconizava a Resolução nº 1 de 1989, e após a Emenda 32, a Resolução nº. 01 de 2002, a análise preliminar das medidas provisórias cabe a uma comissão mista, composta de Senadores e Deputados. Esse exame é prévio, e posteriormente serão remetidas para as Casas do Congresso Nacional para tramitar separadamente (Art. 62, §9 da Constituição Federal com redação dada pela Emenda 32/01)

Não editado o decreto legislativo em até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Art. 62, §11 da Constituição Federal com redação dada pela Emenda 32/01)

Esse tem como consequência desobrigar o Legislativo de elaborar o decreto legislativo para regular as relações jurídicas decorrentes da medida provisória rejeitada ou que tenha

perdido a eficácia, mas ao mesmo tempo, dá uma destinação a essa incumbência: a própria medida provisória.

Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta se manterá integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. Isso decorre, como anteriormente exposto, do caráter de projeto de lei da medida provisória. Ultimado o processo legislativo, ou seja, com o juízo de admissão do Presidente da República, a medida provisória dá lugar à lei devidamente aprovada pelo Congresso.

Solução Temer

Na sessão plenária da Câmara dos Deputados de 17/03/2009, o então presidente da Casa, Deputado Michel Temer, surpreendeu a todos a dar nova interpretação ao §6º do art. 62, que diz respeito ao trancamento de pauta pelas medidas provisórias, a partir do 46º dia. A decisão adveio da resposta à Questão de Ordem formulada pelo Deputado Regis de Oliveira, que indagou à Mesa se a Câmara poderia votar projetos de resolução, mesmo com a pauta trancada, uma vez que as MPs não podem tratar dos assuntos desses projetos.

Utilizando-se do que chamou de “interpretação sistêmica da Constituição”, entendeu que podem ser votados, apesar do trancamento de pauta por uma medida provisória, as propostas de emendas à Constituição, os projetos de lei complementares, os decretos legislativos e as resoluções, pois, nessa linha interpretativa, o “todas as demais deliberações legislativas da Casa”, constante do §6º, se aplicavam somente às matérias passíveis de regulação por medida provisória. Alertado da possibilidade de questionamento no STF da medida adotada, ressaltou que a decisão somente seria executada quando a manifestação do tribunal fosse dada. O líder dos Democratas, Ronaldo Caiado, ingresso com mandado de segurança junto ao STF, para que fosse anulada a decisão.

Em 27 de maio do mesmo ano, o Ministro Celso de Mello, relator do MS 27.931, indeferiu o pedido liminar, indicando apoio à decisão do presidente da Câmara. Em 16 de dezembro do mesmo ano, o processo foi a julgamento no plenário e, após voto do Ministro Relator pela denegação da segurança, dando interpretação conforme ao art. 62, § 6º, da Constituição Federal, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista dos autos da Ministra Cármen Lúcia. Os autos foram devolvidos para julgamento em 12 de junho 2012 e desde então aguarda julgamento pelo Plenário do STF.

Desde a decisão em caráter liminar, a Câmara dos Deputados vêm adotando esse entendimento, convocando sempre que necessária sessões deliberativas extraordinárias para votação de temas que não podem ser objetos de medida provisória.

Razões da Decisão:

A fundamentação da decisão de Temer se desdobra em dois fundamentos principais. O primeiro, de natureza política, argumenta no sentido da paralisia decisória de matérias que não medidas provisórias, que se constituem em uma prática de controle total da pauta dos plenários do Congresso. Trata-se, na visão de Temer, de uma resposta à sociedade de um arranjo que possibilitasse a Casa legislar (BRASIL, 2009).

O segundo fundamento, de natureza jurídica, explica que a Constituição de 1988 pretendeu debelar o autoritarismo e consagrou, dentre outros princípios de liberdade, o da separação e da independência dos poderes, logo não há de pensar, numa análise que confira coerência a todo texto constitucional, que algum dispositivo isoladamente pretendesse mitigar tal independência.

Ressalta ainda, que, de fato, a Constituição conferiu ao poder executivo papel de partícipe no processo legislativo, mas em caráter de exceção, pois tal atribuição é precipuamente do legislativo e, dessa forma, a interpretação de um dispositivo de exceção devem ser interpretados restritivamente.

Assim, Temer sustenta que as deliberações que serão trancadas pela medida provisórias são de matérias passíveis de serem reguladas por tal instrumento, pois a atribuição legislativa ordinária do legislativo vai muito além que regular leis ordinárias. Nas palavras de Temer:

imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então, nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é? (TEMER, 2009 apud BRASIL, 2009).

