

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCOS LUDHER ARAÚJO SIQUEIRA

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Brasília – DF
DEZEMBRO 2020**

MARCOS LUDHER ARAÚJO SIQUEIRA

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para a
conclusão da graduação em Direito do
Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. José dos Santos
Carvalho Filho

**Brasília – DF
DEZEMBRO 2020**

MARCOS LUDHER ARAÚJO SIQUEIRA

**LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para a
conclusão da graduação em Direito do
Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. José dos Santos
Carvalho Filho.

Brasília – DF, 23 de novembro de 2020

Prof. José dos Santos Carvalho Filho

Professor Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Victor Marcel Pinheiro

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Raphael Sodré Cittadino

Membro da Banca Examinadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marcos Ludher Araújo Siqueira

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da separação dos poderes e a atuação do Poder Executivo na edição de atos normativos. 1.1 Breve contextualização histórica. 1.2 Atividade atípica do Presidente da República: edição de Medidas Provisórias. 2. Noções gerais sobre medidas provisórias. 2.1 Antecedentes. 2.2 Conceito e natureza jurídica. 2.3 Pressupostos constitucionais: relevância e urgência. 2.4 Prazo de vigência e eficácia. 2.5 Limites materiais. 2.6 Tramitação. 2.7 Retirada e revogação. 3. O controle de constitucionalidade das medidas provisórias. 3.1 Evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 3.1.1 Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0 - Distrito Federal. 3.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330 - Distrito Federal. Considerações finais.

RESUMO

O presente artigo propõe realizar uma explanação geral sobre as medidas provisórias, especialmente quanto à possibilidade de o Poder Judiciário realizar controle de constitucionalidade dos pressupostos constitucionais previstos no art. 62 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, é analisado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, a partir de uma metodologia explicativa e bibliográfica. Ao final, observou-se que o Supremo Tribunal Federal, sob a égide constitucional anterior, entendia que não cabia ao Judiciário exercer qualquer juízo acerca da existência dos requisitos constitucionais do decreto-lei. Esse posicionamento mudou e, sob o regime constitucional atual, a jurisprudência passou a admitir que tais elementos podem ser objeto de apreciação.

ABSTRACT

This article proposes to provide a general explanation of the provisional measures, especially regarding the possibility for the Judiciary to carry out judicial review of the constitutional assumptions provided for in art. 62 of the Federal Constitution of 1988. Therefore, the doctrinal and jurisprudential positioning on the matter is analyzed, based on an explanatory and bibliographic methodology. In the end, it was observed that the Supreme Federal Court, under the previous constitutional order, understood that it was not for the Judiciary to exercise any judgment about the existence of the constitutional requirements of the decree-law. This position has changed, and already

under the current constitutional regime, the jurisprudence has come to admit that such elements can be subject to judicial review.

Keywords: Normative power of the Executive Branch. Provisional Measures. Judicial Review.

INTRODUÇÃO

Ao Estado contemporâneo incumbe diversas atribuições complexas de ordem administrativa, econômica, política e social. Diante da constante evolução que ocorre na realidade da sociedade, é natural que conceda ao Poder Público instrumentos para uma pronta intervenção, de caráter legislativo, a fim de lidar com situações emergenciais e excepcionais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como panorama o tema da medida provisória – ato normativo primário com força e eficácia de lei – de competência privativa do Presidente da República, conforme art. 62 da Constituição Federal de 1988.

Sucedânea dos antigos decretos-lei e inspirada no *decreto legge* da Constituição Italiana de 1947, a medida provisória tem sido objeto de intensos debates, tanto por parte de doutrinadores quanto pelo Poder Judiciário, desde que ingressou em nosso ordenamento jurídico no ano de 1988.

Este artigo tem por objetivo apresentar e analisar o instituto da medida provisória, em especial quanto aos limites e às possibilidades do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre essa espécie normativa, na perspectiva doutrinária e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que se refere aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

Dessa forma, a hipótese de pesquisa é que os requisitos autorizadores para edição de medidas provisórias, não obstante conceitos jurídicos relativamente indeterminados e de apreciação inicial discricionária do Chefe do Executivo Federal, não estão imunes a controle, sujeitando-se, pois, mesmo que de maneira excepcional, à fiscalização por parte da Corte Suprema brasileira.

A temática, portanto, possui relevância política, social e acadêmica, visto que busca debater a existência de limites da utilização das medidas provisórias por

parte do Presidente da República, assim como os parâmetros e o alcance de atuação do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao controle de constitucionalidade formal e material dessa espécie legislativa.

O primeiro capítulo aborda sobre o princípio da separação dos poderes e descreve como se deu a formulação e o desenvolvimento dessa teoria política de divisão das funções estatais ao longo dos anos. Na sequência, é tratado a respeito da atividade atípica de legislar do Executivo, que nas sociedades contemporâneas tem participação ativa no processo legislativo.

No segundo capítulo são apresentadas noções gerais fundamentais concernentes ao tema tratado como conceito, natureza jurídica, pressupostos constitucionais de relevância e urgência, entre outras questões importantes sobre as medidas provisórias. A construção do referencial teórico se deu mediante revisão literária e pesquisa jurisprudencial, de modo a estabelecer qual a concepção para a doutrina e para o STF acerca do referido instituto.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre o controle de constitucionalidade das medidas provisórias quanto aos requisitos habilitantes que autorizam a edição pelo Presidente da República, e, por meio da análise de ADI's paradigmas, compreender a evolução da jurisprudência da Suprema Corte em relação a esses atos legislativos com força de lei.

1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS

Na seara do Estado Democrático de Direito, um dos elementos que o fundamenta é o princípio da separação de poderes. Na obra “O Espírito das Leis”¹, Montesquieu descreve que as três funções – administrativa, legislativa e judiciária – não poderiam ser exercidas pelo mesmo órgão. Essa ideia de divisão das funções estatais é importante e necessária, pois a concentração de poderes por uma mesma pessoa ou órgão tende à tirania, à arbitrariedade e à opressão por não encontrar

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167.

limites. Nesse sentido, cada uma dessas funções deveria ser atribuída a um órgão distinto, sem que houvesse a prevalência de um sobre o outro.

A estruturação do Estado e a limitação do exercício de seu poder são estabelecidos pela Constituição. É a lei fundamental e suprema de uma nação que institui os Poderes do Estado, distribui-lhes diversas competências e define os parâmetros de controle recíproco exercido por cada um.

No sistema constitucional brasileiro, o princípio da separação dos poderes está consagrado no art. 2º da Constituição Federal de 1988 e define que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e deverão atuar de forma harmônica. Essa divisão de funções, todavia, não é de forma exclusiva. Cada um possui funções próprias e típicas, mas também exerce funções atípicas, a fim de atingir suas finalidades principais, bem como para impor limites sobre a atuação dos demais poderes, por meio do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

À Câmara dos Deputados e ao Senado Federal incumbem a função precípua de criação das leis. Entretanto, em países que adotam o sistema de governo presidencialista, o chefe do Executivo tem destacada participação do processo legislativo, seja pelo poder de sanção ou veto, seja pela iniciativa.

A separação dos poderes é um dos princípios mais relevantes e uma das balizas-mestras para a estruturação político-administrativa de qualquer Estado. Pressupõe a distribuição do desempenho das funções estatais aos órgãos competentes de maneira a possibilitar controles um sobre o outro para que não haja abusos de nenhum dos Poderes visando, assim, à cooperação para manutenção do equilíbrio e da harmonia.

Nos ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos, “em rigor, o poder político é uno (não se biparte, esfacelando seu conteúdo) e indecomponível (não se divide, cindindo a sua forma). Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a separação de funções estatais.”² Portanto, importante esclarecer

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

que a expressão “separação de poderes”, embora consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, é equivocada, pois o poder do Estado é uno e indivisível.

1.1 Breve contextualização histórica

Ao longo da história diversos pensadores desenvolveram teorias acerca da organização dos poderes. A ideia inicial da divisão tripartite é atribuída a Aristóteles, cuja obra “Política” é o antecedente mais remoto da separação de Poderes.³ O filósofo grego identificou a existência de três funções distintas exercidas pelo soberano: a função legislativa, a função executiva e a função de julgamento. O autor considerava injusto e perigoso atribuir a um só homem o exercício desses poderes.

Apesar disso, não se pode afirmar que na sociedade grega da época o pensamento era a criação de um sistema político em que a tripartição tivesse o objetivo de reduzir os riscos de abusos no uso da autoridade. Nesse período o que se tinha era absoluta centralização política nas mãos do soberano, que detinha ilimitados poderes. Nesse sentido, a contribuição de Aristóteles foi na identificação das três funções estatais, já que não havia em seu pensamento a preocupação com a limitação do poder.⁴

Diante da constatação dos problemas e dos perigos advindos na concentração e na utilização do poder por uma única pessoa, diversos estudiosos desenvolveram, a partir dos séculos XVII e XVIII, novas teorias que possibilitassem eficaz fragmentação das funções do Estado em órgãos distintos e independentes a fim de conter os abusos perpetrados pelos monarcas absolutistas.

Dentre esses pensadores, um de grande destaque foi o inglês John Locke (1632-1704), cujo pensamento influenciou fortemente as bases das democracias liberais. Contratualista, Locke propõe o "estado de natureza" e o "estado político" que se inicia com o contrato social. Sua doutrina política, sistematizada em sua principal

³ Ibid.

⁴ DE CICCO, Cláudio. GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

obra “Segundo tratado sobre o governo civil”, propõe o fim da concentração de poder nas mãos do soberano.⁵

O pensador inglês apontava quatro funções governamentais: a legislativa exercida pelo parlamento, a executiva e a de fazer o bem público sem se subordinar a regras atribuídas ao rei e, por fim a federativa (declarar guerra e celebrar a paz).⁶ No entanto, na teoria lockeana não se visava ao equilíbrio entre os poderes, pois, para o autor, havia a preponderância do Poder Legislativo sobre os demais.

Apesar de fazer menção a três poderes (Legislativo, Executivo e Federativo), Locke tinha como essenciais apenas os dois primeiros. No que diz respeito ao Poder Judiciário, este não era considerado autônomo.

