

FUNÇÃO LEGISLATIVA EXERCIDA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA POR MEIO DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

HOW THE PRESIDENT GETS LEGISLATIVE POWER BY EDITING PROVISIONAL MEASURES

André Luiz dos Santos Nakamura¹

Sumário

1. Origem da medida provisória. 2. O descontrole na edição de medidas provisórias decorrente das reedições e da ausência de observância dos requisitos para sua edição. 3. Dos requisitos para a edição de uma medida provisória: relevância, urgência e reversibilidade dos efeitos. 4. A emenda 32/2001: a restrição para ampliar. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Origin of provisional measure. 2. The uncontrolled issuing of provisional measures resulting from reissues and lack of requirements compliance for editing. 3. Regarding the requirements for and issue of provisional measures, relevance, urgency and reversibility of effects. 4. Amendment 32/2001: restriction to extend. 5. Final remarks. References.

Resumo

A medida provisória, um instituto importado do direito italiano, destinado a ser somente um expediente extraordinário para casos urgentes, transformou, na prática, o Presidente da República em Legislador, causando grave ofensa ao princípio da separação dos poderes.
Palavras-chave: Separação poderes. Medidas provisórias

Abstract

The provisional measure, an institute imported from the Italian law, only for extraordinary urgent cases, turned the President into a Legislator, causing serious harm to the principle of separation of powers.
Key words: Power separation. Provisional measures

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito pela PUC-SP.

1 Origem da medida provisória

A Constituição de 1988 extinguiu o Decreto-lei da ordem constitucional passada e acabou criando um instrumento que serviu para consolidar a concentração da função legisladora nas mãos do Presidente da República, apequenando a função do Poder Legislativo que se tornou um mero homologador das decisões unilaterais e unipessoais tomadas pelo Chefe do Poder Executivo.

A criação das medidas provisórias na ordem jurídica nacional foi fruto da importação de um instituto de outro ordenamento jurídico sem se atentar às diferenças entre a ordem jurídica de origem do instituto e a ordem jurídica que seria implementada no Brasil. As medidas provisórias vieram da Constituição italiana, de 27 de dezembro de 1947, que previu os *decreti-leggi in casi straordinari di necessità e d'urgenza* (art. 77). Entretanto, a Itália adota o Parlamentarismo e o Brasil o Presidencialismo. A adoção das medidas provisórias em um sistema presidencialista é totalmente inadequada, pois ocasiona uma concentração de poder, incompatível com o princípio da separação dos Poderes, nas mãos do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido é a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar. Quando ocorrem crises legislativas, o modo de solucioná-las é dissolver a Câmara dos Deputados ou promover a queda do gabinete. Nesse país, tais crises são desencadeadas pelo impasse entre o Executivo e o Legislativo, motivando rejeições, como aquela que provocou a derrocada de um dos gabinetes do Primeiro-Ministro Fanfani. Daí a medida provisória ajustar-se às conveniências do Parlamentarismo, jamais ao sistema presidencial.²

Assim, importou-se um instituto que se mostrou totalmente inadequado ao nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale a pena transcrever as palavras de Márcia Garcia Corrêa de Azevedo:

As medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde da nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células saudáveis, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até nome de vírus – *provvedimenti provvisori (com forza di lege)*³.

2 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 983.

3 AZEVEDO, Márcia Garcia Corrêa de. *Prática do processo legislativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 178.

2 O descontrole na edição de medidas provisórias decorrente das reedições e da ausência de observância dos requisitos para sua edição

Contudo, se fosse o instituto da medida provisória corretamente aplicado como previsto originalmente pelo constituinte, não teria sido uma experiência tão ruim. Entretanto, por razões de *governabilidade* e em razão da timidez do Poder Judiciário em analisar com firmeza os pressupostos de sua edição, permitiu-se ao chefe do Poder Executivo legislar sem ter que negociar com o Congresso Nacional, em manifesto prejuízo da democracia. Nesse sentido é a conclusão de Paulo de Barros Carvalho:

A experiência brasileira com esse instituto, ao menos até o advento da falada Emenda n. 30/2001, não foi das mais auspiciosas. De modo indireto, o Chefe do Executivo tolheu, ao meu entender abusivamente, legítimas prerrogativas do Parlamento, que não pôde exercer a faculdade de rejeitar, por omissão, as medidas provisórias que lhe eram encaminhadas. esgotado o tempo de vigência, o Presidente da República reeditava a medida, tantas vezes fossem necessárias para sustar a irremediável perda *ex tunc* de sua eficácia, expediente que comprometia a dinâmica prevista pela Constituição de 1988⁴.