Na análise do Ministro Celso de Mello, quando da apreciação do MS 27.931, que atacou essa decisão, ressalta a pertinência da decisão, argumentando que ela tem a virtude de

devolver à Câmara dos Deputados o poder de agenda, e isso vem ao encontro da legítima separação dos poderes preconizada na Constituição Federal.

Lago (2010) critica a interpretação de Temer, bem como a anuência do Supremo ao denegar a segurança do MS. Argumenta que não é permitido ao legislador ordinário não pode se utilizar de interpretação autêntica¹ do texto da Constituição, menos a ainda um ato do Presidente da Câmara dos Deputados, estando assim, esta decisão sujeita à censura pela jurisdição Constitucional.

Este autor reconhece que o trancamento de pauta só não alcança as resoluções e os decretos legislativos de efeitos meramente concretos, não são leis em sentido formal e as propostas de emenda à Constituição, que segundo o autor, estas se referem ao poder constituinte derivado e não ao legislador ordinário.

O Cabimento jurídico da decisão de Temer, as consequências políticas e jurídicas e os delineios epistemológicos do contexto que ela se insere ensejaria outro trabalho, não é objeto deste. Cumpre apenas registrar que a decisão de Temer surtiu efeitos na prática política, pois os trabalhos naquela casa ficaram mais dinâmicos, com diversas sessões extraordinárias marcadas por semana. Se houve melhor qualidade de deliberação depois de então é outra questão, pois já enfatizamos o caráter de complementariedade que há entre os poderes executivo e legislativo, no entanto, a contribuição deste debate é ressaltar a importante decisão de um poder da república em assegurar sua independência frente a outro, numa postura ativa, repisando o princípio ativo já demonstrado, só assim um poder pode se assegurar como tal.

3.3 Possibilidades de Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias

Dada a natureza peculiar das medidas provisórias, dado seu ou abuso na prática política, passaremos a analisar as possibilidades de controle constitucional, tendo como plano de fundo o papel político exercido pelo Supremo Tribunal Federal como mediador do diálogo constitucional entre as instituições. Essa reflexão envolve, de um lado, a análise da doutrina e as possibilidades jurídicas para formação de entendimento que embase possíveis decisões do

¹ O sentido que o autor dá a “interpretação autêntica” é no sentido de que já foi firmado pelo STF que uma lei ou ato não poderia dar nova interpretação para questões em que hajam jurisprudência firmada, pois o STF é o último intérprete.

STF nos pontos que se entenda importante avançar, dado o contexto constitucional, e de outro, a responsabilidade política das decisões do Tribunal como limitador de uma posição mais ousada.

Dessa forma, no intuito de elencar, preliminarmente, possibilidades de controle das MP's, Clève sustenta que a fiscalização jurisdicional das MP's podem se dar em três níveis: i) presença ou ausência dos pressupostos de habilitação; ii) controle da matéria objeto de MP, se a disciplina é suportada pelo instituto; e iii) o controle de constitucionalidade propriamente dito, que é a verificação da compatibilidade com as normas do sistema normativo Constitucional (215).

José Nascimento (2004), citando Humberto Ávila, traz uma distinção sobre os aspectos relacionados à existência e à eficácia das MP's, dividindo os pressupostos formais e materiais e os limites também em formais e materiais. Assim, quanto aos pressupostos, são formais os mandamentos de edição pelo Presidente da República e a imediata apreciação pelo Congresso Nacional e materiais são os requisitos de relevância e urgência. No plano dos limites, temos os formais, relativa à reedição e os materiais, relativa à edição (ÁVILA, 1998 apud NASCIMENTO, J., 2004).

Reis (2006), analisando diversos acórdãos do STF sobre o controle de constitucionalidade das MP's, elencou dez temas principais que foram tratados pelo Tribunal, quais sejam:

(i) análise judicial da relevância e urgência, (ii) interpretação das normas trazidas pela Emenda Constitucional 32, (iii) vedação do tratamento de certas matérias por medidas provisórias, (iv) possibilidade de os vícios de uma medida provisória atingirem a lei de conversão, (v) natureza jurídica das medidas provisórias, (vi) possibilidade de se convalidar MPs que já não estão mais vigendo, (vii) pertinência do controle concentrado de constitucionalidade de MPs, (viii) disponibilidade do presidente da república sobre a edição e revogação desses instrumentos, (ix) uso abusivo de MPs e separação dos poderes e (x) eficácia de medida provisória não convertida em lei. (REIS, 2006, p. 13).

