

# MEDIDA PROVISÓRIA\*: UMA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE IMPERIAL DO PODER EXECUTIVO À LUZ DE UMA ANÁLISE CRÍTICA DA EC 32

Por IVO DANTAS\*\*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: BREVE HISTÓRICO DA EC 32/2001.—2. FILOSOFIA DA EMENDA 32/2001.—3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM ALGUNS MODELOS ESTRANGEIROS: ITALIANO E ESPANHOL.—4. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CF/88 E NA EC 32/2001.—5. PRESSUPOSTOS DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA: A) A expressão «Força de Lei».—6. BREVES CONCLUSÕES.—7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## RESUMO

O texto trata o instituto das *Medidas Provisórias* muito mais sob uma perspectiva de interpretação crítica do que à luz da legislação que as regula.

*Palavras chaves:* Medidas Provisórias; Filosofia da EC 32; MP, sistemas italiano e espanhol; Urgência e Relevância; Força de Lei.

---

\* A expressão *Medida Provisória* corresponde em castellano, ao que em Espanha chama-se «decretos de necesidad» o «decretos de necesidad y urgencia», enquanto na Itália se conhece como «decretos-leyes», ou seja, categoria tipicamente de direito público. No Brasil, de 1937 admitiu-se a expressão de Decreto Lei, e a Constituição de 1946 também. A Constituinte de 1987-1988 substituiu a expressão, mas não resolveu o espírito imperial que no Brasil ela é possuidora.

\*\* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife — UFPE. Doutor em Direito Constitucional — UFMG. Livre Docente em Direito Constitucional — UERJ. Livre Docente em Teoria do Estado — UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México). Miembro del Consejo Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife — UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno — Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. Juiz Federal do Trabalho — (aposentado). Advogado e Parecerista.

## RESUMEN

El estudio versa sobre la regulación de la nueva regulación de las medidas provisionales en Brasil, más desde una perspectiva crítica que desde una perspectiva estrictamente legislativa. En este sentido, se hace un estudio sobre los valores o consecuencias de la EC 32, destacando el hecho de que se crean así dos regímenes para la implementación de medidas provisionales, una de carácter general, aplicable a cualquier materia, y otra de carácter especial relativa a materias de carácter tributario. Igualmente, se hace un estudio comparativo de los modelos español e italiano y, finalmente, un estudio analítico de las vicisitudes del artículo 62 de la Constitución Federal.

*Palabras clave:* Medidas Provisionales, Filosofía de la EC 32, sistemas italiano y español, urgencia y relevancia, fuerza de ley.

## ABSTRACT

The study deals with the new regulation on provisional measures in Brazil from a critical perspective rather than a strictly legislative one. It examines the values and consequences of EC 32, highlighting the fact that it has created two regimes for enforcing provisional measures. One is a general regime, applicable to any subject, whilst the other is a special regime for tax-related issues. It also gives a comparison of the Spanish and Italian models and finally, an analysis of the vicissitudes of article 62 of the Federal Constitution.

*Key words:* Provisional measures, philosophy of the EC 32, Italian and Spanish systems, urgency and relevance, law enforcement.

## 1. INTRODUÇÃO: BREVE HISTÓRICO DA EC 32/2001

As críticas formuladas pela Doutrina nacional ao art. 62 da Constituição Federal e o abuso na edição de Medidas Provisórias, presente em todos os governos desde 1988 e sempre de forma crescente, fizeram com que desde 1995 até 2001, diversas tentativas no sentido de modificar aquele artigo fossem apresentadas ao Congresso Nacional.

Assim, o Senado Federal, em 23 de abril e 14 de maio de 1997, aprovou a PEC 01/95, de autoria do Sen. Esperidião Amím e outros, no sentido de modificar o art. 62, limitando a edição de medidas provisórias, pelo que restaram prejudicados os projetos PEC nº 04, PEC nº 011 e PEC nº 065, de 1995, além da PEC nº 07, de 1997.

Remetida à Câmara dos Deputados, foi-lhe apresentada, pelas lideranças partidárias, uma emenda aglutinativa substitutiva, a qual, sem abandonar de todo a proposta enviada pelo Senado Federal, inspirava-se, igualmente, em outras propostas que se encontravam em tramitação na própria Câmara (PEC nº 02, PEC nº 08, PEC nº 013, PEC nº 018, PEC nº 026 e PEC nº 052, todas de 1995).

Deste exercício legislativo, surgiu a PEC nº 472-C/97, que, depois de permanecer na Câmara por dois anos, finalmente, foi aprovada em 1999,

em dois turnos de votação (19 e 26 de maio), após o que, novamente, retornou ao Senado Federal, no qual foi aprovada, com emendas, em 17 de novembro e 01 de dezembro de 1999.

Em 07 de dezembro de 1999, o então Presidente daquela Casa determinou seu retorno à Câmara dos Deputados (onde chegou em 05 de janeiro de 2000), para que fossem submetidas à apreciação as alterações aprovadas pelo substitutivo do Senado Federal.

Na Câmara, recebeu, em 12 de janeiro de 2000, Parecer favorável do relator, Dep. Paulo Magalhães, perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, sendo que em 25 de abril de 2000 foi aprovado o Substitutivo nº 472-D, apresentado pelo Relator, Dep. Roberto Brant, à Proposta de Emenda à Constituição nº 472-C, de 1997.

O referido Substitutivo nº 472-D «foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados e devolvido ao Senado em agosto de 2001, tendo sido aprovado e promulgado em 11.09.2001, e publicado no DO de 12.09.2001».

## 2. FILOSOFIA DA EMENDA

Parece-nos útil sintetizar, sob forma de introdução, a Filosofia da Emenda, através da qual o leitor tomará contacto, de logo, com os valores e técnica que estão presentes em todo o seu texto.

Assim, podemos indicar as seguintes características que estão presentes na EC 32 de 11 de setembro de 2001, que alterou, dentre outros, o art. 62 da Constituição Federal (Medidas Provisórias), e que formam — repito — a sua Filosofia:

2.1. Apesar da euforia que provocou desde a sua edição, com a redação dada pela referida EC 32 deve ser analisada de forma mais aprofundada, pois, não tenho dúvidas em afirmar que, representa ela, em muitos pontos, mais um retrocesso, do que um avanço no sentido de limitar o abuso que vem ocorrendo na edição dos referidos diplomas legais.

Para justificar o que afirmo, basta que sejam lembrados alguns pontos, a começar pelo fato de que, antes de mais nada, o Poder de Legislar, inerente ao Congresso Nacional, permaneceu submetido à vontade do Poder Executivo, isto porque, mesmo que aquele (CN) não aprove o texto enviado por este (PE) e, em consequência, altere o «texto original da medida», mediante lei de conversão, permanecerá em vigor a vontade expressa na Medida Provisória (CF, art. 62 § 12).

Dizendo de outra forma: de nada adiantará o julgamento do Congresso Nacional e sua manifestação por meio de Lei de conversão, pois a Medida Provisória «manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto».