A medida provisória é um ato normativo primário que inova imediatamente a ordem jurídica. Entretanto, não pode ser um substituto para a lei, a qual deve ser editada pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, a doutrina alerta que “as medidas provisórias são, portanto, instrumentos de uso excepcionalíssimo, uma vez que propiciam o afastamento *pro tempore* do princípio da separação dos Poderes⁵”.

Entretanto, a prática, referendada pelo STF⁶, acabou transformando a medida provisória em um instrumento ordinário de legislação pelo Presidente da República. Os requisitos para a sua edição (relevância e urgência) foram totalmente desconsiderados pelo Presidente. O Judiciário, a princípio, se recusava a analisar a

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 982.

6 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 18 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.925-5. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, CAPUT; 37, CAPUT, E 62, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. Os dispositivos em referência, ao atribuírem aos órgãos de trânsito o registro de ônus reais sobre veículos automotivos de qualquer espécie, não ofendem as normas constitucionais indicadas. Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são de apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário. Entendimento assentado na jurisprudência do STF. Medida cautelar indeferida. (STF - ADI 2150 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2000, DJ 28-04-2000 PP-00071 EMENT VOL-01988-02 PP-00273).

presença dos requisitos de relevância e urgência. Ademais, começou o Executivo a reeditar as medidas provisórias que não eram apreciadas pelo Legislativo, mais uma vez com o beneplácito do STF⁷. Assim, houve um total desvirtuamento do instituto, instaurando-se a figura do Presidente Legislador. Sobre o assunto, assim se pronunciou Manoel Gonçalves Ferreria Filho:

Ao pé da letra, tratava-se de uma legislação provisória, em casos em que a urgência e a relevância se somassem, que, não sendo convertida em lei no curto prazo de trinta dias, perderia eficácia retroativamente. E isto, em princípio, importaria no desfazimento dos atos com base nela praticados, a menos que o Congresso Nacional expressamente dispusesse em contrário [...] Entretanto, a prática deformou o instituto. Realmente, por um lado, o Supremo Tribunal Federal veio a admitir a reprodução, ou reedição, da medida provisória que, não tendo sido convertida em lei no prazo de trinta dias, não fora expressamente rejeitada pelo Legislativo. Isto levou à multiplicação das medidas provisórias que eram convalidadas por subsequentes, passando-se anos até que apreciadas pelo Congresso Nacional. Mesmo porque o Executivo muito apreciou a facilidade em “legislar” que assim adquirira. Para nem falar da possibilidade de, na reedição, alterar a seu bel-prazer o texto primitivo⁸.

Para que seja respeitado o princípio da separação dos Poderes, é necessário que sejam rigorosamente observados os requisitos para a edição das medidas provisórias. A regra é a edição de lei para regulamentar os interesses da nação. A medida provisória somente deve ser editada em caráter excepcional, não podendo o Presidente da República substituir o Poder Legislativo em suas funções, tal como tem acontecido. Somente em situações realmente excepcionalíssimas pode o Presidente adotar medidas provisórias. Nesse sentido é a lição da doutrina:

A justificativa para o Presidente da República editar medidas provisórias, com força de lei, 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 legislativa⁹.

7 Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIns 295-DF, 1.397-DF, 1.516-RO, 1.610-DF, 1.135-DF II. - Requisitos de relevância e urgência: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. (RE 217162, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 14/12/1998, DJ 26-02-1999 PP-00017 EMENT VOL-01940-03 PP-00582)

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.238-239.

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 982.

Nem se diga que não faz diferença a edição de medida provisória e a edição de lei. Esta resulta de um processo democrático no qual dois diferentes poderes, antes de sua entrada em vigor, podem debater-lo, aprimorar seu conteúdo, inclusive com a conseqüente aprimoramento de seu conteúdo; ademais, os debates parlamentares, como são públicos, permitem o conhecimento prévio do conteúdo da lei antes mesmo do início de sua vigência. A medida provisória, ao contrário, nasce de uma vontade única, sem que qualquer pessoa do povo possa tomar conhecimento do seu conteúdo antes de a mesma inovar na ordem jurídica. Conforme o que se disse é a lição de Roque Antonio Carraza:

De fato, a lei ordinária, como vimos, submete-se a um processo de elaboração complexo que exige a coparticipação de, pelo menos, dois Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo). Ademais, antes de ela entrar em vigor e produzir efeitos, seu *conteúdo* é amplamente discutido (e não raro, conhecido pela opinião pública). Isto obviamente não se dá com a medida provisória, que brota de chofre, no silêncio dos gabinetes, da vontade isolada e, por vezes, *imperial* do chefe do Executivo¹⁰.