Pelos temas elencados por Reis (2006), pormenorizados pela natureza das questões debatidas, percebemos que eles guardam relação com as categorias gerais encontradas em Clève (2011) e José Nascimento (2004).

Assim, pela análise das questões levantadas pelos autores no presente estudo e pela problemática tratada pela jurisprudência do Tribunal, situamos a possibilidade de controle judicial das MP's em cinco aspectos, a saber: i) controle quanto à natureza jurídica das MP's, possibilitado dados os aspectos peculiares de media legislativa extraordinária, que é, ao mesmo tempo, lei e projeto de lei; ii) controle dos requisitos de relevância e urgência, pois trata dos pressupostos básicos a sua edição; iii) controle dos limites materiais de incidência das MP's, muito debatido nos primeiros anos de vigência da constituição e disciplinado pela EC 32/2001 e iv) controle do devido processo legislativo, compreendendo a maneira de apreciação das Casas Legislativas relativa às medidas provisórias; e em que trarei breves reflexões sobre a análise de diversos autores sobre o papel institucional do Supremo Tribunal Federal.

É importante destacar que essa divisão não tem o intuito de estancar os temas, que não seria possível dado a complementariedade de implicações entre eles, mas somente ressaltar aspectos que podem ser abordados no controle de constitucionalidade do instituto.

3.3.1 Controle quando à Natureza Jurídica das Medidas Provisórias

Pequena intro... Já foram ressaltadas (em capítulo anterior) diversas noções quanto à natureza das medidas provisórias destacadas pela doutrina. Cumpre aqui algumas considerações sobre a implicação desse entendimento bem como o tratamento dado pelo STF.

Já fora enfatizado o caráter excepcional das medidas provisórias, no sentido de que seu uso de faz como exceção a regra do regular processo legislativo da lei ordinária no âmbito do Congresso Nacional. Nesse sentido, Reis (2006) e Oliveira (2007) ressaltam que a ADI-MC 162, em que se questionava medida provisória que criou modalidade de prisão conhecida como prisão temporária, foi uma das primeiras manifestações do Tribunal sobre a natureza das MPs. Nessa decisão, o tribunal, por maioria de votos, não concedeu a liminar, entendendo que a medida visava proteção de atentados contra a liberdade, o que justificaria a excepcionalidade da medida, sendo reconhecidas a relevância e a urgência.

No entanto, Reis (2006) enfatiza a tese de alguns ministros em situar a emanção de medidas provisórias como direito protestativo, presente os requisitos de relevância e urgência. Assim, o mesmo autor suscita a questão de que a medida provisória, por sua natureza é suscetível de controle no sentido de que é ato extraordinário ou ato ordinário de política, de

modo que seu grande número de edições parece não parece situar instituto como ato extraordinário.

Sampaio (2007) ressalta que o poder executivo legisla por direito próprio, somente necessário à relevância e à urgência, juízos políticos em sua análise. Acrescenta ainda o fato de que a previsão do instituto da medida provisória está inscrita no artigo art. 59, compreendido pelo processo legislativo, mostra o caráter de partícipe ordinário do processo de produção das leis, medida essencial nos tempos modernos.

Das decisões do STF, cumpre enfatizar que o posicionamento argumentativo mais expressivo está no sentido de reconhecimento de seu caráter excepcional e que seu urso recorrente, sem observância dos critérios constitucionais, corresponde abuso. Caso importante, nesse sentido, é o julgamento da ADI-MC 293, que suspendeu a eficácia, em sede liminar, de medida provisória por considerar a reedição de conteúdo semelhante à matéria já rejeitada pelo Congresso. Na decisão, enfatiza que o poder legislativo é o detentor do direito próprio de legislar e único investido de do direito originário para tanto.

É de se ressaltar, no entanto, que apesar desse entendimento presente em diversos acórdãos, os resultados são, em geral, no sentido de reconhecer presentes os pressupostos, portanto, reconhecer o caráter emergencial que se revertem as MP's.