Albuquerque explica que a teoria de Locke sobre separação de poderes “possui duas preocupações essenciais: por um lado, a de depositar em mãos distintas a prerrogativa da elaboração das leis e a prerrogativa da execução das mesmas; por outro, a de subordinar o poder executivo ao poder legislativo.”⁷

Portanto, para Locke “o poder legislativo é o poder supremo, ao qual deve ser subordinado tanto o executivo quanto o poder federativo (encarregado das relações exteriores).”⁸

Até esse momento do contexto histórico, apesar das significativas contribuições de Aristóteles, de Locke e de outros pensadores na construção dessa doutrina política, não havia se desenvolvido, ainda, a teoria da autonomia dos três poderes, o que ocorre apenas no século XVIII com Montesquieu.

Em sua obra mais importante, “O Espírito das leis”, permeado pelas ideias de seus precursores, o pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu* desenvolveu a teoria da separação dos poderes.

⁵ Ibid.

⁶ BULOS, op.cit.

⁷ ALBUQUERQUE, Armando. *A Teoria Lockeana da separação de poderes*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁸ ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 3. ed. Revista. São Paulo: Moderna, 2003, p. 247.

Segundo Aranha e Martins, “refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu conclui que ‘só o poder freia o poder’, daí a necessidade de cada poder – executivo, legislativo e judiciário – manter-se autônomo e constituído por pessoas diferentes.”⁹

A ideia de divisão das funções estatais tem por escopo impedir a concentração absoluta do poder nas mãos do monarca, comum no Estado Absolutista, que antecedeu as revoluções burguesas, com a finalidade de evitar o arbítrio e a violência por parte do soberano e, assim, garantir a liberdade dos indivíduos. Destarte, Montesquieu inspirado na teoria de Locke, sistematizou de maneira bastante racional a noção de que para evitar a concentração de poderes e estabelecer controles mútuos, o uso das funções estatais deveria ser repartida entre órgãos independentes entre si, de maneira que um Poder contenha os abusos cometidos pelo outro no intuito de que se equilibrem e atuem harmonicamente.¹⁰

Nesse sentido, a execução de cada uma dessas funções estatais deveria ser incumbida a distintos órgãos, sem subordinação entre eles, permitindo, assim, controle recíproco e automático.

A teoria da tripartição dos poderes, por ser um contraponto ao regime Absolutista, consolidou-se definitivamente na Revolução Francesa, mediante a previsão no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*” (Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição).¹¹

A partir de então, o princípio da separação dos poderes passou a estar correlacionado ao constitucionalismo e ao Estado Democrático de Direito, convertendo-se no âmago da estrutura organizacional do Estado.

⁹ Ibid, p. 248.

¹⁰ LEITE, George Salomão Leite. STRECK, Lenio. NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹ FRANÇA. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 28 set. 2020.

Nesse contexto, a divisão rígida no desempenho das funções estatais foi afastada para dar lugar a uma divisão flexível na qual cada um dos Poderes exerceria, também, em certa medida, as outras funções do Estado, sendo uma em caráter predominante (típica) e as outras de forma secundária (atípicas).

Diante desses novos contornos envolta do princípio da separação de poderes, a experiência constitucional norte-americana assentou o denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*), consistente no controle do poder pelo próprio poder.¹²

Esse sistema colima o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, para que nenhum se sobreponha sobre os outros e, no caso de ocorrer arbitrariedades e desmandos por parte de um deles, seja possível a interferência legítima de outro, nos limites definidos expressamente pela Constituição.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da separação dos poderes está consagrado no artigo 2º e se constitui em uma das cláusulas pétreas expressas, conforme art. 60, § 4º, III, e o modelo adotado pelo Constituinte Originário foi o da divisão flexível, de maneira que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário não exercem, exclusivamente, suas funções típicas, mas também aquelas materialmente pertencentes a Poder diverso.

Não havendo, portanto, exclusividade no exercício das atribuições pelos Poderes, mas sim preponderância, Carvalho Filho ensina que:

As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.¹³

Desse modo, incumbe ao Poder Legislativo a função típica legiferante e de fiscalização; ao Executivo, a de administrar a coisa pública; por fim, ao Judiciário, a

¹² BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1627_1634.pdf. Acesso em 30 out. 2020.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

de julgar com base nas normas jurídicas vigentes e aplicáveis a casos concretos (lides) que lhe são apresentados. Por conseguinte, o Poder Legislativo possui como funções atípicas a de administrar (art. 51, IV, primeira parte; art. 52, XIII, primeira parte) e a de julgar (art. 52, I, II, e parágrafo único); o Poder Executivo a de legislar (arts. 62 e 68) e de julgar quando aprecia defesas e recursos administrativos); e o Poder Judiciário a de legislar (art. 96, I, “a”,) e a de administrar (art. 96, I, “f”).

Essa organização da estrutura política do Estado busca o funcionamento independente e harmonioso entre os Poderes da República de maneira que assegure o mútuo controle, assim como objetiva garantir e proteger os direitos e as liberdades dos indivíduos.

1.2 Atividade atípica do Presidente da República: edição de Medidas Provisórias

Com a superação da concepção estática e rígida das funções estatais – como explicado no tópico precedente – houve a quebra do monopólio da produção da lei, que se concentrava no Poder Legislativo. Dessa maneira, relativizada a divisão funcional em nossa Lei Fundamental, não há que se falar em sobreposição, interferência indevida ou usurpação nas atribuições entre os Três Poderes.

Nos sistemas jurídico-constitucionais contemporâneos não é incomum verificar a possibilidade de a lei, no sentido formal ou material, ser elaborada pelo Executivo. Nesse sentido, especificamente no caso do Brasil, o Presidente da República dispõe do poder normativo primário, competência própria oriunda diretamente da Carta da República, e secundário.

Esse fenômeno da descentralização legislativa, que pode ocorrer tanto por delegação quanto por atribuição constitucional, “consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo.”¹⁴

Conforme assinalam Oliveira e Amaral Júnior, “a separação funcional de poderes não implica nem deve ser entendida como isolamento de um em relação ao

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

outro. Ao contrário, o bom funcionamento do Estado depende da articulação entre eles.”¹⁵

Especificamente no que tange à função legislativa decorrente de atribuição autorizada diretamente por comando constitucional, foi outorgado ao Executivo, em circunstâncias excepcionais, a incumbência de editar diretamente, sem necessidade de autorização prévia do Legislativo, atos normativos primários, com força de lei, sobre determinadas matérias, devendo submetê-los de imediato ao crivo do Congresso Nacional.

De acordo com lição de Clève, “fortalecidos os mecanismos de controle político e jurídico, a atividade normativa extraordinária do Poder Executivo não é incompatível com os postulados democráticos.”¹⁶ Portanto, o que não se pode admitir é o recrudescimento do Executivo sem qualquer previsão de meios de controle eficazes que limite a sua atuação no emprego da tarefa legislativa.

Nesse ponto, Benitez ressalta que:

A mera possibilidade de o Poder Executivo poder participar da função legislativa do Estado não resulta por si só na automática e natural consequência do desequilíbrio nas suas relações com os demais poderes. Se executada dentro dos parâmetros, limites e controles constitucionalmente previstos, a atribuição legislativa conferida ao Poder Executivo pode ser um ágil e até benéfico instrumento de governo. Os problemas e disfunções começam, no entanto, quando o uso de tal instrumento passa a ser abusivo, ilimitado.¹⁷

O Presidente da República quando edita medidas provisórias exerce competência diretamente atribuída pela Constituição. Quando os constituintes de 1988 previram o atual instrumento de uso excepcionalíssimo em substituição ao

¹⁵ OLIVEIRA, Clarice Gomes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *O mito da separação de poderes e a necessidade real da legislação delegada*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 113, p. 149-186, jul./dez, 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/447/370>. Acesso em: 29 out 2020

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32 e 33.

¹⁷ BENITEZ, Gisela Maria Bester. *O uso das medidas provisórias no estado democrático de direito brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo*. Volume 1. Florianópolis, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83939/181697.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 nov. 2020.

decreto-lei, que era usado de maneira abusiva e indiscriminada pelo governo da época, provavelmente não imaginariam que a prática permaneceria.

Conforme explica Bulos, “durante os anos de vigência da Constituição de 1988, incontáveis foram as medidas provisórias editadas e reeditadas em sentido oposto àquelas ideias, gerando perplexidade.”¹⁸

O uso indiscriminado e muitas vezes em sentido contrário ao prescrito no texto constitucional das medidas provisórias gerou não apenas dissentimentos por parte da sociedade como, também, do próprio Supremo Tribunal Federal.

Em julgamento da ADI 2.213-MC¹⁹, o relator da Ação, Ministro Celso de Mello, argumentou que:

Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*.

O excesso no uso de medidas provisórias, muitas vezes sem a estrita observância dos pressupostos constitucionais, pode comprometer o princípio da separação de Poderes, dado que o Executivo pode se valer desse expediente jurídico para controlar a pauta do Legislativo e se investindo, ilegitimamente, da função legiferante que incumbe ao Congresso Nacional.

A despeito disso, importante assinalar os acertos do legislador constituinte em prever uma medida para ser utilizada em situações que demandem do Poder Executivo sua atuação legislativa imediata, e em não manter a denominação decreto-lei, em virtude do contexto institucional antidemocrático no qual era utilizado.

¹⁸ BULOS, op. cit., p. 522.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04 abr. 2002. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 23 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 22 out. 2020.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE MEDIDAS PROVISÓRIAS

No Estado Democrático de Direito, é atribuída, precipuamente, ao Poder Legislativo, a competência para a elaboração de atos normativos primários. Para uma proposta ingressar no ordenamento jurídico é necessário passar por todo o conjunto de atos do processo legislativo, normalmente bem moroso.

A ideia da necessidade de um provimento de urgência com força, valor e eficácia de lei surgiu a fim de atender de forma imediata a situações de emergência, visto que a demora na tramitação regular e ordinária de um projeto de lei no Parlamento poderia acarretar à sociedade graves danos de difícil ou impossível reparação. Destarte, foi atribuído ao Poder Executivo, a possibilidade de legislar para a adoção de providências em circunstâncias excepcionais.