3 Dos requisitos para a edição de uma medida provisória: relevância, urgência e reversibilidade dos efeitos

Os requisitos explicitamente previstos pela Constituição para a edição de uma medida provisória é que exista relevância e urgência. Trata-se de dois conceitos indeterminados que, contudo, podem ser aferidos quando manifesta sua inoportunidade. Nesse sentido nos ensina José Afonso da Silva que “a caracterização da urgência fica muito na dependência do critério subjetivo do Presidente da República, mas, diante da evidência de sua inoportunidade, pode ser objeto de apreciação¹¹”. Assim, o Poder Judiciário se recusou, a princípio, a examinar os pressupostos de admissibilidade das medidas provisórias¹². Na verdade, até mesmo medidas provisórias com manifesta ausência dos pressupostos para sua edição foram aceitas passivamente pelo Poder Judiciário, causando a desenfreada edição de medidas provisórias. Nesse sentido é a crítica da doutrina sobre a omissão do Poder Judiciário:

10 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 292-293.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 533-534.

12 “Por outro lado, em princípio o Supremo Tribunal Federal recusava-se a examinar a ocorrência das condições de relevância e urgência, em que via questões políticas, de apreciação discricionária e subjetiva”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.238.

O Poder Judiciário, de seu turno, nem sempre correspondeu às expectativas dos cientistas do Direito e, por uma série de motivos – entre os quais certamente figura o da *governabilidade* José Afonso da acabou aceitando medidas provisórias que, *venia concessa*, não se encaixavam nos moldes constitucionais¹³.

Os pressupostos da *relevância* e da *urgência* já existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los, para julgar inconstitucionais medidas provisórias que não atendessem a eles, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República¹⁴.

Contudo, recentemente, o STF analisou e declarou inconstitucional uma MP que alterava o CPC, introduzindo uma nova modalidade de medida provisória, conforme decisão abaixo:

EMENTA: Ação rescisória: arguição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando “a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial”: preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. 2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de

13 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

14 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 451.

medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada. 3. A igualdade das partes é imanente ao “due process of law”; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. No caminho da efetivação do due process of law - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil. (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004, DJ 27-02-2004 PP-00019 - Ementvol-02141-02 PP-00408).

Assim, parece que, agora, podemos esperar que o Judiciário exerça algum tipo de controle sobre os pressupostos de edição das medidas provisórias¹⁵. Vamos, então, analisar os pressupostos para a edição da medida provisória.

15 Mais um exemplo de que o Judiciário está tomando uma posição mais rígida na análise dos pressupostos de edição de medidas provisórias é o voto do Ministro Celso de Mello: “A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). 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”. (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296).

O primeiro pressuposto seria a *relevância*. Essa é uma relevância maior do que a simples relevância que qualquer interesse público possui. Nesse sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello que nos ensina que “não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é relevante¹⁶”. Assim, a relevância seria a presença de interesse de notória importância, somente presente em casos excepcionais e não relativos ao cotidiano do serviço público e que mereça atendimento pronto, sem poder aguardar, sequer, a tramitação normal do processo legislativo. Nesse sentido colaciono a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

Quando ouvimos a voz *relevância*, o primeiro sinal que nossos órgãos sensoriais captam é *importância*. Portanto, medidas provisórias só podem ser editadas ante situações graves, de notória importância, perante interesses invulgarmente importantes. Não é todo e qualquer assunto que exige a expedição delas. Só se justificam em casos excepcionais, muito graves, que demandem providência imediata, sem a qual o interesse social legítimo pode perecer. Servem para suprir ou amenizar – momentaneamente – situações de enorme risco e gravidade reconhecida¹⁷.

O segundo requisito seria a *urgência*. Sobre esta, o entendimento mais aceito é que somente se pode reputar urgente uma matéria para ser objeto de medida provisória se não for possível aguardar a tramitação de projeto de lei em regime de urgência perante o Congresso Nacional. Nesse sentido é a lição de Roque Antonio Carraza:

Amarrada essa sofismável premissa, podemos dizer, sempre com apoio na Constituição, que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por meio de lei ordinária¹⁸.