É, mais uma vez, a vitória da vontade imperial do Presidente da República que prevalece, como, de resto, em diversas outras situações, a saber:

- a) - Se o Congresso estiver em recesso no instante em que for editada qualquer Medida Provisória, o prazo de sua eficácia é, automaticamente, suspenso, o que, na prática, significa que, ao lado dos 60 dias da eficácia inicial, somar-se-ão os outros 60 dias da prorrogação e mais aqueles em que o Congresso não estiver em funcionamento, ou seja, mais 30 dias se este recesso for o de julho (30 de junho e de 1º de agosto), ou 62 dias se o recesso for o de fim de ano (15 de dezembro a 15 de fevereiro). No primeiro caso, a Medida Provisória terá um prazo total de eficácia de 150 dias, enquanto que na segunda hipótese este prazo passará para 182 dias;
- b) - Se o Congresso não converter a MP e a rejeitar, e não editar o Decreto Legislativo no prazo de 60, as relações jurídicas nascidas em sua vigência precária permanecerão por ela (Medida Provisória rejeitada) regidas;
- c) - Como foi dito se aprovada a Lei de Conversão, esta só produzirá efeitos depois que for sancionada pelo Executivo, ou derrubado o seu veto, pelo Congresso Nacional;
- d) - A vontade imperial do Presidente da República ainda se faz presente na possibilidade de reeditar Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, desde que tal ocorra em outra sessão legislativa, conforme determinado no § 10 da EC 32;
- e) - Difícil será, daqui para frente qualquer discussão quanto à inconstitucionalidade material da Medida Provisória, visto que, ao lado dos limites materiais agora expressamente mencionados<sup>1</sup>, a questão referente aos efeitos da Medida Provisória não convertida, já está, autoritariamente definida no texto da Emenda.

Entretanto, vale lembrar que a existência de pressupostos de Admissibilidade da urgência e relevância, se realmente forem examinados pelo Congresso Nacional, autorizarão a rejeição do texto, tal como, historicamente ocorreu no Senado Federal, na data de 26 de setembro de 2007, com a Medida que determinava a criação da Secretaria de Planejamento de Longo Prazo, chefiada por Mangabeira Unger, pelo placar de 46 a 22 votos, e cujo relatório foi de autoria foi do Sen. Valter Pereira (PMDB-MS). Neste caso, um aspecto não poderá ser esquecido: durante as discussões da maté-

<sup>1</sup> Usamos o vocábulo *agora*, pois como será visto, em uma leitura sistêmica do texto constitucional, eles sempre existiram.

ria em plenário, nenhum parlamentar do PT usou da palavra para defender os pressupostos, exceção feita ao Sen. Aloísio Mercadante, limitando-se ao mérito da MP, enquanto que o Líder do Governo, Sen. Romero Jucá, visivelmente constrangido chegou a ser ridicularizado pelos seus pares, com expressões como «Robinho» e «Líder de todos os Governos», a primeira lembrando as monobras futebolísticas feitas pelo referido jogador, enquanto a segunda se referia ao fato do parlamentar ter sido líder do governo FHC e agora do Governo Lula.

- f) - A EC 32/2001 cria dois regimes constitucionais para a edição de Medidas Provisórias, sendo um geral, aplicável a todas as matérias sobre as quais possa ela ser editada e outro especial aplicável para aquelas Medidas que tratem de matéria tributária.

Esta é a conclusão a que se chega, com a leitura do art. 62 § 2º, segundo o qual «Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada».

Neste ponto, não temos nenhum receio em afirmar que estamos diante de uma verdadeira aberração jurídica que se reveste de uma inconstitucionalidade flagrante de seu conteúdo, frente aos requisitos formais exigidos pelo *caput* do mesmo art. 62, nos seguintes termos: «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».

Ora, à medida que o texto aqui analisado admite que a «Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II<sup>2</sup>, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada», é de indagar-se: onde se encontram os pressupostos da relevância e da urgência?

Dizendo melhor: por determinação constitucional, a urgência e a relevância presentes na edição de Medidas Provisórias lhes dão eficácia ime-

<sup>2</sup> Cf. Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

Art. 154. A União poderá instituir:

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

diata. Contudo, se a Medida Provisória tiver por objeto matéria de natureza tributária, estes requisitos formais ficarão sujeitos a uma condição a termo, ou seja, a Medida Provisória só terá eficácia no exercício financeiro seguinte se tiver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Repita-se: neste caso, onde se encontram os pressupostos da relevância e da urgência?

2.2. Três pontos ainda apontam para o caráter autoritário da EC 32, dando-se guarida à vontade imperial do Presidente da República: o primeiro é referente ao Decreto Legislativo previsto no § 3º do art. 62; o segundo referente à nova redação que se deu ao art. 246 da Constituição e, por último, o art. 2º da Emenda.

Determina o § 3º do art. 62 *verbis*: «As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes».

Por outro lado, e intimamente relacionado com o § 3º, determina o § 11 que «Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas».

O art. 246 da CF, por sua vez, estabelece que «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, inclusive.»

Pela redação anterior, oriunda da Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, ficava vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

A nova redação dada ao presente artigo pela EC 32/2001 fixou a restrição dentro de um espaço de tempo, a qual não havia na redação que foi dada pela EC 6/95. Nesta, bastaria que tivesse ocorrido alteração oriunda de emenda constitucional posterior a 1995, para que não tivesse autorizada a utilização de Medida Provisória para regulamentá-la.

Doravante, respeitadas as limitações materiais estabelecidas pelo art. 62, qualquer Emenda Constitucional posterior a 11 de setembro de 2001 (EC 32) poderá ser regulamentada pela via da Medida Provisória, o que significa dizer-se que até mesmo uma possível reforma tributária, respeitada a limitação do art 62 § 2º, poderá ser regulamentada pela via da Medida Provisória.

É, sem dúvida, mais um golpe no Poder Legislativo cúmplice em sua função primordial, ou seja, a de legislar, a qual, sempre que é necessário, fica trocada por negociações que vão desde o famoso mensalão, até a recente decisão do STF no sentido de que o mandato pertence ao partido, não ao parlamentar, visando com isto, salvaguardar um mínimo que seja, a História do Parlamento Brasileiro.

Finalmente, na conformidade do art. 2º da EC 32/2001, «As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional».

Estamos com a redação constante do presente artigo, frente a uma aberração sem limite, isto porque, em primeiro lugar, torna definitiva a norma editada e que deveria ter o caráter de provisoriedade e, em segundo lugar, porque, na prática, retira do Legislativo o poder de apreciar Medida Provisória editada em data anterior a 11.9.2001, ou seja, da publicação desta emenda.

Nos termos da EC 32, tais Medidas Provisórias continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. A elas não se aplicam as normas procedimentais quanto ao tempo (60 dias mais 60 dias de prorrogação).

Não satisfeito com o Decurso de Prazo previsto na nova redação do art. 62, § 11 («Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas») aqui o Congresso Nacional, ao aprovar a Emenda, cortou o seu direito-dever de ver respeitados os ditames constitucionais que se referem à sua intervenção no procedimento de criação da MP editada pelo Executivo até a data da própria Emenda e que não tenha sido ainda objeto de deliberação.

Em outras palavras: qualquer que seja a matéria objeto de Medida Provisória publicada até 11 de setembro de 2001, continuará ela em vigor até que nova medida provisória a revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

O único caminho que resta ao Congresso Nacional é o de apreciar todas as Medidas Provisórias (deliberação definitiva do Congresso Nacional significa vencer a possibilidade de veto presidencial), o que, bem se sabe, na realidade, não ocorrerá, não apenas em razão do número destas, ora em vigor, quanto em razão da maioria que o Executivo possui no Parlamento.

Antes de encerrarmos esta breve análise sobre a Filosofia da Emenda, é possível comemorar a aprovação da EC 32? Trata-se, ou não, de um engodo, onde o retrocesso é maior que o avanço?

Optamos pela segunda alternativa, lembrando que o tempo e a História, juízes impiedosos, dirão. É só viver para ver.

### 3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM ALGUNS MODELOS ESTRANGEIROS: ITALIANO E ESPANHOL

De maneira geral, os cultores do Direito Comparado apontam vários objetivos ou finalidades sendo que Paolo Biscaretti di Ruffia<sup>3</sup> as distribue em quatro grupos, a saber: «1) - Satisfacción de meras exigencias de orden cultural; 2) - Interpretación y Valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional; 3) - notable aportación que la ciencia del derecho constitucional puede proporcionar al campo de la nomotética, es decir, en relación con la política legislativa e, finalmente, 4) - la unificación legislativa».