2.1 Antecedentes

Amaral Júnior explica que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, inspirado no *decreto legge* italiano²⁰, foi prevista, formalmente pela primeira vez, a edição de atos normativos com força de lei pelo Chefe do Poder Executivo²¹. Na ditadura do Estado Novo, sob a égide da Constituição de 1937, à luz do art. 180, “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”²². Da outorga da Constituição em 10 de novembro de 1937 a 31 de janeiro de 1946, a utilização do decreto-lei foi absoluta, uma vez que Getúlio Vargas, por meio de um golpe de estado, havia fechado o Congresso Nacional.

A Constituição de 1946 não previu a atribuição de o Presidente da República editar atos normativos dessa espécie. O decreto-lei voltou a constar na ordem jurídica brasileira por meio da Constituição de 1967. Em seu art. 58 foi disciplinada a competência do Chefe do Poder Executivo expedir, em casos de

²⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²¹ CANOTILHO, J. J... [et. al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

²² BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil: outorgada em 10 de novembro de 1937. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

urgência ou de interesse público relevante, decretos com força de lei, atribuindo-lhes matérias específicas sobre as quais poderia regular: segurança nacional e finanças públicas.

O papel do Congresso Nacional na análise, discussão e votação do decreto-lei era tão somente no sentido de aprová-lo ou rejeitá-lo, não sendo possível realizar emendas. Em caso de não deliberação no prazo de sessenta dias, o texto era tido como aprovado.

Nas palavras de Amaral Júnior, “o decreto-lei estava inserido em uma prática institucional de nítidos traços autoritários, muito comum, como visto, ao longo de boa parte do século XX”.²³

Com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, foi mantido o decreto-lei, com acréscimo de seu conteúdo possível. Foi permitido seu uso para normas tributárias e para criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. No que se refere ao exame do decreto-lei pelo Poder Legislativo, o processo foi análogo ao disciplinado da Carta Política de 1967. Foi regulado, por sua vez, as relações jurídicas decorrentes do decreto, cuja rejeição não acarretaria a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Apesar da utilização excessiva e muitas vezes abusiva do decreto-lei, “os constituintes de 1988 sentiram a necessidade de permitir ao Presidente da República a edição de medidas com força de lei, para atender a necessidades urgentes e relevantes, garantindo, porém, a participação mais atuante do Legislativo”.²⁴

Nesse sentido, surgiu a medida provisória (MP), cuja competência para sua edição é privativa do Presidente da República, devendo ser adotada em situações de urgência e relevância.

²³ CANOTILHO, op. cit., p. 1238.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1010.

2.2 Conceito e natureza jurídica

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da Medida Provisória está previsto nos artigos 62 e 84, XXVI, da Constituição Federal, que atribuem ao Chefe do Poder Executivo Federal a prática da atividade legislativa.

As medidas provisórias “são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o poder de editá-las.”²⁵

No sistema constitucional pátrio, as medidas provisórias tiveram dois regimes jurídicos diversos. O primeiro vigeu da promulgação da Constituição de 1988 até a EC n. 32/2001. O segundo, atualmente em vigor, foi inserido pela promulgação da supracitada Emenda Constitucional.

Para o emprego desse instrumento legislativo pelo Presidente da República, necessária se faz a presença de circunstâncias relevantes e urgentes. Apesar de possuir força, eficácia e valor de lei – possuindo, portanto, status material de lei – a medida provisória é ato precário e transitório com eficácia antecipada, sendo necessária a apreciação inafastável do Congresso Nacional para que se converta ou não em lei.

A natureza jurídica da medida provisória é questão que gera grande controvérsias no âmbito doutrinário. Várias são as posições acerca do tema na busca de sua classificação.

Assevera Marco Aurélio Greco que a medida provisória é ato administrativo que possui força de lei. Consoante o autor: “(...) quanto à sua natureza, não difere de um decreto, igualmente um ato oriundo do Poder Executivo. A competência em que ele se apoia não é legislativa em sentido técnico. (...) não é lei, pois não se converte o que já é.”²⁶

Coaduna com esse mesmo entendimento Arantes, sustentando que “embora ela figure no art. 59 da Constituição com um dos mecanismos que compõe o

²⁵ Ibid., p. 1011.

²⁶ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991, p. 9.

processo legislativo, na verdade, ela é ato administrativo unilateral do Presidente da República. Tem força de lei, mas não é lei em sentido formal.”²⁷

Essa classificação se mostra inadequada e incorreta porquanto a medida provisória inova o ordenamento jurídico, visto se tratar de espécie legislativa definida no art. 59, V, da Constituição Federal de 1988. O mesmo não ocorre com os atos administrativo, nem mesmo os regulamentares, pois estas apenas complementam as leis para sua efetiva aplicabilidade.²⁸

Sergio de Andrea Ferreira defende que a medida provisória, apesar de se revestir de força de lei, consubstancia em ato de governo:

A medida provisória é aquilo que se pode chamar de um ato político, executivo, isto é, aquele que, não sendo nem jurisprudencial, nem legal, é um ato vinculado à execução do Direito pelo Poder próprio, que é o Executivo. Não diria, como fazem alguns autores, que se trata de um ato administrativo em sentido estrito (espécie do ato executivo), porque ele é um ato político, no sentido de ato governamental de Direito Constitucional, de órgão do Poder Político, da Chefia do Poder Executivo [...]. Subjetivamente, é ato executivo, eis que seu autor (sujeito ativo) é o chefe do Poder Executivo. Formalmente, isto é, enquanto fonte de efeitos jurídicos e, assim, do ponto de vista eficaz, embora seja uma espécie individualizada, a medida provisória tem, segundo o art. 62 da CF, ‘força de lei’. Embora ato executivo, a ela é atribuída essa força jurídica. Não é lei, pois que, do contrário, não teria sentido conferir-lhe tal eficácia”.²⁹

Compreensão diversa é de Saulo Ramos para quem a competência constitucional de editar medidas provisórias pelo Presidente da República se trata de um poder cautelar legislativo, isto é, “um meio jurídico idôneo de impedir, de um lado, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do *periculum in mora* e, de outro, tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado”.³⁰ Nesse sentido, presentes os requisitos constitucionais, a ação cautelar legislativa de empregar normas primárias poderá ser efetivada pelo Chefe do Executivo.

²⁷ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Fabesp, 1998, p. 127.

²⁸ Nesse ponto, ensina Carvalho Filho que “a prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei. Não pode, pois, a Administração alterá-las a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.” CARVALHO, op. cit., p. 52.

²⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Medida Provisória: natureza jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.1, 1993, p. 154 apud CLÉVE, op. cit., p. 66.

³⁰ RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In: *A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Conjunto de palestras proferidas no Fórum Jurídico – Aspectos Polêmicos da Nova Ordem Constitucional – realizado em Minas Gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 530.

Nos ensinamentos de Eros Roberto Grau, tem a medida provisória natureza de lei. Conforme o jurista “as medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata”.³¹ Seguindo essa mesma linha de raciocínio, José Afonso da Silva sustenta que os provimentos de emergência são “medidas de lei (têm força de lei) sujeitas a uma condição resolutiva, ou seja, sujeitas a perder sua qualificação legal no prazo de 120 dias”.³²

Clèmerson Merlin Clève tem entendimento distinto dos anteriores. Para o autor, as medidas provisórias se revestem do *status* de fontes formais do Direito em virtude de expressa previsão constitucional (art. 59, CF), não constituindo mero projeto de lei ou ato administrativo com força de lei, assinalando que:

não é certo que a medida provisória, no sistema brasileiro, não seja lei no sentido técnico. Não é lei no sentido orgânico-formal, mas é lei no sentido de que produz força de lei, tratando-se de ato legislativo dotado de aptidão para inovar originariamente a ordem jurídica, como igualmente o são as leis delegadas e as demais espécies legislativas contempladas no art. 59 da Constituição.³³

Com semelhante compreensão Amaral Júnior, para quem a Constituição definiu a natureza da medida provisória como ato normativo primário, dado que a sua edição compreende o processo legislativo, consoante inciso V artigo 59 da CF.

No que se refere ao argumento de que a medida provisória não seria lei porque não se converte em lei algo que o já é, Clève salienta que não se deve ficar preso à interpretação literal, mas sim analisar sistematicamente a fim de se extrair o sentido real da norma constitucional.³⁴ Nesse diapasão, uma vez submetida a medida provisória à apreciação do Congresso Nacional para conversão em lei formal, o que está a se fazer é converter uma espécie de lei precária em ato legislativo permanente e definitivo.

³¹ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, n. 658, p. 241, ago. 1990, apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 533

³³ CLÈVE, 2010, p. 73.

³⁴ *Ibid.*

2.3 Pressupostos constitucionais: relevância e urgência

A função legislativa excepcional do Chefe do Poder Executivo na edição de medidas provisórias exige a observância rigorosa e estrita dos requisitos constitucionais de urgência e de relevância.

Para que seja legítimo o uso da legislação de urgência há de estar caracterizado cenário no qual a demora na elaboração da norma possa provocar danos de difícil ou impossível reparação. De acordo com o Ministro Celso de Mello, em julgamento na ADI-MC 293³⁵:

o que justifica a edição de medidas provisórias, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

Cabe ao Presidente da República a apreciação política dos pressupostos, o qual possui ampla discricionariedade acerca da conveniência e da oportunidade sobre a utilização dessa espécie legislativa. Apesar disso, saliente-se que esse juízo passa pelo crivo do Congresso Nacional, a quem incumbe rejeitar a medida provisória se entendê-la não urgente ou desnecessária.

À luz do § 5º do art. 62 da Constituição da República³⁶, antes de cada uma das Casas do Parlamento decidir a respeito do mérito da medida provisória, deverá examinar se os requisitos constitucionais foram observados.

Além do controle da atividade legiferante do Poder Executivo ser feito pelo Legislativo poderá sê-lo, também, pelo Judiciário. Nesse sentido a ADI n. 2.150-8³⁷,

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-7/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 jun. 1990. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 16 abr. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>. Acesso em: 31 out. 2020.

³⁶ “Art. 62, § 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.”

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.150-8/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 11 set. 2002. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 29 nov. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375341>. Acesso em: 3 nov. 2020.

relator Ministro Ilmar Galvão, a ADI n. 2.332-MC³⁸, relator Ministro Moreira Alves e a ADI n. 2.527-MC³⁹, relatora Ministra Ellen Gracie:

os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.