Um dos debates mais importantes nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 é o da possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado das MP's. Conforme salienta Reis, alguns ministros, dentre eles o Min. Marco Aurélio, se posiciona no sentido do não cabimento do controle concentrado de MP já que elas são, de imediato, submetidas à apreciação do Congresso, sendo assim, somente depois da aquiescência ou não do desse órgão legislativo é que seria possível o controle concentrado. A preocupação do Ministro é a suspensão, em caráter liminar, ou seja, provisório, de ato revestido de presunção de urgência, constituindo-se, assim, perigo aos efeitos pretendidos pela política pública. Essa posição é recusada pelo Tribunal por situar que todo ato normativo está sujeito ao controle judicial, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, e que o STF é a quem cabe fazê-lo. (REIS, 2006)

No entanto, a ADI 223, que atacava MP que pretendia impedir concessão de medida liminar em mandados de segurança por efeitos de um conjunto de MP, que compunham o

conjunto de medidas que instituíram o plano cruzado, foi rejeitada justamente por considerar que “o provimento cautelar pode levar a um constrangimento precipitado” (OLIVEIRA, 2007).

O Tribunal reconheceu, no entanto, a possibilidade de ataque dos eventuais prejuízos causados pelas MP's por via difusa. José Nascimento (2004) afirma a possibilidade de pedido liminar em ADI, pois segundo a Constituição compete ao STF processar e julgar “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade” (art. 102, I, p), que de, acordo com a jurisprudência firmada posteriormente, o efeito da liminar em ADI, além de provisório, se produz para o futuro, com eficácia contra todos, porém sem vincular o legislador.

Outro debate importante foi quanto à disponibilidade, pelo presidente da República da edição, revogação e reedição das MP's. A ADI-MC 221, em que foi questionada a possibilidade de revogação de MP pelo Presidente da República. Apesar de a medida provisória, alvo da ação tenha sido revogada, o que tornava prejudicada a ação, o STF assentou entendimento no sentido da impossibilidade de revogação, pois sendo assim, poderia o poder executivo retirar MP sempre que percebesse que ela seria rejeitada ou mesmo invalidada por decisão judicial, fazendo que os efeitos de impossibilidade de outra com o mesmo teor na mesma sessão legislativa não opere. Reis (2006) salienta que nessa decisão, o STF mandou um “recado” à presidência da república, se constituindo como interlocutor importante no diálogo constitucional entre os Poderes.

Quanto à reedição de MP's, Clève (2011) ressalta que o STF foi conivente com essa prática ao inadmitir reedição apenas na hipótese de expressa rejeição da medida provisória. Reis (2006) afirma que a discussão não foi suficientemente tratada, o que acabou por cristalizar a situação de reedições sucessivas. Enfatiza, no entanto que, quando da apreciação do agravo regimental na ADI 365, o tribunal decidiu por negar a possibilidade de convalidação de partes de uma MP por MP's posteriores, o que na opinião da autora, estaria negando a própria reedição em si. Somente por meio da ADI 3964, já sob a vigência da EC 32/2001, foi suspensa a eficácia da MP 397/2007 por ser constada mera repetição da MP 379/2007.

Para José Nascimento (2004), a situação ficou ainda mais complexa com o art. 2º da EC 32/2001, que confere vigor por prazo indeterminado, até que alguma norma a revogue expressamente. Nascimento é enfático em defender a inconstitucionalidade do referido artigo,

argumentando que o aspecto de provisoriedade da MP é indissociável de sua natureza, e que tal solução constitucional derivada desvirtua completamente o intuito do instituto.

3.3.2 Controle dos Requisitos de Relevância e Urgência

Guardando relação direta com a discussão sobre a possibilidade de controle das MPs, dada sua natureza jurídica, estão os requisitos de relevância e urgência, a eles completamente associados. Separamos este tema num tópico a parte somente pela especialidade que a doutrina e a jurisprudência o tratam, sendo uma dos mais discutidos.

A discussão pode ser posta num espectro que coloca, de um lado, a ideia de que o instituto da Medida Provisória é de tal modo excepcional e poderoso, que deve ser editado em situações excepcionalíssimas, e toda atenção do judiciário em tais medidas é pouco; de outro, que seus requisitos são de natureza estritamente política e que não cabe absolutamente ao judiciário apreciá-las. Colocado os dois radicalismos, a discussão se concentra em encontrar parâmetros que encontrem consonância num sistema político e jurídico saudável.

José Nascimento (2004) enfatiza a inafastabilidade do controle jurisdicional aos pressupostos da medida provisória. Em sua análise, o Estado moderno desenvolvido no século XX consagrou o princípio democrático e o respeito pela minoria, o que não se coaduna com o uso de instrumento legislativo compulsório, que não passou por deliberação no âmbito do órgão de direito, senão em estrita observância dos requisitos de relevância e urgência, sob pena de reduzir o escopo dos direitos fundamentais, já que o respeito ao pluralismo e ao debate são considerados na linha desses direitos.