Giuseppe di Vergontini em seu *Derecho Constitucional Comparado*<sup>4</sup>, por sua vez, e depois de afirmar que «si comparar significa, ante todo, cotejar para manifestar analogias y diferencias, es preciso también preguntar cuál es la razón de tal operación lógica», indica com'os finalidades, a) - Perfeccionamiento del conocimiento; b) - Clasificación y agrupación de ordenamientos; c) - Interpretación de las instituciones constitucionales; d) - Preparación de la normación; e) - Unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista».

De forma geral, os autores que se dedicam à Teoria do Direito Comparado<sup>5</sup> nos falam de um dos fenômenos mais comuns em tais estudos, embora ainda pouco desenvolvido entre nós.

Todas as considerações feitas acima foram para destacar que nos referimos a recepção legislativa, entendida por Ana Lúcia de Lyra Tava-

<sup>3</sup> *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pp. 13/15. Veja-se, a propósito, IVO DANTAS, *Derecho Constitucional Comparado. Introducción. Teoría e Metodología*, 2ª edição totalmente revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; «Direito Comparado como Ciência», *Revista da Amatra*, VI, Recife, ano 1, vol. 1, abril, 1997; idem, «Direito Comparado como Ciência», *Anuário do Mestrado em Direito*, Faculdade de Direito do Recife, nº 7, 1995.

<sup>4</sup> Espasa-Calpe S/A, Madrid, 1985, pp. 75/83.

<sup>5</sup> O Curso de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, possui disciplina com esta denominação, da qual somos seu Professor Titular.

Sobre tais estudos, vejamos de nossa autoria: *Derecho Constitucional Comparado. Introducción. Teoría e Metodología*, Ed. Renovar, 2000; «As Denominadas Famílias de Direito», in *Estudios Jurídicos, Políticos e Sociais — Homenagem a Gláucio Veiga*. Coordenação de Nelson Nogueira Saldanha e Palhares Moreira Reis, Juruá Editora, 2000; «As Denominadas Famílias de Direito: Civil Law e Common Law: Semelhanças e Dessemelhanças», in *Revista da ESMape*, volume 5, nº 11, janeiro/junho, 2000; «O Direito Comparado: Formação histórica, métodos e técnicas de pesquisa», in *Revista Direito Atual*, Brasília, v. 1, n. 2, junho, 1999.

res<sup>6</sup> como sendo «a introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema», no que, logo se diga, a atual Constituição brasileira é pródiga em exemplos, muitos dos quais se contradizem de forma flagrante, pelo menos quando vistos em relação ao sistema como um todo.

Caso típico de recepção legislativa é o das Medidas Provisórias, que o constituinte de 87/88, preocupado mais em expurgar a expressão decreto-lei do que com o conteúdo do instituto, foi buscá-las no ordenamento jurídico italiano (Constituição de 1947, art. 77), inserindo-as no atual texto constitucional de 1988 (art. 62), sem levar em conta a diferença de que naquela, a forma de governo é parlamentarista (para a qual nos dirigíamos, é verdade), enquanto que a nossa é presidencialista (o que não invalida a observação acima feita, inclusive, com apoio em Machado Horta).

Antes de nos determos nesta análise do texto que visa demonstrar a Vontade Imperial do Executivo presente o texto constitucional brasileiro vigente, na redação que foi dada ao instituto pela EC 32/2001, vejamos alguns ordenamentos europeus onde a matéria tem sido acatada, muito embora — e afirmamos sem titubeação — em nenhum deles certas características dadas pelo constituinte brasileiro encontre precedente.

Esta postura metodológica, de nossa parte, segue orientação de Georges Langrod, segundo o qual, em *O Processo Legislativo na Europa Ocidental*<sup>7</sup>, «para bem compreender a tendência europeia atual relativa ao problema dos decretos-leis, é oportuno discutir a experiência francesa, comparando-a com os modelos italiano e alemão» (destaque nosso). A esta advertência feita pelo citado autor, acrescentaremos nós as experiências da Constituição Espanhola de 1978, que em seu artigo 86-1 fala em «disposiciones legislativas provisionales», e da Constituição Portuguesa de 1976 (versão dada pela Lei Constitucional nº 1/2005), a qual, em seu atual artigo 169º 1 a 6, regulamenta a «Apreciação parlamentar de actos legislativos».

Um ponto prévio deverá ficar assentado: a análise das Medidas Provisórias ou Decretos-Leis (já que pouco importa a denominação que o texto tenha consagrado) envolve em si aspectos não apenas jurídicos, mas técnicos e políticos, razão porque está correto Langrod quando escreve que «na Europa Ocidental, se manifesta a tendência para conciliar o respeito pelo direito do Parlamento democrático, de ‘iniciar’ na esfera legislativa, e as necessidades da participação mais acentuada do Executivo no processo legislativo para completar as regras legislativas preestabelecidas, para desenvolver os princípios fixados, para executar as leis. Trata-se assim de

<sup>6</sup> «A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador», in *Contextos*, Revista da PUC, Rio de Janeiro, ano I, n. 1, março de 1987, p. 2.

<sup>7</sup> Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Direito Público e Ciência Política, Rio de Janeiro, 1954, p. 107.

opor à lentidão e à complexidade dos processos normais, às obstruções das minorias, a freqüente passividade dos parlamentos em face dos problemas que tendam a tornar-se impopulares; trata-se, ao mesmo tempo, de ativar o trabalho técnico, de respeitar as necessidades da urgência, de tomar posição em face da complexidade sempre crescente das questões impostas pela vida moderna. Eis porque, independentemente dos recursos aos ‘decretos-leis’ admitidos constitucionalmente (como na Itália) ...procuram-se em toda parte medidas racionais que permitam estabelecer o equilíbrio desejado por outros meios, não (ao menos em tal medida) manifestações do declínio do parlamentarismo em face do Executivo»<sup>8</sup>.

Para a Constituição Italiana, «la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere» (art. 70), cabendo a iniciativa da lei «al Governo, a ciascun membro delle Camere ed agli organi ed enti ai quali sia conferita da legge costituzionale.

Il popolo esercita l’iniziativa delle leggi, mediante la proposta da parte di almeno cinquantamila elettori, di un progetto redatto in articoli» (art. 71), pelo que se verifica que o texto mantém no Parlamento a titularidade de produzir o ordenamento jurídico-positivo.

Hipóteses existem contudo, constitucionalmente previstas, em que poderão ocorrer exceções, quais sejam a da delegação ao Governo para que possa agir sob a forma de lei de delegação: «L’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principî e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti» (art. 76), enquanto que no art. 77 vamos encontrar os *provvedimenti provvisori con forza di legge*, nos seguintes termos:

«Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cin-que giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti» (destaques nossos).

<sup>8</sup> *Ob.cit.*, pp. 109/110. Estas necessidades de ordem política (leia-se *prática*), contudo, não autorizam os abusos que se vem praticando no Brasil com o uso das Medidas Provisórias, inclusive, com as reedições e convalidações que ocorriam antes da EC 32/2001 e que se chocavam, frontalmente, com a essência do instituto. Quanto às reedições, veja-se adiante, comentário ao art. 62 § 10.