Por fim, outro requisito não expressamente previsto na Constituição, decorrente da própria natureza precária da medida provisória, seria a *reversibilidade dos efeitos* dela decorrentes. A medida provisória é um instrumento normativo precário e provisório. Logo, em qualquer situação em que, cessados os efeitos de sua normatividade por sua não conversão, não se possa retornar ao *status quo*

16 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

17 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 987.

18 Carraza, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 278.

ante, sem qualquer prejuízo reversível a qualquer pessoa, impossível se apresenta a edição de medida provisória. Apesar de não ser requisito expresso, é amplamente aceito pela doutrina, conforme as palavras de Roquer Antonio Carraza: “Pensamos, outrossim, que a medida provisória só cabe em casos excepcionais, que admitam, se ela for rejeitada, o retorno ao *status quo ante*, sem maiores transtornos ou prejuízos, para quem quer que seja”¹⁹. No mesmo sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Logo, não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também, e por igual razão, não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas, já que supressão é ato de caráter definitivo, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias²⁰.

Somente com a fiscalização rígida dos pressupostos para a edição das medidas provisórias pode-se permitir a convivência do instituto com o princípio da separação de poderes, bem como preservar as instituições que garantem a permanência do regime democrático no Brasil, evitando-se que o Poder legiferante fique concentrado somente nas mãos do Presidente da República, transformando o Poder Legislativo em mero apreciador das medidas provisórias encetadas pelo Poder Executivo e ensejando o desvirtuamento das funções de um dos Poderes da República²¹. Nesse sentido é o voto do Ministro Celso de Mello:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. 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,

19 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 282.

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 22ª edição, 2007, p. 127.

21 As palavras de Paulo de Barros Carvalho ilustram bem a questão: “Aquilo que devemos evitar, como singela homenagem à integridade de nossas instituições, é que tais requisitos sejam empregados acriteriosamente, sem vetor de coerência, de modo abusivo e extravagante, como acontecera com o decreto-lei. São símbolos jurídicos que padecem de anemia semântica, com sentidos difusos, mas não deixam por isso de ter uma significação de base, um *minimum* que nos habilita a desenhar o quadro possível de suas acepções. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64).

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. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes”. (ADI 2213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENT VOL-02148-02 PP-00296).

A função de legislador tem sido exercida, de fato, pelo Presidente da República. De 5/10/1988 até a data de promulgação da Emenda 32/2001 (20/09/2001, foram editadas e reeditadas 6.130 medidas provisórias. Após a Emenda 32, foram editadas 452. Assim, num período de aproximadamente 20 anos, foram editadas 6.582 medidas provisórias²². Isso representa mais de 27 medidas provisórias por mês. Tal fato ocasiona um permanente estado de insegurança, pois proliferam, em montes, instrumentos normativos que alteram o ordenamento jurídico ao bel prazer do detentor do mandato presidencial. Tal fato transforma o Estado brasileiro não em um Estado onde se dá o “governo das leis”; o que há, no Brasil, é o governo do ocupante do cargo de Presidente da República, reduzindo o Poder Legislativo em mero homologador da vontade Presidencial. Nesse sentido é o alerta do deputado e doutrinador Ricardo Fiuza:

[...] o Estado de Direito é, antes de mais nada, uma construção flexível mas estável que atenda às circunstâncias da evolução histórica de cada país, calcado no preceito de que a lei vale para todos igualmente, mas vale sobretudo para o Estado, tanto quanto para o cidadão. Mas quando, a seu talante arbítrio, o Estado pode modificar todas as leis, o Estado de Direito se transforma não no “governo da lei”, que se contrapõe ao “governo dos homens”, mas no governo dos legisladores, e passa a constituir uma aberração da ordem jurídica democrática. Se a isso acrescermos os novos institutos jurídicos criados a partir da Carta discricionária de 1937, com os decretos-

22 Informações extraídas do site: planalto.gov.br e também da obra de Pedro Lenza. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 371-372.

leis promanados do Executivo, restaurados na Carta autoritária de 1967 e recepcionados pela Constituição democrática de 1988, por meio de outro instituto ainda mais arbitrário, que são as medidas provisórias, facilmente somos obrigados a constatar que a lei já não é só a manifestação soberana do Legislativo, com o assentimento indispensável do Executivo, mas a emanção, na maioria das vezes, de uma só vontade, que, acima de todas as conveniências, exprime, enquanto não aprovada, não só o traço característico da insegurança jurídica, mas também do arbítrio, legal sem dúvida, mas ilegítimo, de um só poder do Estado, encarnado na figura tornada onipotente de um só titular²³.