Refletindo o autor sobre a precisão do termo, argumenta ser relevante há de ser entendido como situação de absoluta necessidade, não no sentido usual de meramente importante. Da mesma forma urgente, corresponde a um juízo temporal de oportunidade inadiável.

No mesmo sentido, Clève (2011) tece considerações sobre o tema, definindo como relevante como algo importante, proeminente, indispensável, fundamental, que não deve ter outro objetivo que não o bem comum. Por ser a MP medida extraordinária, tal importância deve ser igualmente extraordinária, contaminada pela contingência, imprevisível. Defende que a matéria deve ser relevante não somente quanto à matéria tratada, mas também quanto

à situação ensejadora, estado de necessidade. Para o autor, dadas essas balizas, cabe ao judiciário analisá-las.

Acrescenta ainda o mesmo autor que urgência é refere-se à escassez de tempo, algo que se aguardar os trâmites ordinários causaria algum dado grave. O autor ressalta a conjugação de ambos os requisitos concomitantemente para que se tenha habilitada a edição de uma MP.

Os dois autores enfatizam, um a necessidade e o outro a importância da motivação da MP. Para Clève (2011), eles são infestáveis e sobre eles o judiciário se coloca a analisá-los. José Nascimento (2004), no entanto, embora entenda desejável, assevera não ser necessário para a validade, já que não há previsão legal.

De outra forma, porém, analisa Sampaio (2007), partindo de uma análise da prática política, argumenta no sentido da impossibilidade, em regra, do controle, uma vez que o sistema constitucional proveu o poder executivo de instrumentos próprios para legislar, em cooperação com o parlamento e parlamento. Enfatiza que a definição de urgência e relevância é de juízo político subjetivo, sendo que suas balizas variam de acordo com o tempo e o momento político, social e econômico atravessado pelo Estado. Na visão do autor, há um contexto de complementariedade entre poderes executivo e legislativo, que ao passo que é dado ao poder executivo legislar, da mesma forma é dado o poder legislativo, governar, sendo o apoio das políticas públicas e o principal interlocutor entre a sociedade e o governo.

No mesmo sentido, Szklarowsky (2003) destaca a medida provisória como instrumento de governabilidade, enfatizando que seu uso, com parcimônia, é instrumento moderno necessário para dar dinamicidade às políticas de governo.

Barioni (2004) defende a possibilidade de controle, uma vez que os pressupostos são os requisitos de sua existência, sem eles, o ato é nulo. Enfatiza, trazendo os atributos de supremacia da constituição e unidade de seu texto, que nenhum comando está na constituição como mero adereço e sim como prescrição com força normativa, o judiciário deve fazer tal controle até sob o prisma do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Defende ainda que, por ser ato emanado sem deliberação prévia, seu abuso constituiria em atentado à segurança jurídica.

Rocha Neto (2010), ao analisar o tema, indica a possibilidade de controle dos requisitos de relevância e urgência, embora reconheça algum grau de subjetividade, situando os pressupostos como “conceitos indeterminados”. Segundo o autor, numa análise preliminar, poder-se-ia pensar que eles seriam de juízo privativo do executivo, dado a valoração subjetiva que se deve fazer, ou seja, condicionado a uma análise estritamente política, em que o controle se dá pelo legislativo, ao votar a presença ou ausência desses pressupostos.

Destaca o autor, no entanto, a definição de Enterría sobre os conceitos jurídicos indeterminados, como contendo três núcleos estruturantes: o primeiro, a zona de certeza, onde não se tem dúvidas quanto ao conceito; segundo, zona incerta ou intermediária, em que não se sabe precisamente as balizas do conceito e a terceira, certeza negativa, em que se sabe com precisão o que certamente não está abarcado no conceito (ENTERRÍA, 1993 apud ROCHA NETO, 2010) segundo o autor, na terceira zona está o controle dos pressupostos de relevância e urgência.

Mais semelhante a esta última, na certeza negativa, em que se encontra o posicionamento do STF. Reis (2006) e Oliveira (2007) destacam o caráter de contenção que o Tribunal adota desde sua atuação após a Constituição de 1988, reconhecendo desde o primeiro julgado sobre o tema, a possibilidade de o judiciário controlar os pressupostos de habilitação das MPs.