Sob o título «I decreti-legge», Carlo Lavagna em suas *Istituzioni di Diritto Pubblico*<sup>9</sup>, analisando as possibilidades contidas nos citados artigos 76 e 77, doutrina que «la seconda ipotesi, espressamente prevista dalla Costituzione, di esercizio, da parte del Governo, di attività legislativa è quella di cui all'art. 77, comma 2º, relativa ai decreti-legge. In verità detto articolo non usa questo termine, ma parla — e ne vedremo meglio il significato — di provvedimenti provvisori con forza di legge. Ciò non impedisce, tuttavia, che il termine tradizionale di 'decreti-legge' possa continuarsi ad usare (come in effetti è usato nella intestazione ufficiale di questi atti e, nonostante qualche obiezione sollevata in Parlamento, nei disegni di legge di conversione), in quanto questi 'provvedimenti' altro non sono se non i decreti-legge di un tempo, regolati in forma più rigorosa ed in parte diversa. Il termine legge, infatti, legato a quello di decreto, indica il valore e l'attitudine dell'atto, parificati a quelli propri della legge, indipendentemente dal contenuto che potrebbe essere anche concreto e, in ipotesi, no derogatorio di leggi».

Vezió Crisafulli e Livio Paladin, em seu *Commentario Breve alla Costituzione*<sup>10</sup>, referem-se, igualmente, à locução decreti-legge, e escrevem: «I 'provvedimenti provvisori con forza di legge' — nella terminologia più comune definiti come decreti-leggi *tout court* — sono atto normativi emanati dal Governo 'in casi straordinari di necessità ed urgenza', equiparati alle leggi ordinarie, ossia provvisti della loro efficacia»<sup>11</sup>.

Em seu *Dizionario dei Termini Giuridici*<sup>12</sup>, Angelo Favata trata da questão no verbete Decreto legge e escreve: Il decreto legge è un provvedimento avente forza di legge emanato dal governo senza preventiva delega del potere legislativo.

Il potere del governo ad emanare decreti-legge è sancito dall'art. 77 della Costituzione e trova la sua giustificazione nello stato di necessità e nella urgenza di emettere una determinata norma. È usato specialmente in materia fiscale quando si vogliono impedire evasioni aumentando aliquote o tariffe o in materia di interventi urgenti per calamità naturali.

<sup>9</sup> Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1986, sesta edizione, p. 289.

<sup>10</sup> Cedam — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1991, pp. 467-485.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 476. Vejã-se, ainda, sobre o tema, *I Decreti-Legge Non Convertiti. Atti del Seminario svoltosi in Roma. Palazzo Della Consulta nel Giorno 11 de novembre 1994*, Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1996; ELISABETTA PALACI DI SUNI, *La Regola e L'eccezione — Istituzioni Parlamentaria e Potestà Normative dell'Esecutivo* (Milano — Dott. A. Giuffrè Editore, 1988), especialmente, o Capítulo II, *Parlamento ed Atti Governativi con Forza di Legge nel Sistema Italiano*, pp. 79-176; *Commentario della Costituzione — art. 76-82* a cura di G. BRANCA (Zanichelli Editore, Bologna / Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1979), especialmente, os comentários escritos por LIVIO PALADIN sobre o art. 77, pp. 42-93.

<sup>12</sup> Undicesima edizione Aggiornata da FRANCESCO BARTOLINI, Casa Editrice La Tribuna — Piacenza, 1989, p. 115.

Per conservare piena efficacia detti decreti debbono essere convertiti in legge entro sessanta giorni della loro pubblicazione. A tale uopo nello stesso giorno della loro emissione devono essere presentati alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e reinute entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione; i rapporti giuridici sorti in base ad essi possono essere dalle Camere regolati con apposita legge».

A Constituição Espanhola de 1978 em seu art. 86 regula a matéria, prescrevendo:

«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

Javier Pérez Royo, na monografia *Las Fuentes del Derecho*<sup>13</sup>, estudando el *Decreto-ley*, tece interessantes observações, a começar pela afirmação de que «a diferencia de lo que ocurre con el Decreto Legislativo que es una institución que existe en prácticamente todos los Estados de nuestro ámbito histórico y cultural, el Decreto-ley es una institución desconocida para la mayor parte de las Constituciones vigentes en Europa. En realidad, se trata de una institución prácticamente italiana y es-pañola, regulada en ambos sistemas con notables semejanzas pero también con diferencias.

Lo característico del Decreto-ley es, ante todo, el hecho de ser una norma con fuerza de ley que emana directamente del Gobierno y sobre la que el Parlamento sólo se pronuncia a posteriori. No se trata, por lo tanto,

<sup>13</sup> Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Col. «Temas Clave de la Constitución Española», pp. 100-121. Para uma completa visão dos decretos no sistema espanhol, veja-se M. ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El Gobierno por Decreto*, Pamplona, 1997.

de una excepción al monopolio legislativo de las Cortes Generales que encuentra su origen en ellas, sino de una excepción que se produce inicialmente al margen del titular del poder legislativo. De ahí que los textos constitucionales tiendan a no admitir dicha institución o, cuando la reconocen, a regularla de manera extraordinariamente restrictiva»<sup>14</sup>.

Adiante, depois de lembrar o uso que fora feito do instituto no regime do general Franco, Pérez Royo debruça-se sobre o texto de 1978, e afirma: «En efecto, el artículo 86 de la Constitución define con precisión qué ha de entenderse por Decreto-ley. Desde un punto de vista positivo define la naturaleza de la norma: ‘disposición legislativa provisional’; el órgano competente para dictarla: ‘el Gobierno’, y el presupuesto de hecho habilitante: ‘caso de extraordinaria y urgente necesidad’. Desde un punto de vista negativo, la Constitución define al Decreto-ley por la exclusión de determinadas materias no susceptibles de ser reguladas a través de dicha fuente»<sup>15</sup>.

Frente aos *provvedimenti provvisori* da Constituição Italiana, as disposições legislativas provisionales, como se nota da simples leitura de ambos os textos, já se apresentam, expressamente, com as restrições sobre as quais o instituto não poderá versar, e às quais poderíamos chamar de limites materiais, valendo adiantar-se que a Constituição Portuguesa, por seu turno, fixa um limite temporal, qual seja, aquele que impede a sua reedição no decurso da mesma sessão legislativa (art. 169º-4, da Lei Constitucional 1/97).

Em sua versão original, a CF/88 não fixava, objetivamente, limitações à sua edição. Entretanto, em uma leitura sistêmica de seu texto, tal como sempre o dissemos, demonstrava, com excessiva facilidade, que todas as limitações oriundas da EC 32/2001 lá se encontravam, até mesmo de maneira até certo ponto melhor do que como se encontram na referida alteração.

A técnica de inserir limitações foi adotada pela EC 32/2001 e serão objeto de comentários ao art. 62 § 1º.

#### 4. DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CF/88 E NA EC 32/2001

Apesar de 20 anos de vigência, vários pontos da CF não foram testados em sua eficácia, o que levou, em consequência a uma desfiguração do texto original da CF/88, em alguns pontos dos quais, importantes que deveriam ser meditados, sobretudo, para evitar, por exemplo, o uso abusivo

<sup>14</sup> *Ob. cit.*, p. 100.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 101.

das Medidas Provisórias. Finalmente, se nada foi feito até 2001, em 11 de setembro foi promulgada a EC 32, a qual, dentre outras modificações deu nova redação ao artigo 62, referente às Medidas Provisórias, o que não significa que tenha havido uma mudança positiva, mas em muitos casos, muito pior do que o texto de 1988, inclusive a Proposta de Emenda 72/2005<sup>16</sup>:

*Redação original 88:* 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.

*EC 32:* 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.

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

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Em seu ensaio «O Poder Executivo na França», Georges Burdeau<sup>17</sup> escreve, com propriedade perfeitamente aplicável ao sistema constitucional brasileiro, que «a instabilidade política francesa só se equipara à permanência de problemas que afrontam nossas diversas constituições. O doente revira-se no leito, mas seja qual for a posição em que encontre um passageiro bem estar, a febre que tenta debelar é sempre a mesma.

As constantes da vida política que o *'political scientist'* — ou, como preferimos dizer em França, o politicólogo — descobre com pasmo são em particular visíveis no concernente aos dados que condicionam o ordenamento do poder executivo. Seria inexato, entretanto, ver nisso um fenômeno tipicamente francês.