Percebe-se, portanto, que a importância dos pressupostos habilitantes para editar medidas provisórias é no sentido de limitar o uso excepcional do poder legiferante atribuído ao Presidente, o qual se destina a circunstâncias realmente extraordinárias que demandem resposta legislativa rápida.

No que diz respeito à precisão dos conceitos de relevância e urgência, conquanto cláusula abertas de contornos indeterminados, é possível a compreensão de sua densidade significativa.

Entende-se por relevância o atendimento ao interesse público da sociedade, não apenas do assunto tratado pela medida provisória, mas, também, da circunstância que a motive. Essa relevância, nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.332-2/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 05 set. 2001. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 02 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>. Acesso em: 3 nov. 2020.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.527-9/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 16 ago. 2007. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 22 nov. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>. Acesso em: 3 nov. 2020.

não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes de relevância extraordinária, excepcional.”⁴⁰

Dessa maneira, ocorrendo situação que vise a tutelar o interesse público, bem como exija especial e atípica atuação do Estado, cuja finalidade só será atingida por meio de medida provisória, o critério da relevância estará atendido.

Além de relevante, a conjuntura que justifica a utilização de medidas provisórias deve ser urgente, isto é, algo que não pode aguardar o regular decurso do tempo, exigindo, por conseguinte, providência legislativa imediata, sob pena de causar prejuízos de ordem econômica, social, administrativa ou de segurança pública.

“A urgência alia questão de tempo (momento) com a condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência. Relaciona-se com a inevitabilidade do provimento (...)”.⁴¹

Acerca dessa questão, José Levi Mello do Amaral Júnior destaca o seguinte:

Quanto à urgência, observa-se no Brasil, prática institucional que atrela a medida provisória não tanto a um determinado lapso temporal, mas, sim, a um juízo político de oportunidade e conveniência. Daí não raro uso da expressão urgência política. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o emprego de critérios objetivos, de ordem jurídico-temporal, para a demonstração (insista-se) objetiva – isto é, acima do subjetivismo próprio do juízo político – da eventual não ocorrência de urgência a legitimar a adoção de medida provisória.⁴²

A urgência deve ser tal maneira que não possa aguardar a tramitação ordinária, nem mesmo mediante projeto de lei com a solicitação prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 64 da CF/88, sob o risco de não se alcançar a finalidade almejada e, em decorrência disso, causar danos inevitáveis à coletividade. Nessa hipótese estará justificada o estado de necessidade legislativa.

⁴⁰ CLÈVE, 2010, p. 89.

⁴¹ Ibid., p. 93.

⁴² AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154 – 155.

Em razão de sua excepcionalidade, o uso desse instrumento legislativo por parte do Presidente da República deverá ser motivado, devendo demonstrar a efetiva ocorrência dos quesitos autorizadores.

Essa motivação facilita a apreciação e o controle da legitimidade das medidas provisórias tanto pelo Congresso Nacional, a quem cumpre o mister constitucional de realizar juízo prévio de admissibilidade sobre o atendimento dos pressupostos, conforme § 5º do artigo 62 da Constituição da República, bem como ao Supremo Tribunal Federal, se provocado, nos casos de excesso de poder.

2.4 Prazo de vigência e eficácia

Em sua redação original, a CF/88 disciplinou as medidas provisórias em seu art. 62 nos seguintes termos, *in verbis*:

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.⁴³

Esse prazo de trinta dias era considerado exíguo para que o Legislativo deliberasse sobre o tema. Por isso, a Emenda Constitucional 32/2001 alterou o prazo para sessenta dias – a contar da data de publicação da medida no Diário Oficial da União – prorrogável a sua vigência e eficácia uma única vez, por igual período, no caso de ainda não apreciada pelo Congresso Nacional.

No regime jurídico constitucional brasileiro, além da prorrogação, há outras hipóteses que elastecem o tempo de vigor da medida provisória. A primeira, no caso de recesso⁴⁴ do Parlamento, o prazo será suspenso, sem prejuízo da plena eficácia da legislação de emergência. A segunda em virtude de projeto de conversão da medida provisória em lei que aguarda a sanção ou veto do Presidente da República.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁴⁴ Os recessos do Congresso ocorrem de 23 de dezembro a 01 de fevereiro e de 18 a 31 de julho.

Nessa circunstância, a fim de resguardar a segurança jurídica, mantém-se a vigência da MP.

Existem, ainda, duas situações que ampliam seu prazo de eficácia: para as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória, quando ainda não editado o decreto legislativo; e prorrogação das MP's editadas antes da EC 32/2001, até serem revogadas por outra medida ou deliberada pelo Congresso Nacional.

Clève destaca que “uma medida provisória poderá sustentar-se no mundo jurídico por mais de cento e oitenta dias ou seis meses, o que descaracteriza, de certo modo, a provisoriedade do ato, podendo causar certa insegurança jurídica.”^{45 46}

A medida provisória não convertida dentro do prazo de sessenta dias perderá a sua eficácia, desde a sua edição (efeito *ex tunc*), o que reflete sua condição precária e de caráter efêmero.

Essa precariedade das medidas provisórias, conforme explica Benitez, “refere-se à provisoriedade dos seus efeitos, no sentido da possibilidade de eles cessarem ou serem eliminados, coincidindo necessariamente com o desaparecimento da medida provisória caso ela não seja convertida em lei no prazo legal.”⁴⁷

Para que as disposições da medida percam sua característica provisória, é necessária a deliberação, votação e aprovação pelo Congresso Nacional com o escopo de acrescentar estabilidade à sua vigência, convertendo-a definitivamente em lei ordinária.

⁴⁵ CLÈVE, 2010, p. 152.

⁴⁶ “Basta imaginar uma medida provisória publicada precisamente sessenta dias antes do recesso parlamentar de final de ano. Nessa hipótese os sessenta dias de eventual prorrogação somente seriam contados a partir de 02 de fevereiro seguinte. Se a medida for aprovada justamente ao fim e ao cabo da prorrogação, ela terá vigido por total de 161 dias (sem contar o prazo para sanção ou veto). (...) Supondo que o Presidente da República utilize por inteiro o prazo para sanção ou veto de eventual projeto de lei de conversão, isto é, quinze dias úteis e supondo a ocorrência, nesse lapso de tempo, somente de três sábados e três domingos, sem feriados (vinte e um dias, portanto, para sanção ou veto), ter-se-ia uma medida provisória com vigência de cento e oitenta e dois dias. Isso equivale a aproximadamente seis reedições da medida provisória do modelo originário da Constituição de 1988.” (AMARAL JUNIOR, op. cit., p 160 – 161.)

⁴⁷ BENITEZ, op. cit. p. 241.

Transcorrido o prazo sem apreciação do Parlamento e a consequente perda de eficácia da medida provisória, cabe ao Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas dela decorrente. No caso de não ser editado o referido decreto no prazo de até sessenta dias, conservar-se-ão regidos pela medida provisória as relações constituídas sob a sua égide.

2.5 Limites materiais

A Constituição da República impôs algumas limitações⁴⁸ no que tange à matéria permitida a ser regulada pela edição de medidas provisórias por parte do Presidente da República.

Antes do advento da EC n. 32/2001, alguns juristas defendiam a ideia de que as medidas provisórias poderiam regular qualquer matéria.⁴⁹ O argumento se baseava no fato de que a Constituição de 1988 não disciplinou sobre o conteúdo que poderia ser tratado pelas MP's como fez a ordem jurídica constitucional anterior. Diante do silêncio da Lei Maior, coube à doutrina, descrever seu âmbito material. Nesse sentido, a despeito de não haver na redação originária de 1988 nenhuma restrição material expressa às medidas provisórias, alguns doutrinadores, a partir de uma interpretação lógico-sistemática, já apontavam as matérias vedadas a serem disciplinadas pelos decretos de emergência, tais como as negadas, pela própria Constituição, às leis delegadas (art. 68, §1º, da CF⁵⁰).

Ademais, já havia o entendimento de que as medidas provisórias não poderiam ser utilizadas para tratar de matéria privativa dos outros Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, sob pena de ofensa grave aos postulados democráticos estabelecidos na Carta Magna. Esse raciocínio pode ser estendido, também, aos assuntos atribuídos, pela Constituição, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Portanto, “a legislação emergencial apenas incidirá sobre conteúdo

⁴⁸ Art. 25, § 2º, art. 62, § 1º; art. 246, todos da Constituição Federal de 1988.

⁴⁹ RAMOS, Saulo. *Medida Provisória*. In: XAVIER, Alberto; Costa Alcides Jorge; et al. *A nova ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1990; FILOMENO, José Geraldo Brito. *Infrações penais e medidas provisórias*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1990 apud CLÉVE, op. cit., 101.

⁵⁰ “Art. 68, § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.”

subjetivo à iniciativa privativa do Presidente da República e à iniciativa comum e concorrente.”⁵¹

Atendendo ao anseio de parte da sociedade, que viam abusos por parte do Presidente da República na edição indiscriminada de medidas provisórias, o Congresso Nacional promulgou a Emenda 32/2001, que alterou profundamente o regime jurídico das medidas provisórias, estabelecendo rol expresso das matérias insuscetíveis de normatização por elas, considerando, inclusive, algumas das vedações já apontadas pelos estudiosos do assunto.

As limitações materiais incluídas pelo poder constituinte derivado reformador estão estabelecidas no artigo 62, § 1º, da Carta Maior:

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

I - relativa a

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

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

III - reservada a lei complementar;

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

Outra limitação imposta (art. 62, § 2º, da CF) foi quanto à instituição e majoração de impostos, pois os efeitos da medida provisória só ocorrerão no exercício financeiro seguinte, se ocorrer sua conversão em lei até o último dia do ano em que foi editada, o que resguarda os princípios da anterioridade e da legalidade tributária.⁵²

Nesse ponto, importante constatação de Benitez ao afirmar que isso, de certa maneira, “desnatura a própria medida provisória, pois lhe impede de produzir

⁵¹ CLÈVE, 2010, p. 130.

⁵² Tal restrição não se aplica ao imposto de importação, de exportação, de produtos industrializados, de operação de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários e aos impostos extraordinários.

efeitos de lei desde a sua edição, o que lhe é inerente, eis que se trata de norma jurídica com vigência imediata.”⁵³

Diante do diferimento dos efeitos a fim de respeitar os princípios supramencionados, nesse caso específico, restou afetado o pressuposto da urgência. Defende Benitez que o melhor seria não autorizar que medida provisória pudesse tratar dessa temática.