É importante destacar algumas, como a ADI 3289, que atacou a MP 207/204 para equiparar o status do presidente do Banco Central a de ministro de estado. Embora os ministros questionassem a relevância ou urgência da medida, o STF se posicionou no sentido de reconhecer os requisitos, entendendo que só não reconheceria, se os requisitos se mostrassem objetivamente demonstrados, sem que disso dependesse análise subjetiva.

Reis (2006) aponta um caso em que se reconheceu a inconstitucionalidade da MP por ausência dos requisitos. Na ADI 1753, o tribunal considerou que na MP 1577-6/97 havia dispositivos que se colocavam contra coisa julgada, e isso não poderia ser tido como urgente. Segundo a autora, o STF tem reconhecido que o maior controle sobre as medidas provisórias é o político.

Embora reconhecendo, em geral, a presença dos requisitos das MPs contestadas, notou-se uma preocupação crescente dos ministros sobre o abuso das medidas provisórias,

pois nos primeiros anos da Constituição de 1988 defendia-se mais frequentemente o juízo de conveniência do executivo e sua análise no legislativo, em detrimento da apreciação judicial. Após os anos de 1994, verificou-se um aumento vertiginoso de edições e reedições de medidas provisórias, o que fez com que o discurso dos ministros se mostrasse mais presentes, sem, no entanto, acolher, em geral, as liminares pedidas.

3.3.3 Controle dos Limites Materiais

Como já exposto, o STF demonstrou muita timidez, nos primeiros anos, em controlar os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. Essa tendência é verificada também sobre os quanto ao estabelecimento, por meio do debate da Corte, de limites materiais aplicáveis às medidas provisórias.

A análise da já mencionada ADI-MC 162, ressalte-se que antes da EC 32/2001, os ministros debateram a existência de limites lógicos, decorrentes da natureza jurídica da matéria, que lhe serviriam de limites, no caso, na forma de princípios, quais sejam o da separação dos poderes, o princípio federativo e a tutela constitucional das liberdades. Embora a ADI em análise trata-se sobre prisão, o maioria dos ministros tenderam a entender que a MP se dedicava a proteger a liberdade dos cidadãos, dado o contexto de crescente violência que não se podia negar (OLIVEIRA 2007).

De forma semelhante ocorreu nas ADI 1726 (que atacava MP que criava o Fundo de Garantia para Promoção de Competividade), asADIs 1417, 1441 e 1667 que entenderam cabíveis MP tratar de matéria tributária.

Na ADI 1716, que atacava MP em matéria orçamentária, afirmou a jurisprudência do Tribunal no sentido de não ser possível, por via de controle abstrato, a apreciação de atos normativos de efeitos concretos.

Após a EC 32/2001, percebeu-se que o STF ficou mais a vontade para controlar as MP, quanto aos limites materiais, pois ali estavam presentes as balizas expressas de limitação às MP, não exigindo a partir de então, grandes debates de esforços interpretativos.

Cumprir destacar, a ADI 4048, que o tribunal firma entendimento, ao contrário do anterior na ADI 1716, de que se suscitada controvérsia constitucional, independentemente dos efeitos abstratos ou concreto, merece apreciação. Ressaltou que a abertura de crédito

extraordinário está condicionada está condicionada, além da relevância e urgência, próprios da MP, o atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes (art. 167, § 3º). Assim, embora reconheça que nos primeiros há ampla margem de discricionariedade por parte do poder executivo, os segundos estão bem definidos pelas balizas do rol exemplificativo “decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”, constantes do artigo.

3.3.4 Controle do Devido Processo Legislativo

Um aspecto que tem suscitado muita polêmica na reflexão do relacionamento entre os poderes é a chamada judicialização da política, em que questões tidas como *interna corporis* do legislativo, passam a ser decididas no âmbito judicial. Sem internarmos esmiuçar demasiadamente o tema, notamos que o fenômeno se forma por haver, por parte dos membros do legislativo, demanda para que questões objeto de embates insanáveis no campo político sejam transferidas para a querela judicial, e por parte do judiciário, de não se recusar, como em outrora, de se pronunciar sobre o tema, passando assim, a decidir.

Um dos aspectos deste fenômeno são decisões sobre o rito de tramitação, visando à guarda do devido processo legislativo. A ADI 4029, a associação dos servidores do IBAMA (ASIBAMA) intentava atacar a lei que criou o Instituto Chico Mendes (ICMBio), alegando, além de aspectos matérias e os requisitos de relevância e urgência, que a MP que deu origem a lei não foi analisada na Comissão Mista de Deputados e Senadores prevista no art. 62, §9º da Constituição. Em que pese a ADI ter sido julgada improcedente, foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos da Resolução 1º de 2002, do Congresso Nacional que autorizavam a apreciação diretamente no Plenário, em detrimento da análise na Comissão Especial. Assim, o STF impôs a obrigação de formação e deliberação da Comissão, requisito essencial havido na Constituição para a devida oportunidade de debate democrático sobre a MP, que pelo instituto do trancamento de pauta, já é bem reduzida.