O problema é o que estabelece a conciliação entre a ideologia democrática, freqüentemente entendida de maneira simplista como o regime em que todo mundo manda, e a necessidade política que exige uma autoridade

<sup>16</sup> O que vai escrito sobre o tema é bastante incompleto tendo-se em vista a limitação especial para obras coletivas. Contudo, em breve pretendemos levar ao público um *Comentário* aprofundado sobre a EC 32/2001 e as propostas em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema.

<sup>17</sup> Edição da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Coleção Estudos Sociais e Políticos, nº 19, Belo Horizonte, 1961, p. 11.

de governamental concentrada, eficaz e responsável». E mais adiante, o autor do clássico *Traité de Science Politique* é incisivo: «Só se pode compreender a diversidade das soluções que as constituições e, mais ainda, a prática política francesa deram ao problema do ordenamento do executivo, ligando-o à evolução que influiu na própria noção de poder executivo»<sup>18</sup>.

Se é verdade que a moderna Teoria Constitucional não consagra mais a denominada Divisão de Poderes, tal como concebida nos séculos de predominância do Liberalismo Político, também é verdade que a existência de uma cooperação entre as funções do Estado, cria um novo modelo, a ponto de não serem poucos os autores, nacionais ou estrangeiros, que a exemplo de Raul Machado Horta em artigo intitulado *Tendências Atuais dos Regimes de Governo*<sup>19</sup>, falam da impossibilidade de uma Forma de Governo pura, já que em suas próprias palavras «a organização constitucional contemporânea vem abandonando o regime de governo puro, para adotar o regime de governo misto, seja no âmbito do regime parlamentar como no do regime presidencial». Neste sentido — prossegue — «há regimes concretos de Governo que se rebelam ao seu enquadramento nos esquemas dos regimes elaborados segundo padrões do Direito Público e da Ciência Política do mundo ocidental. Esses regimes ficam melhor localizados no domínio dos regimes mistos»<sup>20</sup>.

Este é, exatamente, o quadro com o qual se defronta o analista da Constituição de 1988, na qual, se por um lado, constatamos o predomínio ou hipertrofia do Poder Legislativo, por outro, deixou nas mãos do Executivo instrumentos que descaracterizam qualquer tradicional forma política de organização dos poderes, podendo-se mesmo falar em modelo brasileiro, não por conta de uma elaboração teórica e pensada, mas como consequência de acordos e concessões que se fizeram no desenrolar dos trabalhos constituintes e nos quais, muitas vezes, interesses pessoais e demagógicos impuseram-se a uma reflexão científica.

Por outro lado, e embora não deixe de ser resultado destas concessões a que nos referimos, a diretriz que vinha norteando os trabalhos no sentido de uma forma de governo parlamentarista, repentinamente cedeu lugar a um presidencialismo manco; os vícios do passado permaneceram, comprometendo, desta forma, toda uma luta em defesa da Democracia e da Legalidade, por sinal, elementos elevados à categoria de Princípios Fundamentais da Constituição, logo em seu art. 1º, onde se determina:

<sup>18</sup> *Ob. cit.*, p.12.

<sup>19</sup> *Revista de Direito Público*, Ed. RT, São Paulo, nº 84, out.-dez. 1987, p. 31. Veja-se o já referido estudo *Función Judicial y Estado Constitucional*, de autoria de CRISTINA GARCÍA PASCUAL, publicado em seu livro *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997, pp. 116 e segs.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 31.

«A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...».

Neste quadro, duas conclusões se impõem:

- a) Os ensinamentos do Direito Estrangeiro e mesmo de nossa História Constitucional não foram utilizados como parâmetros para a elaboração do texto, afinal promulgado em outubro de 1988;
- b) Todo o sistema constitucional e infraconstitucional terá de levar em conta o postulado do Estado Democrático de Direito<sup>21</sup>, sob pena de inconstitucionalidade material.

## 5. PRESSUPOSTOS DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA

O estudo das Medidas Provisórias na atual Constituição encontrará seu campo de análises no art. 62, já que o inciso XXVI do art. 84 limita-se a conferir competência privativa ao Presidente da República para «editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62», o que significa dizer-se que, em última análise, apenas obedece a uma orientação de engenharia ou técnica constitucional na distribuição da matéria.

Conscientes de que as Medidas Provisórias representam uma exceção ao procedimento normal de elaboração legislativa, cumpre-nos destacar que seu cabimento deverá ser interpretado sempre em sentido estrito, submetendo, portanto, seus pressupostos ou requisitos formais a uma criteriosa e rígida análise, sob pena de descaracterização do instituto e, mais do que isto, de através dele correr-se um risco profundo de atentado à manutenção do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal).

Neste sentido, partindo-se do conceito de que o pressuposto «revela a certeza do que, necessariamente, lhe antecedeu. É o que é dado como hipótese», conforme ensina De Plácido e Silva no seu «Vocabulário Jurídico»<sup>22</sup>, pelo que se há de afirmar que nos termos do art. 62 dois são os requisitos indispensáveis para a edição da Medida Provisória, quais sejam, relevância e urgência.

<sup>21</sup> Este posicionamento temo-lo defendido em diversos livros: *Teoria da inconstitucionalidade... O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional)*, 2ª edição revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995; *Constituição Federal: Teoria e Prática - Vol. I*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

<sup>22</sup> Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 438.

Chame-se a atenção para o fato de que, frente ao texto de 67/69, ao tratar dos Decretos-Leis, substituiu-se a alternativa ou pela conjunção aditiva *e*, o significa dizer-se que, na falta de qualquer um dos dois requisitos, a Medida Provisória, por si só, está eivada de inconstitucionalidade, por não preencher os elementos de admissibilidade indispensáveis para a sua edição. Ademais, enquanto hoje se fala — repetimos — em relevância e urgência, naquele se fundamentavam os decretos-leis em urgência ou interesse público relevante.

Com certa dose de ironia, mas com razão, e referindo-se ao texto 67/69, Nelson de Sousa Sampaio escrevia que «a primeira limitação à legitimidade do decreto-lei reside em sua fundamentação, e decorre de seu próprio conceito de legislação extraordinária. Ele só se justifica ‘em casos de urgência ou de interesse público relevante’ (...), dando a idéia de que os demais atos legislativos não se baseiam em ‘interesse público relevante’». Seria inconcebível que o Congresso fosse mantido com os dinheiros públicos para deliberações ‘irrelevantes’, e o mesmo se diga dos atos dos outros Poderes. De qualquer modo, forçoso é reconhecer que o segundo motivo não deixou de desvirtuar a definição clássica desse ato legislativo, para o qual o regime vigente tornou inadequada a denominação de decreto-lei de urgência, necessitando rótulo mais amplo, como o de legislação de exceção. O juiz da urgência ou do interesse público relevante é o Presidente da República, sujeito apenas ao controle político do Congresso, que poderá desaprovar livremente o ato presidencial, ou seja, sem necessidade de motivar sua decisão»<sup>23</sup>.

O pensamento do autor de *Prólogo à Teoria do Estado — Ideologia e Ciência Política* (livro clássico de Epistemologia das Ciências Sociais entre nós) se enquadra não só em relação ao texto revogado, mas, igualmente, quando se analisa a Constituição vigente, tanto na redação de 1988, quanto na atual (EC nº 32) em cujo período de vigência o Poder Executivo tem usado e abusado do instituto que, em sua origem, visava, exatamente, o contrário, isto é, coibir o poder legiferante do Presidente da República.