4 Da emenda 32/2001 – a restrição para ampliar

Pode-se argumentar que, com a reforma promovida pela emenda 32/2001, colocou-se um fim ao abuso perpetrado pelo Executivo com o mau uso das medidas provisórias. Entretanto, não é o que efetivamente ocorreu.

Na verdade, todos os pontos ditos como positivos foram falsas conquistas. A tão aludida proibição de reedição não foi conquista conseguida pela Emenda 32. Nunca foi permitida a reedição de medidas provisórias. O que existia era uma prática tolerada pelo Judiciário e pelo Legislativo que foi, agora, regulamentada, permitindo-se somente uma reedição. Ou seja, o que não era permitido o foi agora, somente com algumas restrições. Nesse sentido foi o alerta de Roque Antonio Carraza:

Para tornar mais atraente a “reforma”, o mesmo *constituente derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos “pretensos obstáculos” porque os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituente originário*, eram totais (*v.g.*, a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *inertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma forma ardilosa de, restringindo, ampliar²⁴.

Contudo, a mais absurda disposição dada pela Emenda 32/2001 é a constante do § 11 do art. 62 da Constituição. Este reza que, caso a medida provisória seja rejeitada e o Congresso Nacional não disciplinar as relações dela

23 FIUZA, Ricardo. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XXV.

24 CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 275

decorrentes, estas conservar-se-ão regidas pela medida provisória rejeitada. Como discorre Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Ocorre, portanto, uma presunção a favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas pela medida provisória... há nisto uma profunda modificação relativamente ao que resultava do texto primitivo. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram validos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isto no prazo de sessenta dias mencionado²⁵.

Trata-se do retorno do regime aplicado ao antigo decreto-lei. Os efeitos de uma medida provisória rejeitada serão válidos, *salvo se o Congresso expressamente dispuser em sentido contrário*. Nesse sentido é lição de Alexandre de Moraes e de Pedro Lenza respectivamente:

A inércia do Congresso Nacional no exercício de sua competência acarretará a conversão dos tradicionais efeitos *ex tunc* (retroativos), decorrentes da rejeição de medida provisória, para efeitos *ex nunc* (não retroativos). trata-se, pois, de *envergonhado retorno* aos efeitos não retroativos decorrentes da rejeição expressa do antigo Decreto-lei²⁶.

Ora, se a perda dos efeitos é *ex tunc*, como dizer que as relações jurídicas conservar-se-ão regidas pela extinta MP? *Data máxima vênia*. Trata-se de verdadeiro resgate do autoritário decreto-lei, que permitia a sua aprovação por decurso de prazo. Aqui diz-se que a não apreciação (decurso de prazo) implica a perda da eficácia *ex tunc*. Mas inexistindo o decreto legislativo, as relações serão regidas pela extinta medida provisória!²⁷.

Talvez a única reforma introduzida pela Emenda 32/2001 que mereça aplausos foi a inserção do § 5º do art. 62. Segundo tal dispositivo, deve o Congresso Nacional, por meio de cada uma das suas Casas a examinar, previamente, o atendimento dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias. Segundo José Afonso da Silva, “o *juízo prévio de admissibilidade* de discussão do mérito das medidas provisórias não é uma mera faculdade do Congresso Nacional, e tem

25 FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.243

26 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1190.

27 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 377.

que ser expressamente emitido”²⁸. Assim, caso o Congresso cumpra sua função constitucional, pode ser que as medidas provisórias exerçam somente a função originariamente prevista para elas.

5 Considerações finais

A medida provisória foi produto da importação de um instituto que somente se adaptava ao regime parlamentarista. Tal fato, aliado à inércia do Poder Judiciário e do Poder Legislativo em analisar os requisitos de sua edição, bem como a prática flagrantemente inconstitucional de reedição, ocasionou uma concentração do Poder de legislar no Presidente da República. A Emenda 32/2001, ao contrário do que foi propalado por muitos, significou, somente, uma legitimação das práticas flagrantemente inconstitucionais que até então vinham sendo feitas.

Referências

- AZEVEDO, Márcia Garcia Corrêa de. *Prática do processo legislativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIÚZA, Ricardo. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Recebido em 14/04/2011

Aceito para publicação em 08/08/2011

28 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.