Vale lembrar também, a já exposta decisão que referendou, em caráter liminar, a interpretação dada pelo Presidente Michel Temer quanto à apreciação das MP no plenário da Câmara dos Deputados. Assim, STF nota-se que o STF tem se consolidado como ator político legítimo para mediação do diálogo constitucional entre as instituições.

CONCLUSÃO

A presente análise foi iniciada pela a reflexão da separação dos poderes à luz dos autores clássicos que referiram sobre o tema, procurando mostrar que, dado o caráter intrínseco do poder, que flui como uma água por qualquer fresta que encontre, a correlação de forças equilibradas entre os poderes é o único caminho para um sistema político jurídico que navegue em boas águas. Nessa discussão, procuramos enfatizar mais o diagnóstico do que propriamente o remédio, que este sim, varia de acordo com o tempo.

Interessante é notar que, na discussão do uso e abuso das medidas provisórias, os críticos do controle judicial sobre requisitos políticos, como os requisitos de relevância e urgência, se apoiam na noção de separação dos poderes buscando mostrar que o judiciário excede em suas atribuições quando o faz, configurando golpe na separação dos poderes, conforme assevera Sampaio (2007). Os defensores do controle judicial, parte nega a atualidade da discussão sobre a separação dos poderes para afirmar que o contexto político-jurídico atual é outro, em que o judiciário já se afirmou historicamente como legítimo guardião da Constituição, como Rocha Neto (2010). No entanto, quando refletem sobre os avanços do executivo relativo à medida provisória, da mesma forma buscam mostrar que o executivo excede suas atribuições quando o faz, ou seja, de alguma forma remetem à separação dos poderes. Os defensores do controle judicial que defendem a atualidade da discussão, como José Nascimento (2004), enfatiza o papel mediador que o controle de constitucionalidade desempenha no diálogo constitucional, buscando coibir abusos.

Na busca deste trabalho de mediar, modestamente, esse debate, tanto quanto foi possível nosso entendimento, procuramos indicar que tanto o controle de constitucionalidade por parte do judiciário, quanto à legislação de urgência por parte do executivo restam consolidados no constitucionalismo contemporâneo, de modo que, dado o contexto atual, não é possível conceber o estado, com a diversidade de desafios que se apresentam, prescindindo nem de um, nem de outro. Colocamos lateralmente nesta análise por ser instrumento fundamental na realização da atribuição precípua desses poderes, o poder executivo, que é a efetivação de políticas públicas e o judiciário a guarda dos princípios constitucionais que refletem os valores mais caros da sociedade.

Assim, para um correto enfoque da questão, não é possível, de um lado, entender o judiciário como restrito somente à lei, ou à letra da constituição, pois ela própria elenca

princípios gerais dos quais o judiciário é o legítimo guardião, cabendo a ele interpretar e até definir certas questões, colaborando para a construção institucional do estado como um todo. Por outro lado, não é possível igualmente se ater à letra da lei ou à da Constituição, buscando dela extrair sentido exegético preciso e inequívoco para regulação de um instituto fundamental para o executivo, que conforme já salientado, se dá num contexto de presidencialismo de coalizão que se assemelha mais à cooperação do que ao descenso. Esse sentido aberto para os requisitos habilitadores das medidas provisórias foi dada conscientemente pelo constituinte originário, adaptado a uma cultura política de mais de quinhentos anos de construção.

Assim, entendemos que o intuito da correlação de forças entre os poderes está não para delimitar o raio de ação preciso e específico de cada um, pois como já salientado, em determinados contextos, avanços são necessários, mas de prevenir abusos quando evidentemente evidenciados, que efetivamente forcem o sistema político em direção ao mar, se no navio de Ulisses estivesse.

Por isso, admitimos a possibilidade de controle de constitucionalidade das medias provisórias, inclusive no tocante aos pressupostos habilitadores, no sentido da certeza negativa, pois o controle neste campo deve ser cauteloso, dado a sensibilidade dos critérios políticos destes requisitos, pois eles podem, e acreditamos que frequentemente tenham, complementariedade entre o executivo e legislativo quando da sua formulação.