A previsão constitucional que deveria ser vista como excepcional, chegou ao ponto, nos Governos que se seguiram a 1988, de assumir procedimento legislativo diário, através do qual, em alguns casos, nem mesmo as limitações estabelecidas no § 4º do art. 60 da CF são levadas em conta, quando, por exemplo, «direitos e garantias individuais» (inatingíveis pela Reforma ou Emenda Constitucional) foram feridos por edição de Medidas Provisórias flagrantemente inconstitucionais<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> *O Processo Legislativo*, São Paulo: Edição Saraiva, 1968, p. 48.

<sup>24</sup> A propósito, consulte-se de nossa autoria, *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*, 3ª edição revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

Explicando melhor: a relevância de que fala o texto constitucional chegou a ponto de entender ser possível ao Presidente da República lançar mão da liberdade individual e da propriedade privada (ambos direitos assegurados no art. 5º, e portanto inalteráveis pelas vias normais até mesmo do Poder de Reforma) das pessoas, quando expediu as Medidas de nº 168 (que instituiu o novo sistema financeiro e autorizou o bloqueio de cruzados, aprovada pelo Congresso e convertida na Lei nº 8.024/90) e de nºs 153 e 156 (sobre crimes de abuso do poder econômico e crimes de sonegação fiscal, respectivamente), estas últimas substituídas pelo próprio Executivo, embora já tivessem produzido efeitos práticos de conseqüências, sobretudo, morais àqueles que por elas foram atingidos.

Note-se que quando afirmamos que tais Medidas foram além do próprio Poder de Reforma Constitucional, é em razão do fato de que, para a Doutrina, a expressão constante do § 4º do art. 60 (tendente a abolir) é tomada, inclusive, no sentido de mera restrição (= diminuição) ao gozo dos direitos e garantias individuais, como tal entendidos não apenas os referidos no art. 5º, mas, igualmente, os dos arts. 6º e 7º da Constituição.

A Constituição Italiana, como já nos referimos, fala em casi straordinari di necessità e d'urgenza.

Em suas *Istituzioni di Diritto Pubblico*<sup>25</sup>, Carlo Lavagna doutrina que «mentre per le leggi delegate il potere legislativo del Governo si concretizza e si legalizza in virtù della delegazione parlamentare, per i decreti-legge tale effetto è prodotto dal verificarsi o, per meglio dire, dalla rilevazione, da parte del Governo stesso, e dalla conseguente invocazione nel decreto di particolari situazioni, che l' art. 77 precisa debbono essere casi straordinari di necessità ed urgenza», para depois reconhecer que «anche per i decreti-legge esistono limiti formali e sostanziali. Tra i limiti formali è innanzitutto quello soggettivo, in quanto la loro emanazione è riservata al solo Governo.

Un secondo limite formale (...) consiste nell' obbligo che il decreto emanato ai sensi dell' art. 77 comprenda il richiamo al particolare stato di necessità ed urgenza e la clausola di presentazione al Parlamento.

Il richiamo alla necessità ed urgenza deve corrispondere alla formula usata dal Costituente, senza bisogno di ulteriori e particolare motivazioni».

Claro está que a necessidade referida pela Constituição italiana não pode ser aquela passível de uma regulamentação a que poderíamos dizer normal, mas terá de ser extraordinária e urgente. «Sin che la necessità è tale da permettere al Governo di intervenire con decreti-legge, l'intero contenuto dei decreti va riferito a codesta situazione di necessità, che e l'unica

<sup>25</sup> Sesta edizione, Torino: UTET, 1986, pp. 290/291.

a giustificarlo ed è l'unica invocabile, quale tipo previsto dall'art. 77; se, viceversa, la situazione sia tale da imporre al Governo (o ad altri organi) di intervenire in modo diverso, proprio in quanto non sia possibile operare ai sensi dell'art. 77, allora si potrà esaminare se una necessità, come fonte di diritto, sussista e giustifichi tale intervento. Il decreto-legge può, come tale, operare solo ai sensi e nei limiti dell'art. 77; il quale prevede una necessità che, sussistendo, legittima qualsiasi disposizione (salvo quando si dirà), mentre non giustificerebbe forme e procedure diverse e tanto meno l'emanazione di decreti-legge da parte di organi diversi dal Governo (ad es., dei Governi regionali). Ciò che, pertanto, si giustifica nei decreti-legge, con il ricorso alla necessità come fonte, o è giustificabile con la necessità *ex art. 77*, o non è giustificabile, in quanto si tratti di fattispecie non connaturate a tale stato di necessità»<sup>26</sup>.

Temístocles Martines (*Diritto Costituzionale*<sup>27</sup>) ao analisar o decreto-lei, escreve que «procedendo con ordine, vediamo, innanzi tutto, che presupposto essenziale perché il Governo possa adottare un decreto-legge e la sussistenza di un caso straordinario di necessità e di urgenza. In altri termini, il Governo può sostituirsi alle Camere ed approvare un atto avente la stessa efficacia della legge soltanto quando la straordinarietà del caso e la necessità ed urgenza di provvedere impediscano alle Camere di intervenire tempestivamente (attraverso il lungo procedimento di formazione della legge). Si può fare, a questo riguardo, l'esempio di una grave calamità naturale (un'alluvione, un terremoto) o di un vuoto legislativo provocato da una sentenza della Corte costituzionale che richieda d'essere immediatamente colmato ovvero l'esempio dei e.d. decreti catenaccio, impiegati per apportare, con effetto immediato, variazioni a prezzi o a tariffe di dazi doganali (ad esempio, l'aumento del prezzo della benzina o del prezzo dei tabacchi), in modo che siano impediti possibili speculazioni».

Do que ficou dito, sente-se que os conceitos de relevância e urgência apontados pelo texto constitucional brasileiro, como de resto o de extraordinário caso de necessidade do art. 77 da Constituição italiana, formam algo em torno do qual não se pode estabelecer conteúdo prévio, e daí a indispensável apreciação, caso a caso, pelo Poder Legislativo, a fim de apurar-se sua caracterização, preliminarmente os requisitos da relevância e urgência hoje são passíveis de apreciação pelo próprio STF (Gilmar, p. 839).

Neste sentido, Joel de Menezes Biebuhr (*O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*<sup>28</sup>) escreve que «os conceitos de relevância e urgência remetem o intérprete diretamente a situações fáticas determinadas.

<sup>26</sup> LAVAGNA, *ob. cit.*, p. 293.

<sup>27</sup> Giuffrè Editore, Milano, 1986, 4ª edizione, riveduta e aggiornata, pp. 443/444.

<sup>28</sup> São Paulo: Dialética, 2001, p. 92.

Não há relevância e urgência em abstrato, sem o correspondente suporte fático. Tais conceitos só são aferíveis mediante o perigo ou a ocorrência de algo que precisa ser palpável».

Mais adiante, o mesmo autor prossegue: «A medida provisória só é adotada em último caso, nas hipóteses em que os demais procedimentos especiais previstos na Constituição Federal, a saber, projeto de lei de iniciativa do Presidente da República com solicitação de urgência e lei delegada, não forem suficientes para dar resposta adequada à relevante situação fática que se apresenta»<sup>29</sup>.

É preciso que se tenha presente que relevância (mesmo levando em conta a ironia de Nelson de Sousa Sampaio) é o mesmo que importância, já que relevante significa saliente, grande, notável. Ora, mas como toda matéria legislada, presumivelmente, tem em si mesma a característica de relevância, aquela que seja objeto de Medida Provisória tem que ser, ao mesmo tempo, portadora de urgência, o que equivale dizer-se, que traga em si a marca da pressa, da carência, do aperto ou da pressão<sup>30</sup>:

«Para que se realize a hipótese de cabimento do decreto-lei e que, portanto, se verifique o pressuposto da competência presidencial para expedir-lo — lembra Geraldo Ataliba na monografia *O Decreto-Lei na Constituição de 1967* —, é necessário que surja uma situação imprevisível, configurando uma emergência exigente de providência normativa imediata. Vale dizer: que irrompa subitamente um estado de emergência requerendo disciplina instantânea<sup>31</sup>.