Saliente-se que esse dispositivo constitucional se refere tão somente a impostos. Consequentemente, tal vedação não se aplica aos demais tributos, é dizer, a taxas, a contribuições de melhoria, a empréstimos compulsórios e a contribuição especial.

O art. 246 da Constituição Federal apontou outra vedação. Não era permitida a regulamentação por medida provisória “de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995”⁵⁴ até a promulgação da EC n. 32/2001.

Na lição de José Afonso da Silva, esse dispositivo constitucional teve como propósito imediato:

estabelecer limites de atuação do Poder Executivo quanto às leis mencionadas nas ECs-5, 6, 7 e 8 relativamente à regulamentação das matérias ali prevista que era monopólios. E aí seu alcance é importante. Abriram-se os monopólios, mas se estabelece regra de controle dessa abertura pelo Congresso Nacional.⁵⁵

Também não podem ser objeto de medida provisória, matérias cuja urgência pode ser atendida nos termos do § 1º artigo 64 da Constituição Federal⁵⁶. O Decreto n. 2.954, de 29 de janeiro de 1999, substituído pelo Decreto n. 9.191, de 1º de novembro de 2017, já orientava para que não fosse disciplinada por medida provisória matéria que pudesse ser aprovada pelo procedimento legislativo de

⁵³ BENITEZ, op. cit., p. 387.

⁵⁴ Art. 246 da Constituição Federal de 1988. (Redação dada pela EC n. 32/2001)

⁵⁵ SILVA, op. cit., p. 530 – 531.

⁵⁶ “Art. 64, § 1º. O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.”

urgência⁵⁷ ⁵⁸. No vigente Decreto que trata do tema, as diretrizes estão dispostas nos artigos 34 e 35, inciso V⁵⁹.

Escapam, ainda, do campo temático das medidas provisórias os assuntos que devam ser tratados por decreto autônomo, modalidade normativa primária prevista no art. 84, VI, da CF, relativa à competência privativa do Presidente da República para dispor acerca da estruturação e funcionamento da administração pública federal, desde que não implique aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgão público; e extinguir, quando vagos, funções ou cargos públicos.

Embora tenha avançado no que tange à imposição de limites materiais, Amaral Júnior esclarece que a EC n. 32/2001 ficou aquém do provimento provisório do regime anterior, porquanto “a limitação material à medida provisória do novo modelo – conquanto represente um avanço relativamente ao modelo original da Constituição de 1998 – não é tão restritiva quanto a disciplina do decreto-lei.”⁶⁰

A necessidade de se determinar restrições materiais quanto aos assuntos que podem ser tratados por medida provisória é no sentido de se resguardar a sociedade contra qualquer arbitrariedade que possa ser cometida pelo Executivo na prática de sua atividade normativa. Ademais, o constituinte optou por vedar a edição de MP's no tocante aos temas supramencionados por serem sensíveis, complexos, bem como versarem a respeito das garantias para os direitos individuais e coletivos especificados na Carta Política do Brasil.

⁵⁷ AMARAL JUNIOR, op. cit.

⁵⁸ Apesar do requerimento de urgência, nos termos do art. 64, § 1º, da CF/88, Amaral Junior alerta que não se deduz um parâmetro objetivo do referido dispositivo para constatar a ocorrência ou não do requisito constitucional de urgência para a finalidade do uso da medida provisória. O autor afirma, ainda, que “não são poucos os projetos de lei em regime de urgência constitucional que esperam vários meses por uma decisão parlamentar, não obstante a urgência requerida pelo Presidente da República e o eventual trancamento da pauta de votações de uma das Casas.” Na ocorrência dessas situações – a exemplo do PL n. 6.825/2002 –, é solicitado ao Chefe do Executivo – e este, não rara as vezes, coaduna –, para que retire o pedido de tramitação em regime urgência para que não haja maiores prejuízos aos trabalhos do Poder Legislativo. (Ibid, p. 141 – 142)

⁵⁹ “Art. 34. As propostas de medida provisória serão convertidas pela Presidência da República em propostas de projeto de lei quando não demonstrada a relevância, a urgência e a impossibilidade de aprovação por meio de procedimento legislativo de urgência. Art. 35. Não será disciplinada por medida provisória matéria: V - que possa ser aprovada sem dano para o interesse público nos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição.”

⁶⁰ AMARAL JÚNIOR, op. cit., p. 222.

Por fim, além do controle político e jurídico realizado pelas Casas do Congresso Nacional, indubitavelmente, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, o qual enfatiza a impossibilidade de lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é cabível, do mesmo modo, o controle jurisdicional do objeto material das medidas provisórias.

2.6 Tramitação

O trâmite processual legislativo da medida provisória, além de observar as regras gerais dispostas no art. 62 da Constituição, é regulado, no âmbito do Congresso Nacional, pela Resolução n. 1, de 8 de maio de 2002.

O Presidente da República, observando os pressupostos de urgência e relevância, ao exercer sua função legislativa na edição de medidas provisórias, deverá submetê-las, de imediato, para apreciação pelo Congresso Nacional, cuja votação será iniciada na Câmara dos Deputados.

O prazo inicial de vigência de uma medida provisória – que na tramitação no Legislativo é identificada pela sigla MPV – é de sessenta dias⁶¹, prorrogável automaticamente por igual período caso não tenha sua votação encerrada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

No caso de a medida provisória não ser apreciada no período de até quarenta e cinco dias, contados da sua publicação, “entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.”⁶² Dessa forma, esgotado o prazo de quarenta e cinco dias sem a finalização da votação, ocorrerá a paralização dos trabalhos legislativos da Casa que estiver em tramitação a MPV. Na hipótese de o trancamento ocorrer na Câmara dos Deputados, ao votar a medida (destrancando sua

⁶¹ Com a redação dada pela EC n. 32/2001, esse prazo de 60 (sessenta) dias passou a fluir a partir da data de publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, conforme § 4º do art. 62 da Constituição Federal de 1988, evitando-se burlas à fruição do prazo como ocorria no regime constitucional anterior, que considerava o termo inicial para contagem do prazo dos decretos-lei da leitura em Plenário ou da data do recebimento pelo Congresso Nacional. (AMARAL JÚNIOR, op. cit., 158.)

⁶² Art. 62, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

pauta), a matéria será encaminhada ao Senado Federal, situação em que a medida provisória já chegará a essa Casa obstando a análise de outras proposições. Portanto, não há que se falar em contagem de novo prazo de quarenta e cinco dias. O mesmo raciocínio vale no caso de o Senado realizar emendas, ocasião que a MPV retornará à Câmara trancando automaticamente a sua pauta.

No Congresso Nacional, as MPV's serão examinadas por comissão mista (constituída por 12 deputados e 12 senadores), que elaborará parecer em até quatorze dias, o qual servirá de subsídio para que o plenário de cada uma das Casas do Poder Legislativo Federal delibere, em sessão separada. A apreciação pela comissão mista é exigência constitucional não podendo ser afastada a sua composição, e o parecer prévio possui caráter de instrumento indispensável para o regular processamento legislativo da medida provisória, sob pena de inconstitucionalidade, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.029⁶³.

A apreciação pelo plenário das duas Casas do Congresso Nacional se dará separadamente, ocorrendo em duas fases: uma preliminar, de juízo de admissibilidade, na qual será examinada a presença dos requisitos constitucionais de urgência e relevância, e outra, de mérito.

Nesse processo legislativo, a medida provisória:

- a) na hipótese de ela ser integralmente convertida em lei, o Presidente do Senado Federal a promulgará, remetendo-a para publicação (observa-se que, nesse caso, não haverá possibilidade de sanção ou veto por parte do Presidente da República, uma vez que a medida provisória foi aprovada exatamente nos termos por ele propostos);
- b) se for integralmente rejeitada (ou perder sua eficácia por decurso de prazo, em decorrência da não apreciação pelo Congresso Nacional no prazo constitucionalmente estabelecido), a medida provisória será arquivada, o Congresso Nacional baixará ato declarando-a insubsistente e deverá disciplinar, por meio de decreto legislativo, no prazo de sessenta dias contados da rejeição ou da perda de eficácia por decurso de prazo, as relações jurídicas dela decorrentes; caso o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de

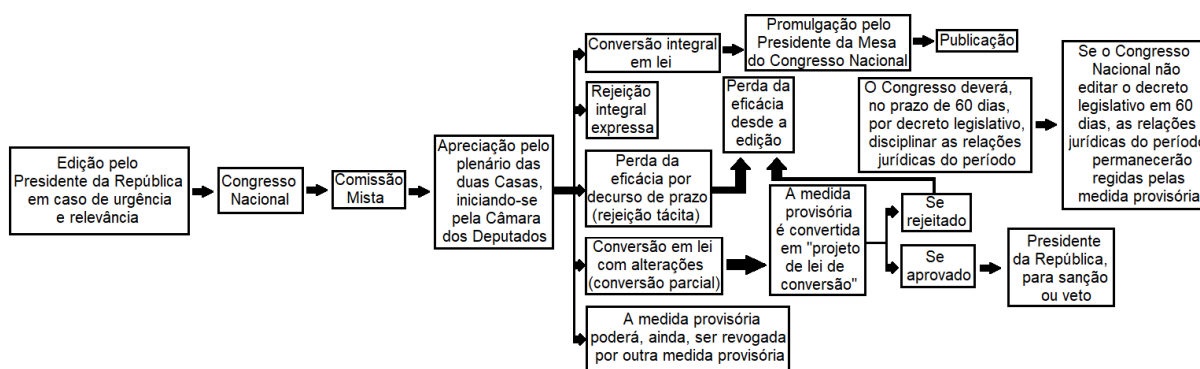
⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 08 mar. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 27 jun. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 22 out. 2020.

sessenta dias, as relações jurídicas surgidas no período permanecerão regidas pela medida provisória.

c) caso sejam introduzidas modificações no texto adotado pelo Presidente da República (conversão parcial), a medida provisória será convertida em “projeto de lei de conversão”, e o texto aprovado no Legislativo será encaminhado ao Presidente da República, para que o sancione ou vete (a partir da transformação da medida provisória em “projeto de lei de conversão”, este segue idêntico trâmite ao dos projetos de lei em geral; aos dispositivos eventualmente rejeitados aplica-se o descrito na letra “b”, acima.⁶⁴

Quando o texto original da MPV é alterado, ela é convertida em projeto de lei de conversão (PLV). Nesse caso de conversão parcial de MPV, observe que, em virtude das modificações introduzidas no texto originário, será necessária avaliação do Presidente da República para fins de sanção ou veto, o que não ocorrerá se não forem realizadas nenhuma alteração (conversão integral). Importante referir que, se aprovado um PLV, enquanto o Chefe do Executivo Federal não o apreciar, a medida provisória permanecerá integralmente em vigor.⁶⁵

Na sequência é apresentado fluxograma do processo legislativo da medida provisória para melhor compreensão.