Certamente, quando evidenciado o abuso, no contexto que assinalamos, o judiciário deve atuar para coibi-lo, assim como legítima também foi a solução Temer, referendada em caráter liminar pelo STF, preservando-se assim a separação dos poderes, que é justamente, contrapor ativamente o avanço do outro, numa complementariedade de funções. Essas interações, longe de configurarem crise entre os poderes, como alguns acreditam, configuram antes imperativo necessário e natural para a preservação de um sistema político saudável.

Entendemos também que o Supremo Tribunal Federal tem cumprido seu papel na efetivação do controle de constitucionalidade e que a “timidez” de que é acusado deve-se ao senso de responsabilidade dos efeitos políticos das decisões da Corte, pois não haveria nada mais perigoso para a segurança jurídica do que uma instituição responsável pela guarda da constituição com uma postura demasiadamente liberal, correndo o risco de errar em suas decisões somente por uma açodada pressão por inovar. A postura conservadora do Tribunal se

deve a cautela necessária, pois suas decisões, por serem baseadas na fundamentação racional do direito, não podem correr o risco de falhar, pois essa falha se revestiria do caráter racional emendado da corte, que se não evidenciado, pode conduzir ao seu descrédito.

Dessa forma, por essa postura, quando o Tribunal decide avançar, o faz quando entendem que não há dúvidas quanto ao avanço, que as águas se mostram suficientemente navegáveis para que o sistema jurídico e político recebam as razões racionais que vão constituir sua base racional. Agir de forma diversa seria a situação de o judiciário brasileiro estar com os ouvidos destapados e passeando livremente na embarcação de Ulisses, ouvindo os ecos das doces vozes advindas do mar. O resultado disso já nos foi ensinado pelos clássicos.

BIBLIOGRAFIA

ABREU JÚNIOR. **Medidas provisórias**: o poder quase absoluto. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1993. [FALTA O INTERVALO DE PAGS DO CAP.]

BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas provisórias**. São Paulo: Pillares, 2004.

BOBBIO, Norberto. Poder Político. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; [FALTA O RESTANTE DA REFERÊNCIA]

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **MS 27.931**, 2009. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2667594>>. Acesso em 28 ago. 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORREIRA, Juliana Nobre. Pressupostos das medidas provisórias. In: SOUZA, Carlos Aurélio. M. de. **Medidas provisórias e segurança jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Brasília: JusPODVM, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. A legiferação de urgência. Constituição brasileira, art. 64. Constituição espanhola, art. 86. In SEGADO, Francisco Fernández. **La Constitución de 1978 y**

elConstitucionalismo Iberoamericano. Madrid: Ministerio de La Presidencia. Secretaría General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FERREIRA, Rhodie A. **Medidas provisórias:** diferenças, avanços e retrocessos propostos pela Emenda Constitucional n. 32/01. Monografia (Graduação em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

HOBBS, Thomas. **Os pensadores.** São Paulo: Nova Cultura, 1988.

HOMERO. **Odisséia.** 6. ed. Lisboa: Livraria Sá Da Costa, 1994.

LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. As medidas provisórias e o trancamento de pauta da Câmara dos Deputados: a inconstitucionalidade da solução Temer. **Fórum Administrativo - FA,** Belo Horizonte, ano 10, n. 115, set. 2010. Biblioteca Digital.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 1993.

MANDELLI JUNIOR, R. M. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental:** instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Medidas provisórias na constituição brasileira. **Revista Ajufe,** v.18, n.62, p.207-224, jul./set. 1999.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 1993.

MONTESQUIEU, barão de. **Do espírito das leis.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

NASCIMENTO, José Bento S. do. **Abuso do poder de legislar:** controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** São Paulo: Ática, 1993.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Medidas provisórias**: controles legislativo e jurisdicional. Porto Alegre: Sintese, 2000.

OLIVEIRA, Carolina Fusco Ferraz de. **A efetividade do controle constitucional de medidas provisórias**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

PASQUINO, Gianfranco (Orgs.). **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras. In: VIANNA, Luiz Werneck. **Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

REIS, Luciana Silva. **Medidas provisórias no STF**: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Editora Ática, 1993.

ROCHA NETO, Alcimor. **Controle de constitucionalidade das medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem “fortuna”, o intelectual de “virtú”. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1993.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Melheiros, 2007.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo**: medidas provisórias, leis delgadas e regulamentos. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias**: instrumento de governabilidade. São Paulo: NDJ, 2003.