A urgência deve ser bem caracterizada e bem documentada, tendo-se em vista a ulterior (e, mesmo eventual, remota) apreciação judicial»<sup>32</sup>.

Lamentavelmente, como lembra Josaphat Marinho<sup>33</sup> «também surpreende que a Emenda não tenha estabelecido disciplina nítida e eficiente sobre os pressupostos de relevância e urgência. Compreende-se que, no início de vigência da Constituição, a perplexidade em torno do instituto novo, transplantado do regime parlamentar italiano para o nosso sistema

<sup>29</sup> Idem, pp. 93-94.

<sup>30</sup> A respeito do sentido de *relevância* e *urgência*, consulte-se FRANCISCO FERNANDES, *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa*, 28ª edição revista e ampliada por Celso Pedro Luft, Ed. Globo, 1987, verbetes.

<sup>31</sup> Fazer novas referências. V. EDILSON, p. 129 (Espanha). Na Itália, a Lei 400, de 23.8.88 determina no art. 16 que, no preâmbulo, o decreto-legge indique as circunstâncias de necessidade e urgência (EDILSON, p. 129).

<sup>32</sup> São Paulo: Editora. RT, 1967, p. 31.

<sup>33</sup> In Revista *Jurídica Administração Municipal*. Salvador, Ano VII - nº 2 - Fev/2002, p. 24. Destaques no original. O RE referido (nº 217162-D.F - DJ 26.2.99, p. 17) e a Adin (nº 1617-PA - DJ 26.3.99, p. 01) tiveram como Relator o Min. CARLOS VELLOSO.

presidencial, dificultasse objeção, diante do silêncio na emissão dos textos publicados. A partir, porém, do momento em que o Supremo Tribunal admitiu que a consideração dos dois pressupostos não estava restrita ao discricionarismo do Executivo, a dubiedade do Legislativo perdeu toda justificção.

Em verdade, pelo menos a começar do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade nº 162-D.F., referida como precedente no recurso extraordinário nº 217162 e na ação declaratória de constitucionalidade nº 1647, a tolerância da representação parlamentar era inadmissível. É que nesses processos a Corte reconhecendo o ‘caráter político’ dos pressupostos, admitiu: «... em princípio, a sua apreciação fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se uma ou outra, relevância ou urgência, evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória».

Cabendo ao Supremo Tribunal a ‘guarda’ da Constituição (CF art. 102), nesses arestos assentou-se o fundamento definitivo do reparo à omissão dos pressupostos na edição de medidas provisórias. A vacilação da Emenda, a esse propósito, após treze anos de prática da Constituição e da emissão e tantas e tais variadas medidas provisórias, reflete capitulação do Legislativo à supremacia do Executivo.

Cresce a estranheza porque solução obstativa do poder discricionário sem freios não seria, e não é afrontosa ao Presidente da República. Bastaria que se exigisse exposição de motivos, definidora dos pressupostos de relevância e urgência, para que a medida provisória adotada fosse apreciada pelo Congresso Nacional. Trata-se de condição rigorosamente legítima no processo legislativo, visto que as medidas provisórias são exceção à regra do poder normativo do Congresso Nacional» — conclui Josaphat Marinho.

Por fim, cumpre insistir no aspecto de que, aos requisitos de relevância e urgência deve-se acostar o sentido de jurídico, ou seja, deveremos estar diante de uma relevância jurídica e de uma urgência, igualmente, jurídica.

Destaque-se aqui uma observação que, com certeza, deixará o leitor atônito. Referimo-nos ao fato de que, o mesmo Executivo que tanto desrespeita aos requisitos de relevância e urgência, estabelece, através do Decreto n.º 2.954, de 29. 01. 1999 (publicado no DOU de 24. 02. 1999) as condições para edição da Medida Provisória.

Assim, determina o referido Decreto n.º 2.954:

«Art. 32 - As propostas legislativas, sempre apresentadas sob a forma de antepojetos de lei, que contenham sugestão de edição de

medida provisória, somente serão apreciadas com essa finalidade, pela Presidência da República, quando devidamente demonstradas a relevância e a urgência que caracterizem estado de necessidade legislativo decorrente de circunstância fática ou jurídica de difícil previsão. (Redação dada pelo Decreto nº 3.495, de 30.5.2000).

§ 1º O estado de necessidade legislativo caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato, sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.

§ 2º Não serão disciplinadas por medidas provisórias matérias que possam ser aprovadas dentro dos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição.

§ 3º Caso se verifique retardo ou demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configuradas a relevância e a urgência, propor a edição de medida provisória. (Redação dada pelo Decreto nº 3.495, de 30.5.2000).

§ 4º O proponente deverá verificar se a proposta não esbarra na vedação constitucional de se editar medida provisória regulamentando artigo da Constituição Federal, cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1995.

Em seguida, cuidando do Encaminhamento de Proposta de Medida Provisória, determina:

Art. 33 - Os anteprojetos de lei com sugestão de edição de medida provisória deverão observar na sua elaboração, a orientação constante do Anexo I a este Decreto e serão encaminhados à Casa Civil da Presidência da República mediante exposição de motivos da autoridade proponente, devidamente fundamentada e demonstrados, objetivamente, as circunstâncias fáticas ou jurídicas de difícil previsão, a urgência, a relevância e o estado de necessidade legislativo, observando-se o mesmo procedimento estabelecido no art. 25». (Redação dada pelo Decreto nº 3.495, de 30.5.2000).

#### A) A expressão «Força de Lei»

Analisados os requisitos da relevância e urgência, um outro ponto carece de reflexões, ou seja, a expressão força de lei, de fundamental importância para a correta compreensão do instituto.

Edilson Pereira Nobre Júnior, em livro intitulado *Medidas Provisórias — Controles Legislativo e Jurisdicional*<sup>34</sup>, depois de considerar a força de Lei e a provisoriedade como características do instituto, escreve, que «tomando-se como ponto de partida o art. 77 da Constituição Italiana, pode-se sugerir que a expressão força não se confunde com valor de lei».

<sup>34</sup> Síntese Editora, 2000, p. 132.

Clèmerson Merlin Clève (Medidas Provisórias<sup>35</sup>), por seu turno, doutrina que «a força de lei ‘é um conceito relacional, que se decompõe num duplo alcance material e formal, como capacidade de dispor positiva e negativamente, originária e supervenientemente, sobre as relações e situações da vida, e como capacidade de agir ou reagir relativamente a outros actos jurídico-públicos’. Trata-se, afinal, como demonstra Sandulli, da particular aptidão que a lei possui para inovar a ordem legislativa preexistente. Esta força, típica das leis, distanciam-nas dos outros atos estatais típicos: as sentenças e os atos administrativos. No Direito brasileiro, não há motivo para distinguir, como pretende a doutrina italiana, força de lei de valor de lei. Pode-se dizer que por força de lei alude-se à idéia de força ativa (capacidade de inovação ativa) e força passiva (resistência passiva à inovação). Assim, o ato dotado de força de lei, estando autorizado a criar, originariamente direito e obrigações (criação heterônoma do direito) — força ativa — dispõe de conteúdo apenas modificável, suprimível (hipótese de ab-rogação e derrogação) ou contaminável pela incidência eventual (hipótese de solução decorrente de relação antinômica) por ato normativo dotado de idêntica ou superior hierarquia (força passiva)».

Entendemos, pessoalmente, que ao dizer a Constituição Federal que «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», criou uma condição a termo, qual seja, a sua aprovação pelo Legislativo. Exatamente por isto, e mesmo que produzindo efeitos imediatos, estes são efeitos precários, visto que temporários, pois que sujeitos à aprovação pela Casa Legislativa<sup>36</sup>.