FONTE: PAULO, op cit. (2020, p. 500)

No caso de a medida provisória não ser convertida em lei, seja pela rejeição ou pela perda de eficácia⁶⁶, retroagirão os efeitos desde a sua edição, cabendo ao Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas dela decorrente.⁶⁷ Não editado o decreto legislativo no prazo de até sessenta dias, as

⁶⁴ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 19. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 499.

⁶⁵ Art. 62, § 12, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁶ Na hipótese de rejeição ou perda de eficácia por decurso de prazo, é vedada a reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa, não havendo óbice para reedição em sessão distinta.

⁶⁷ Art. 62, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

relações jurídicas constituídas e os atos praticados durante a vigência da medida permanecerão por ela regida⁶⁸, como já explicado no tópico 2.4.

2.7 Retirada e revogação

Concluindo esse capítulo a respeito de noções gerais sobre medidas provisórias, importante mencionar que com a publicação da MP no Diário Oficial da União, “subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que a instituiu.”⁶⁹

O Supremo Tribunal Federal abordando sobre esse tema no julgamento da ADI-MC 221/DF, relator Min. Moreira Alves, decidiu não se admitir a retirada do Congresso Nacional de medida provisória já remetida. A Ministra Rosa Weber na ADI 5.727/DF afirmou que:

Interpretação jurídica em sentido contrário, importaria violação do princípio da Separação de Poderes. Isso porque o Presidente da República teria o controle e comando da pauta do Congresso Nacional, por conseguinte, das prioridades do processo legislativo, em detrimento do próprio Poder Legislativo.

No que toca à questão da revogação, o STF entende ser possível que outro ato normativo da mesma espécie revogue medida provisória. Nesse contexto, caso MPV, ainda pendente de apreciação pelo Parlamento, seja revogada por outra, a primeira terá sua eficácia suspensa até que haja pronunciamento do Congresso Nacional relativo à norma revogadora. Se esta for convertida em lei, tornará definitiva a revogação da primeira MPV; se não o for, voltará os efeitos da medida revogada pelo prazo que ainda lhe restar para vigorar.

Por fim, a Corte Suprema nos julgamentos da ADI 5.709, ADI 5.716, ADI 5.717 e ADI 5.727, rel. Rosa Weber, j. 27-3-2019, P, DJE de 28-6-2019, definiu que

⁶⁸ Art. 62, § 11, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-7/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 jun. 1990. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 16 abr. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>. Acesso em: 31 out. 2020.

medida provisória, em virtude de seu aspecto transitório e precário, não revoga lei anterior, mas apenas suspende seus efeitos no ordenamento jurídico.

Destarte, aprovada a conversão em lei de medida provisória pelas Casas Legislativas (Câmara e Senado), surgirá nova lei ordinária, a qual terá o efeito de revogar lei precedente. No entanto, caso a MPV seja rejeitada ou perca sua eficácia por decurso de prazo, a lei anterior vigente no ordenamento jurídico, e que estava suspensa, tem restabelecida sua eficácia.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Em um Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, a lei possui uma função ímpar, pois consoante o art. 5º, inciso II, da CF/88, somente ela pode compelir os indivíduos a fazer ou a não fazer alguma coisa ou de impor restrições a direitos.

Assim sendo, a lei não pode estar em dissonância com os preceitos estabelecidos no texto constitucional. Em caso de incompatibilidade, formal (desconformidade quanto ao processo de elaboração da norma) ou material (desconformidade quanto ao conteúdo), entre leis e outros atos normativos com a Lei Fundamental, poderá o Poder Judiciário ser acionado para realizar o controle de constitucionalidade.

Nas palavras de Barroso, “a Constituição (...) é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsidiar validamente se for com ela incompatível.”⁷⁰

No intuito de garantir essa supremacia formal, ensina o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal:

a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinado a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade,

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.⁷¹

Constata-se, portanto, a importância de se realizar a verificação de adequação das leis e demais atos normativos com a Constituição por meio do controle de constitucionalidade, visto que a jurisdição constitucional, decorrência do princípio da supremacia da constituição, relava-se como verdadeiro instrumento para resguardar e promover os direitos fundamentais, assegurar o desenvolvimento e consolidação da democracia, assim como resguardar as regras impostas pelo texto da Lei Suprema.

Corroborando esse raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa e da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.⁷²

As medidas provisórias são atos normativos primários de caráter legislativo que se vale o Presidente da República e se revestem de força e eficácia imediata. Sua utilização se justifica e é importante em face de situações emergenciais e do perigo da demora que decorreria da prestação legislativa ordinária.

Apesar de seu caráter político, cuja avaliação é feita precipuamente pelo Chefe do Executivo, é notório que muitas vezes não são atendidos os pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Verifica-se, também, em diversas situações, ofensas quanto à matéria que as MP's poderiam tratar.

A Carta Cidadã não pode, jamais, ser submissa a vontades de seus agentes políticos. Qualquer desígnio deturpado, qualquer manifestação de desrespeito a seu texto deve ser juridicamente censurada, pois a supremacia de que se reveste a Constituição é a garantia de que não serão ofendidos os direitos e as liberdades, a independência e harmonia entre os poderes, e se os forem, haverá instituições para restabelecê-los.

⁷¹ Ibid., p. 109.

⁷² MENDES, op.cit., p. 1174.

Nesse diapasão, não há dúvidas quanto à possibilidade de as medidas provisórias, como ato normativo com força de lei que são, estarem sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

A redação original do art. 62 da Constituição de 1988 denotou certa regressão, porquanto não previu limites normativos materiais à edição de MP. Nesse sentido, muitos afirmavam que a medida provisória não estaria sujeita a qualquer restrição quanto ao conteúdo, pois o constituinte não o fez de forma expressa, como havia com o decreto-lei.⁷³

Apesar disso, a doutrina constitucionalista⁷⁴ e a jurisprudência desenvolveram argumentos, a partir da hermenêutica constitucional, no sentido de haver maiores restrições implícitas ao uso da medida provisória.

No que concerne a esse assunto, salienta-se dois julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), ambos decididos sob o manto das disposições originárias da medida provisória, isto é, antes da EC n. 32/2001: ADI n. 293-7/DF, relator Min. Celso de Mello, julgada em 06.06.1990 e ADI n. 2.348-9/DF, relator Min. Marco Aurélio, julgada em 07.12.2000.

Na ADI n. 293-7/DF, o STF decidiu no sentido de que seria vedado a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional. No caso, o Procurador-Geral da República propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar, do art. 1º e parágrafo único, da MP n. 190, de 31 de maio de 1990, em razão de tal norma ser “substancialmente idêntica a dos artigos 2º e 4º da MP n. 185, de 04 de maio de 1990”, rejeitada integralmente pelo Congresso Nacional.⁷⁵ Por unanimidade de votos, os Ministros do STF, deferiram a medida liminar e suspenderam, até o julgamento final da ação, a eficácia e a aplicação do conteúdo normativo dos artigos impugnados.

⁷³ MENDES, op.cit.

⁷⁴ Nesse sentido: MENDES, op. cit.; CLÉVE, op. cit.; AMARAL JÚNIOR, op. cit.; GRAU, op.cit.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-7/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 jun. 1990. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 16 abr. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>. Acesso em: 31 out. 2020.

Já no julgamento da ADI n. 2.348-9/DF, a Suprema Corte entendeu que a medida provisória editada não havia cumprido o pressuposto da urgência no caso de ampliação de prazo de isenção na Zona Franca de Manaus, deferindo medida liminar para suspender dispositivos da MP n. 2.037-24, de 23 de novembro de 2000.

Dentro desse contexto de não observância dos parâmetros traçados pela Constituição da República e a utilização, de certa forma abusiva, das medidas provisórias, o Congresso Nacional, por meio das emendas constitucionais (EC) n. 6 e 7, acrescentaram o art. 246⁷⁶ à CF/88, com redação atual dada pela EC 32/2001. Inclusive, esta Emenda n. 32 disciplinou de forma mais rigorosa a MP, posto que estabeleceu limitações expressas quanto a assuntos que não poderiam ser tratados por meio delas⁷⁷; proibiu a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo ou rejeitada⁷⁸; estabeleceu prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável (automaticamente) uma única vez por igual período, para deliberação pelo Congresso Nacional⁷⁹; por fim, definiu regras, em favor da segurança jurídica, de atos praticados no período de vigência de medida provisória, que continuarão sendo regidos por ela, até que o Parlamento edite decreto legislativo no prazo de até sessenta dias, após a rejeição ou perda de eficácia da norma.⁸⁰

Essas espécies de controle sobre as medidas provisórias são decorrentes do princípio da separação dos poderes. Considerando que o exercício do poder legiferante configura atribuição típica do Poder Legislativo, o uso de MP's deve ser exceção, e seu processo de conversão em lei subordina-se ao crivo soberano do Congresso Nacional.

O instituto previsto no art. 62 da CF/88 deveria ser utilizado em situações emergenciais e excepcionais, todavia, até os dias de hoje, verifica-se a utilização demasiada, o que gera questionamentos quanto à real necessidade do Poder Executivo se valer desse instrumento na prestação legislativa.

⁷⁶ “Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda (EC N. 32/2001), inclusive.”

⁷⁷ Art. 62, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁸ Art. 62, § 10, da Constituição Federal de 1988.

⁷⁹ Art. 62, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ Art. 62, §§ 3º e 11, da Constituição Federal de 1988.