Neste contexto é que deve ser entendida a locução força de lei, a qual, como lembrou, acertadamente, Nobre Júnior, «não se confunde com valor de lei». Esta tem o condão da definitividade, o que não ocorre com a Medida Provisória, que por ser provisória, é temporária, editada em razão de uma urgência e de uma relevância, muito embora possa transformar-se em lei, se aprovada pelo Congresso Nacional, quando, então, desaparecerá a mencionada provisoriedade, passando, então, a ser definitiva (o que não significa eterna).

Para concluir, mencione-se a posição de Fran Figueiredo, no artigo *As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*<sup>37</sup>, quando afirma que «é simplesmente por intermédio de uma ficção jurídica, e através de condição resolutiva, que a Constituição lhe confere força de lei

<sup>35</sup> São Paulo: 2ª edição, Max Limonad, 1999, p. 58.

<sup>36</sup> Pela EC 32/2001, o prazo inicial é de 60 dias (§ 11).

<sup>37</sup> Brasília: in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, abr/jun. 91, nº 110, p. 146.

pelo prazo de 30 (trinta) dias<sup>38</sup>. A condição resolutiva operará ou constitutivamente, consolidando seus efeitos, no caso de conversão em lei, ou negativamente, na hipótese da não-conversão da medida provisória em lei nesse prazo, quando seus efeitos serão desconstituídos *ex tunc*».

## 6. BREVES CONCLUSÕES

Apesar de nossos esforços no sentido de demonstrar a mencionada *vontade imperial do poder executivo* em matéria de Medida Provisória, reconhecemos que muitos outros aspectos teríamos a acrescentar, o que não o fizemos sobretudo, por três razões: a) - em primeiro lugar porque para o aprofundamento de algumas questões teríamos que utilizar e transcrever a EC 32 em sua textualidade, e em alguns casos, comparar com a PEC 72/2005 que «altera o art. 62 da Constituição Federal para disciplinar a edição de medidas provisórias»; b) - de nada adiantarão novos textos legislativos se não houver a vontade política das Mesas das duas Casas do Congresso no sentido de cumprir as normas existentes, principalmente, a análise dos requisitos de Admissibilidade, ou seja, a Urgência e Relevância, o que, em pleno rigor científico, nunca foi feito desde 1988, segundo denúncias feitas da Tribuna da Casa por diversos parlamentares; c) - O novo comportamento que se inicia no STF representado por decisões que vão ao encontro dos anseios da sociedade, deverão aprofundar-se, pondo um limite ao Executivo e ao Legislativo no tocante à edição das Medidas Provisórias.

Finalmente, afirmamos sem temor: ou se limita, levando a sério, a edição de Medidas Provisórias, exigindo-se-lhes os requisitos constitucionais, ou as Medidas Provisórias acabam com o pouco que ainda resta da crença na Constituição.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS<sup>39</sup>

- ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES - *A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador*, in *Contextos*, Revista da PUC - Rio de Janeiro, ano I, n. 1, março de 1987.
- ANGELO FAVATA - *Dizionario dei Termini Giuridici*. Undicesima edizione Aggiornata da FRANCESCO BARTOLINI, Casa Editrice La Tribuna - Piacenza, 1989.

<sup>38</sup> Texto e escrito antes da EC 32. Hoje o prazo é de 60 mais 60 dias.

<sup>39</sup> Aqui só estão relacionados os textos mencionados no artigo. Muitos outros existem, o que se comprovará nos *Comentários à Emenda Constitucional nº 32 (Medida Provisória)*, que estamos em fase de conclusão.

- Atti del Seminario svoltosi in Roma. Palazzo Della Consulta nel Giorno 11 de novembre 1994. I Decreti-Legge Non Convertiti.* Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.
- CARLO LAVAGNA - *Istituzioni di Diritto Pubblico.* Sesta edizione, Torino: UTET, 1986.
- CLÈMERSON MERLIN CLÈVE - *Medidas Provisórias.* 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CRISTINA GARCÍA PASCUAL - *Legitimidad Democrática y Poder Judicial.* Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1997.
- EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR - *Medidas Provisórias - Controles Legislativo e Jurisdicional.* Síntese Editora, 2000.
- ELISABETTA PALICI DI SUNI, *La Regola e L'eccezione - Istituzioni Parlamentaria e Potestà Normative dell' Esecutivo.* Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.
- *La Regola e L'Eccezione - Istituzioni Parlamentari e Potestà Normativa Dell' Esecutivo.* Milano- Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.
- FERRUCCIO PERGOLESÌ - *Diritto Costituzionale.* Padova-Cedam, 1972, Volume Primo, Seconda Ristampa della Quindicesima Edizione (1968).
- FRAN FIGUEIREDO, no artigo «As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro», Brasília: in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, abr/jun. 91, nº 110.
- FRANCISCO FERNANDES, *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa*, 28ª edição revista e ampliada por Celso Pedro Luft, Ed. Globo, 1987, verbetes.
- G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione - art. 76-82.* Zanichelli Editore, Bologna / Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1979.
- GEORGES BURDEAU - «O Poder Executivo na França», edição da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Coleção Estudos Sociais e Políticos, nº 19, Belo Horizonte, 1961.
- GEORGES LANGROD, *O Processo Legislativo na Europa Ocidental.* Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Direito Público e Ciência Política, Rio de Janeiro, 1954.
- GERALDO ATALIBA - *O Decreto-Lei na Constituição de 1967.* São Paulo: Editora. RT, 1967.
- GIUSEPPE DE VERGONTINI - *Derecho Constitucional Comparado.* Espasa-Calpe S/A, Madrid, 1985.
- IVO DANTAS - *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias - Um estudo comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro.* Recife: Editora Nossa Livraria / Ciência Jurídica, 1991.
- *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias - Um estudo comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro.* 2ª edição revista e aumentada, Brasília: Editora Consulex, 1991.
- *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade.* 3ª edição revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.
- «As Denominadas Famílias de Direito», in *Estudos Jurídicos, Políticos e Sociais — Homenagem a Gláucio Veiga.* Coordenação de Nelson Nogueira Saldanha e Palhares Moreira Reis. Juruá Editora, 2000.
- *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia.* Ed. Renovar, 2000.

- «Direito Comparado como Ciência», *Revista da Amatra VI*, Recife, ano 1, vol. 1, abril, 1997.
  - *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. 2ª edição totalmente revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
  - «Direito Comparado como Ciência», in *Anuário do Mestrado em Direito*, Faculdade de Direito do Recife, nº 7, 1995.
  - «O Direito Comparado: Formação histórica, métodos e técnicas de pesquisa», in *Revista Direito Atual*, Brasília, v. 1, n. 2, junho, 1999.
  - «As Denominadas Famílias de Direito: Civil Law e Common Law: Semelhanças e Dessemelhanças», in *Revista da ESMape*, volume 5, nº 11, janeiro/junho, 2000.
- JAVIER PÉREZ ROYO - *Las Fuentes del Derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, Col. «Temas Clave de la Constitución Española».
- JOEL DE MENEZES BIEBUHR - *O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.
- M. ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMORRO, *El Gobierno por Decreto*. Pamplona, 1997.
- NELSON DE SOUSA SAMPAIO - *O Processo Legislativo*. São Paulo: Edição Saraiva, 1968.
- PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA - *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1975.
- PLÁCIDO E SILVA - *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- RAUL MACHADO HORTA - «Tendências Atuais dos Regimes de Governo», in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora RT, nº 84, out.-dez. 1987.
- TEMÍSTOCLES MARTINES - *Diritto Costituzionale*. Giuffrè Editore, Milano, 1986, 4ª edizione, riveduta e aggiornata.
- VEZIO CRISAFULLI e LIVIO PALADIN - *Commentario Breve alla Costituzione*. Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1991.