Um dos pontos mais importantes a serem debatidos é no que tange ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu bastante nesse aspecto, pois no regime constitucional anterior rejeitava-se a competência do Poder Judiciário na apreciação dos pressupostos do decretos-lei.⁸¹

Já sob o regime da atual Carta Política, o STF, por meio da ADI-MC 162, julgada em 14-12-1989, DJ de 19-09-1997, rel. Min. Moreira Alves, entendeu ser cabível a apreciação pelo Judiciário dos pressupostos da urgência e relevância.⁸²

Assegurada, portanto, a possibilidade e a importância do controle de constitucionalidade em relação a medidas provisórias, Bandeira de Mello leciona no sentido de que:

(...) ao Supremo Tribunal Federal compete, a instância dos legitimados, fulminar medidas provisórias inconstitucionais, em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", c/c art. 103). Assim também, aos juízes e tribunais em geral cabe, *incidenter tantum*, recusar aplicação nos casos concretos a ato ou providência embasados em medida provisória ou em disposição dela complementar padecentes do vício de inconstitucionalidade.⁸³

O controle de constitucionalidade, repisa-se, é decorrência direta do princípio da supremacia formal da Constituição, ou seja, as leis e demais atos infraconstitucionais devem estar em consonância com as disposições constitucionais, pois estas são fundamento de validade daquelas. A incompatibilidade formal ou material de normas jurídicas infraconstitucionais frente ao texto da Lei Maior, gera a sua inconstitucionalidade.

A edição de medida provisória sem observância dos pressupostos de validade (relevância e urgência) acarreta a sua inconstitucionalidade formal. Por sua vez, a regulamentação de temas vedados pelo art. 62, § 1º, da CF, por exemplo, gera a inconstitucionalidade material. Segundo Clève:

“O controle jurisdicional das medidas provisórias, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) cabe, primeiro, um controle dos

⁸¹ Vide RE 62.739, RTJ, 44/54; RE 75.935, RTJ, 125/89.

⁸² MENDES, op. cit., p. 1012.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 136.

pressupostos de habilitação (se estão ou não presentes); (ii) cabe, depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) cabe, finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substancial, as normas e princípios adotados pelo Constituinte).⁸⁴

Como esmiuçado ao longo deste trabalho, a Constituição admite a edição de medidas provisórias quando as circunstâncias forem relevantes e urgentes e exigirem resposta legislativa imediata, não podendo aguardar o decurso do tempo, sob pena de ocorrer graves danos em caso de morosidade. Assim, neste capítulo imergiremos, sem o denodo de querer esgotar a reflexão sobre a matéria, no controle jurisdicional apenas em relação ao primeiro nível, ou seja, na análise da extensão da apreciação e valoração realizada pelo Judiciário em relação aos requisitos indispensáveis para a edição das medidas provisórias e qual o entendimento de nossa egrégia Corte Suprema.

3.1 Evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

José Levi Mello do Amaral Júnior explica que, “a medida provisória é lembrada, habitualmente, enquanto mecanismo de abuso de poder. Porém, é possível fazer raciocínio diverso, tomando-a como caso de limitação paulatina de poder”.⁸⁵ Prossegue o professor esclarecendo que a promulgação da Emenda Constitucional n. 32 consistiu em marco restritivo importante por parte do Congresso Nacional, bem como o progresso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “que se mostra cada vez menos tolerante com o excesso de medidas provisórias”.⁸⁶

Especificamente quanto à atuação da Suprema Corte brasileira, de fato há ampla atuação no que toca à verificação de compatibilidade e adequação entre o conteúdo da medida provisória com os princípios e as normas plasmadas na Carta Política. Não obstante, no que se refere ao controle dos pressupostos constitucionais da medida provisória, a atuação do STF poderia ser mais incisiva⁸⁷.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 140.

⁸⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder?* In: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil* (coordenador: Alexandre de Moraes), São Paulo: Atlas, 2009, p. 125 a 137.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ CLÈVE, 2010, p. 218.

Sob a égide da Constituição de 1967, o entendimento da Corte Suprema era no sentido de que os elementos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário⁸⁸, pois se considerava que incumbia, ao Presidente da República, a valoração política e discricionária dos requisitos para a edição do decreto de emergência.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, “em *leading case*, (...) admitiu o controle dos pressupostos da medida provisória, todavia apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, diante de abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente.”⁸⁹.

De todo modo, já havia Ministros que defendiam atuação mais firme da Corte. Na ADI 1441-2⁹⁰, o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido ao deferir a cautelar sob a justificativa de que não vislumbrava, na espécie, a urgência necessária para a edição da medida provisória. Seguindo a mesma linha, os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, em julgamento da ADI 1576-1⁹¹, ficaram vencidos, porquanto concederam a liminar por não verificarem a urgência no instrumental.

Explana Amaral Júnior que a orientação do STF segue na linha de admitir “o emprego de critérios objetivos, de ordem jurídico-temporal, para a demonstração (insista-se) objetiva – isto é – acima do subjetivismo próprio do juízo político – da eventual não ocorrência de urgência a legitimar a adoção da medida provisória.”⁹²

Mais recentemente, a Suprema Corte decidiu que apenas se assente a apreciação judicial do mérito dos pressupostos geradores da competência do

⁸⁸ Nesse sentido: RE 62731-GB (rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 23.08.67, RTJ 45:559); RE 62739-SP (rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 23.08.67, RTJ 44:54); RE 74096-SP (rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 13.06.72, RTJ 62:819).

⁸⁹ CLÈVE, 2010, p. 219.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.441-2/DF. Rel. Min. Octavio Gallotti. Brasília, DF, 28 jun. 1996. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 18 out. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347060>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576-1/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 abr. 1997. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 06 jun. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁹² AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 154.

Presidente da República em situações excepcionalíssimas, em que a ausência dos requisitos seja indubitável.

Nesse contexto, malgrado o Chefe do Executivo da União tenha a faculdade subjetiva de dar impulso ao ato legislativo extraordinário e de aquilatar a relevância e a urgência, a compreensão do Excelso Tribunal é de que essa avaliação não pode se dar de maneira indistinta e incontrolável, sem que o abuso da discricionariedade tenha possibilidade de ser reprimida pelo STF, o *judicial review*.⁹³

Questão interessante a ser abordada é na hipótese de não estarem presentes os elementos habilitadores e, ainda assim, o Congresso Nacional converter medida provisória em lei. Estaria prejudicado o exercício do controle jurisdicional?

Para Marco Aurélio Greco, “se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade que a atinge desde o momento da adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo.”⁹⁴

Nessa mesma linha, explica Eros Roberto Grau:

O processo legislativo, assim, consubstancia um procedimento, sendo peculiar desde a contaminação dos atos subsequentes pela invalidade dos antecedentes. Assim, desnudado o vício, quando tenha sido tomado por urgente, matéria que como tal não se caracterizava, entendo deva ser acionado o Poder Judiciário, a fim de que aprecie a questão. O vício, assim declarado pelo Poder Judiciário, contamina todos os atos subsequentes do procedimento, resultando ineficaz a sua pretendida convalidação, que se teria consumado no momento em que o Congresso Nacional tenha acatado a medida provisória.⁹⁵

Nota-se, então, que a existência de lei de conversão não tem o condão de sanar eventuais vícios de inconstitucionalidade contidas na medida provisória de origem.

⁹³ Esse controle pode e deve ser realizado, também, e principalmente, por cada uma das Casas do Congresso Nacional, que, antes de avaliar o mérito da medida provisória, deverá exercer juízo prévio de admissibilidade quanto à existência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, conforme prescreve o § 5º do art. 62 da CF/88.

⁹⁴ GRECO, op. cit., p. 48.

⁹⁵ GRAU, op. cit., apud. CLÉVE, op. cit., p. 235-236.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão gerou dissensões na ADI 3.289-5⁹⁶, na qual o Tribunal julgou improcedente a ação e convalidou os vícios referentes aos requisitos de relevância e urgência. Na ocasião, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio divergiram dos demais, sustentando que os vícios da medida provisória eivam a lei de conversão. Nas palavras do Ministro Velloso, “o que nasce ilegítimo, inconstitucional, nasce morto.”

Debatendo sobre o assunto em outras ações, os Ministros da Suprema Corte brasileira reviram a jurisprudência anterior e consolidaram o entendimento de que “a conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. (ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 4.049-MC, Rel. Min. Ayres Britto; ADI 4.048- MC, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 2.527-MC, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI 1.910-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).”⁹⁷

Enfrentando a matéria, elucidativo o teor da ementa da ADI 3.090-6⁹⁸, Rel. Min. Gilmar Mendes, que segue abaixo transcrita:

EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n.º 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis n.ºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 2. Medida Provisória convertida na Lei n.º 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão**

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3289-5. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 mai. 2005. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 03 fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 03 mai. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.090-6. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 out. 2006. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 26 out. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491802>. Acesso em: 12 nov. 2020.

prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. (...) (grifo meu)

Nos tópicos seguintes serão ilustrados dois casos emblemáticos e paradigmas relativos ao atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade do exame jurisdicional, especificamente, em relação aos pressupostos habilitantes de medida provisória, inclusive após convertida em lei. Não se avaliará, portanto, os aspectos materiais de mérito dos acórdãos, por fugir do propósito deste artigo.

3.1.1 Med. caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0⁹⁹ - Distrito Federal

Essa ação direta, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), visava a atacar a Medida Provisória n. 2.027-38/2000, que alterava o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) e da Lei da Reforma Agrária (Lei n. 8.629/93).

Originalmente, as partes ajuizaram, separadamente, ADI em face da medida provisória que alterou dispositivos dos diplomas supramencionados. Por terem objetos semelhantes, as ações foram reunidas. Almejavam, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da parte do ato legislativo que autoriza a vistoria para fins de reforma agrária após dois anos da desocupação da propriedade dos imóveis rurais invadidos por movimentos sociais envolvidos em conflitos agrários e fundiários.

A ADI foi proposta durante o governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso por entender que havia abusos na edição de MP's, dentre outros motivos. Os requerentes alegavam que, além de a MP se revelar materialmente inconstitucional, não estariam presentes no momento de sua edição os requisitos da relevância e da urgência, prescritos no art. 62 da Constituição Federal.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213-0/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04 abr. 2002. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 23 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 12 nov. 2020.

De início, proferindo seu voto, o Ministro Relator Celso de Mello externou sua preocupação com o elevado número de medidas provisórias editadas pelos sucessivos Chefes do Poder Executivo Federal, comprometendo, assim, o princípio da separação dos poderes, e transformando uma competência legislativa extraordinária em ordinária. Esclarece o Ministro:

nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisória, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

O Relator argumentou que, não obstante caiba ao Presidente da República a avaliação e o juízo inicial no que tange aos pressupostos constitucionais, estes estão sujeitos, ainda que de maneira excepcional, ao crivo do Poder Judiciário. E arremata seu raciocínio afirmando que a possibilidade do debate jurisdicional se baseia na necessidade de impedir que o Chefe do Executivo, ao editar MP's, recaia em excesso de poder ou em cenário de patente abuso institucional.

Acompanhando esse minucioso e denso voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, os Ministros da Corte Suprema, por unanimidade de votos, indeferiram a liminar sob o prisma do vício formal.

3.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330¹⁰⁰ - Distrito Federal

Tratou-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), à qual foram anexadas, por possuírem idêntico objeto, a ADI 3314 e ADI 3319, propostas pelo partido Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (FENAFISP), respectivamente. Em relação à última, fora considerada, por

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 03 mai. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 12 nov. 2020.

unanimidade, a ilegitimidade da entidade para propor ação de fiscalização abstrata de constitucionalidade, todavia sendo aceita sua participação como *amicus curiae*.

Questionava-se a Medida Provisória n. 213/2004, convertida na Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI e passou a regular a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior.

Sem o escopo de (reitera-se), neste trabalho, adentrar e perscrutar o mérito da questão e, visando analisar estritamente os aspectos formais, os requerentes alegavam que a referida MP fora editada sem observar os pressupostos constitucionais de urgência e relevância, em clara ofensa ao artigo 62 da Carta Magna, bem como ao princípio da separação dos Poderes, o que caracterizava, por parte do Presidente da República, usurpação legislativa, pois ausente o “estado de necessidade legislativo”, o que eivava, também, a lei em que foi convertida o ato normativo efêmero.

Em seu voto, o Ministro Relator Ayres Britto, afirmou que aderira a jurisprudência da Corte para seguir a orientação de que a conversão de medida provisória em lei não afasta o controle jurisdicional no que diz respeito aos requisitos autorizadores de utilização da medida provisória, que neste caso, segundo Sua Ex.^a, estavam presentes, tendo, portanto, afastado a preliminar arguida. Nesse ponto especificamente, esclarecedora a fundamentação do Min. Gilmar Mendes, asseverando que:

Sem excluir a possibilidade de divergência nesta Corte, relativa à prejudicialidade do exame dos pressupostos de admissibilidade de medida provisória convertida em lei, entendo, na linha do precedente transcrito acima, que o vício inicial da MP não pode ser convalidado por eventual conversão em lei, uma vez que os pressupostos de relevância e urgência devem se fazer presentes na oportunidade da edição do ato normativo pelo Presidente da República. O Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento no sentido de que os vícios formais contidos na Medida Provisória não são convalidados pela sua conversão em lei.

Por fim, cumpre assinalar a posição do Ministro Marco Aurélio, que se valendo dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmou que o vício

originário, quanto à edição da medida provisória, contamina a lei de conversão. Em síntese, a lei de conversão é válida, se válida for a medida provisória.

Verifica-se, assim, que o entendimento assentado em julgamentos anteriores foi ratificado pelos Ministros nessa ADI, no exame da preliminar acerca dos requisitos constitucionais de relevância e urgência, na linha de que a conversão em lei não sana os vícios formais insertos na medida provisória originária.

Ao final do julgamento, no mérito, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ADI, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou em sentido contrário, isto é, pela inconstitucionalidade da norma que institui o PROUNI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, o princípio da separação de poderes foi tomando novas acepções, pois a ideia inicial de divisão rígida das funções estatais se mostrou obsoleta. Diante do crescimento vertiginoso das demandas políticas, econômicas e sociais, o Estado contemporâneo precisou adotar soluções rápidas, eficientes e eficazes para lidar com situações emergenciais.

Como se sabe, ao Legislativo compete, primordialmente, a atividade legiferante. No Brasil, o processo legislativo ordinário é, em geral, bem moroso, o que pode ocasionar danos de difícil ou impossível reparação. Dessa maneira, foi outorgada pela própria Constituição a descentralização legislativa, conferindo ao Poder Executivo, a possibilidade de legislar para a adoção de providências em ocasiões excepcionais.

Foi possível constatar que o emprego de medidas provisórias não é, necessariamente, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito. Todavia, é importante que o arcabouço jurídico preveja rigorosos limites e disponibilize garantias de que o exercício da função normativa primária pelo Presidente da República não resulte na usurpação da atribuição basilar de legislar que incumbe ao Congresso Nacional.

Dentre outras formas que o Chefe do Executivo pode dar início ao processo legislativo, a atual Constituição brasileira previu, em seu art. 62, a competência para adotar medidas provisórias com força de lei em casos de relevância e urgência.

Ao longo da história brasileira, o Poder Executivo, por meio dos decretos-lei (antecessor da medida provisória), valeu-se dessa espécie normativa muitas vezes de maneira abusiva e sem observar os limites constitucionais.

Na redação original da Constituição Federal de 1988, antes da emenda constitucional 32/2001, as medidas provisórias não possuíam qualquer limite material e nem quanto ao número de reedição. Dessa maneira, o que era para ser utilizado de forma excepcional, para fazer frente a situações extraordinárias, urgentes e imprevistas, virou a regra.

O poder exercido pelos governantes, sem quaisquer tipos de controle e restrições, fere a prática efetiva dos direitos e garantias fundamentais, bem como desestabiliza a manutenção e consolidação da democracia. A estrita sujeição à legalidade jurídica e a submissão dos Poderes, das instituições e de seus agentes públicos às regras determinadas pela Constituição da República devem ser absolutamente respeitadas.

No sistema jurídico brasileiro, o que legitima a edição da legislação de emergência é a presença de uma circunstância excepcional de necessidade que permite o Presidente da República adotar providências imediatas, de natureza normativa, em virtude do perigo da demora que decorreria em caso de não haver prestação legislativa tempestiva.

A despeito do caráter discricionário e político na avaliação dos pressupostos constitucionais por parte do Executivo, está consolidado o entendimento que, além do controle realizado pelo Parlamento, é possível a apreciação judicial. A jurisprudência da Suprema Corte firmou a orientação no sentido de que cabe, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade sobre os requisitos de relevância e urgência.

Frisa-se que o fato de o Presidente da República ser a autoridade que avalia a conveniência, a oportunidade e a necessidade de exercer essa atribuição,

não afasta o dever de o Judiciário, caso acionado, apreciar e valorizar objetivamente o cumprimento dos pressupostos exigidos na Lei Maior.

Nem mesmo a superveniência da conversão de medida provisória em lei, sem a observância dos elementos autorizadores da competência presidencial, não repele o controle de constitucionalidade, pois a aquiescência do Legislativo não tem o condão de convalidar o vício formal.

Absurdo se cogitar qualquer imunidade jurisdicional que excluísse o exame de urgência e de relevância, visto que isso implicaria numa expansão ilimitada do poder de editar medidas provisórias (atestando, inclusive, a utilização abusiva dessa competência extraordinária), afrontando diretamente as disposições constitucionais.

Em sua apreciação, o Tribunal deve observar se há conexão nos preceitos da medida provisória com as circunstâncias justificadas como relevantes e urgentes pelo Presidente, isto é, entre o conteúdo do ato legislativo com força de lei e a situação que demandou intervenção normativa imediata, e agir de maneira mais contundente quanto à efetiva existência dos aspectos formais ensejadores da edição da MP.

A importância desse tipo de atuação vai muito além do simples controle das providências legislativas adotadas pelo Presidente da República. O que se busca, também, é o desenvolvimento e a consolidação do regime democrático, pois o poder incondicional e absoluto exercido pelo governante, sem quaisquer tipos de restrições e controles, atenta contra as liberdades e garantias fundamentais, bem como fere o princípio da separação dos poderes.

Portanto, os atos estatais que ferem às disposições constitucionais devem ser veementemente condenados e expurgados do ordenamento jurídico pelos órgãos competentes, pois não são revestidos de nenhuma validade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. *A Teoria Lockeana da separação de poderes*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: a Constituição foi capaz de limitar o poder?* In: Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil (coordenador: Alexandre de Moraes), São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Medida Provisória: edição e conversão em lei: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 3. ed. Revista. São Paulo: Moderna, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Fabesp, 1998.

BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. *Considerações sobre a Teoria dos Freios e Contrapesos (Checks and Balances System)*. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. *O uso das medidas provisórias no estado democrático de direito brasileiro: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo*. Volume 1. Florianópolis, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83939/181697.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: outorgada em 10 de novembro de 1937. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 293-7/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 06 jun. 1990. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 16 abr. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576-1. Requerente: Partido Liberal - PL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 abr. 1997. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 06 jun. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.150-8/DF. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 11

set. 2002. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 29 nov. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375341>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.332-2/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 05 set. 2001. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 02 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347548>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.527-9/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 16 ago. 2007. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 22 nov. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.090-6. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 out. 2006. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 26 out. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491802>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.289-5/DF. Requerente: Partido da Frente Liberal - PFL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 5 mai. 2005. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 03 fev. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363355>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requerente: Democratas. Requerente: Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 03 mar. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 21 mar. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA – ASIBAMA Nacional. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 08 mar. 2012. *Diário [de] Justiça Eletrônico*. Brasília-DF, 27 jun. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J... [et. al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DE CICCIO, Cláudio. GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-veigieur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991.

LEITE, George Salomão. STRECK, Lenio. NERY JUNIOR, Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Clarice Gomes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *O mito da separação de poderes e a necessidade real da legislação delegada*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 113, p. 149-186, jul./dez, 2016

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 4. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In: *A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Conjunto de palestras proferidas no Fórum Jurídico – Aspectos Polêmicos da Nova Ordem Constitucional – realizado em Minas Gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.