



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

RAYANE BATISTA SABOIA

**O USO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DE TRIPARTIÇÃO DOS
PODERES**

SOUSA | PB

2016

RAYANE BATISTA SABOIA

**O USO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DE TRIPARTIÇÃO DOS
PODERES**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino.

SOUSA | PB

2016

Ficha Catalográfica

XXXX Saboia, Rayane Batista.

O Uso Excessivo E Equivocado De Medidas Provisórias No
Presidencialismo Brasileiro E Seus Reflexos Na Teoria De
Tripartição Dos Poderes/Rayane Batista Saboia. – Sousa, 2016.
66f.

Trabalho Monográfico (Graduação) – Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande,
Sousa: UFCG, 2016.

Curso: Direito.

Orientador: Giliard Cruz Targino.

Medidas Provisórias. Teoria de Separação dos Poderes. Poder
Executivo. Poder Legislativo.

CDD: XXXX

RAYANE BATISTA SABOIA

**O USO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DE TRIPARTIÇÃO DOS
PODERES**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Data da defesa:

Banca Examinadora

Prof. Giliard Cruz Targino – **Orientador**
CCJS/UFCG

Examinador (a) Interno 1
Instituição

Examinador (a) Interno 2
Instituição

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me conceder diariamente tantas graças quanto posso merecer, sendo sempre o guia dos meus passos e o Senhor da minha vida, nunca permitindo que eu percorra outro caminho que não seja o do bem.

À minha Mãe Maria Santíssima, que sempre me cobriu com seu Manto Sagrado e nunca me desamparou quando lhe recorri. Foi quem me confortou e me deu afago quando minha mãe nesta Terra não pode estar comigo fisicamente.

Aos meus Pais, que sempre foram espelho de comprometimento, perseverança e honestidade e me deram o apoio e incentivo necessários para chegar até aqui. Sou imensamente grata pela educação rígida, porém cheia de retidão, que deles recebi, fazendo de mim a pessoa que hoje sou.

Aos meus irmãos Bruna, Levy e Luma, que me fazem querer ser cada dia uma pessoa melhor, para que pra eles eu possa ser exemplo. Além de me permitirem sentir um amor que eu não julgava ser capaz de sentir.

Ao meu Vô Bebê (*in memoriam*) por ser o maior exemplo de hombridade que tenho e que sei que cuida de mim, mesmo não estando mais aqui.

Ao meu grupo mais lindo, minhas amigas Brenda, Emília, Gleiciara, Laís, Mariane e Rafaella, por todas as demonstrações de amizade que diariamente recebo, à exemplo das muitas vezes que, quando me senti só, foram meu amparo, me proporcionando as melhores palavras de encorajamento.

Às minhas amigas crateuenses, Emanuely, Rayanne e Wilny, por manterem comigo ao longo de tantos anos, uma amizade verdadeira, mostrando que laços como os nossos não se desfazem com o tempo e a distância.

A cada um dos meus familiares, por todo o apoio e por intercederem diariamente por mim junto a Deus, a todos os anjos e Santos, me propiciando toda a proteção de que necessito para trilhar os caminhos, muitas vezes tortuosos, da vida.

A Alysson, pelas palavras de amizade e incentivo ao longo dos anos e pelo conhecimento jurídico que me ajudou a construir, inclusive contribuindo imensamente na feitura deste trabalho.

Ao meu orientador GiliardTargino, por toda a paciência e disponibilidade que sempre dedicou a mim enquanto sua orientanda, e pela colaboração dada para que concluíssemos este trabalho da melhor forma possível.

Do muito que eu li, do pouco que eu
sei, Nada me resta

Caetano Veloso

Eu, o Senhor, te chamei para a justiça, e
te tomarei pela mão, e te guardarei.

Isaías, 42:6

RESUMO

O presente estudo consiste em uma análise crítica das Medidas Provisórias embasada nos requisitos constitucionais e na Teoria de Separação dos Poderes. O mencionado instituto foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Deste modo, cabe indagar se ele tem conseguido corresponder às expectativas do legislador quando optou por incluí-lo em nosso sistema normativo. Assim, para atingir os objetivos deste trabalho, buscou-se compreender a Teoria de Separação dos Poderes, desde sua origem mais longínqua, até sua cristalização na obra Montesquiana, discutindo-se, em seguida, os elementos que compõem o estudo das medidas provisórias para, por fim, deliberar criticamente acerca de sua utilização no presidencialismo brasileiro. O método de abordagem utilizado na investigação foi o dedutivo, tanto no seu modo de conclusão imediata, quanto mediata. Com referência ao procedimento adotado para busca de conclusões durante a pesquisa, foram empregados os métodos bibliográfico, jurídico e histórico. Quanto às técnicas utilizadas neste procedimento, tratamos da documentação indireta, com o levantamento de dados sobre o tema. Assim, tendo como norte principiológico o respeito às normas constitucionais estabelecidas para a edição de medidas provisórias, busca-se analisar como o Chefe do Poder Executivo vem fazendo uso delas, e se tem sido compatível com os fins a priori propostos, atendendo a Teoria de Separação dos Poderes. Portanto, a relevância jurídica da temática encontra-se no fato de que, por serem, em tese, medidas de exceção, as medidas provisórias, quando não usadas corretamente, podem trazer sérios prejuízos ao nosso ordenamento jurídico, assim como às nossas bases institucionais, de modo a afetar a estrutura que alicerça nosso Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Medidas Provisórias. Teoria de Separação dos Poderes. Poder Executivo. Poder Legislativo.

ABSTRACT

This study is a critical analysis of Provisional Measures grounded in constitutional requirements and the Theory of Separation of Powers. The mentioned institute brought to the legal order. The mentioned institute was brought into the Brazilian legal order when the enactment of the 1988 Federal Constitution. Thereby, it is worth askwhether it has managed correspond to expectations of the legislator when chose to include it in our regulatory system. Thus, to achieve the objectives of this study, it was sought to understand the Theory of the Separation of Powers since its most distant origin until its crystallization in the work of Montesquieu. Then discussing the elements that compose the study of provisional measures to finally deliberate critically about their use in the Brazilian presidentialism. The approach method of the investigation was deductive, much in the way of immediate conclusion, as immediately. Regarding to the procedure adopted for search findings during the research, were used the literature, legal and historical methods. The techniques applied in this procedure, treat the indirect documentation with data collection of the subject. Therefore, having as north of the principles of the respect for constitutional norms established for the issuance of provisional measures, intends to analyze how the Chief Executive Branch has been making use of them, and has been compatible with the purposes of the proposed priori, complying with the Theory of the Separation of Powers. Therefore, the legal relevance of the subject is located in the fact that they are in theory, extraordinary measures, provisional measures, when not used properly, can cause serious damage to our legal system, as well as to our institutional basis in order to affect the structure that underpins our Rules-Based Democracy.

Key-words: Provisional Measures. Theory of Separation of Powers. Executive Branch. Legislative Branch.

LISTA DE ABRAVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
EC	Emenda Constitucional
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IRPJ	Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas
MP	Medida Provisória
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	Pág.
1 INTRODUÇÃO	12
2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO	14
2.1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA	14
2.1.1 Da Parte Deliberativa	15
2.1.2 Da Parte Executiva	16
2.1.3 Da Parte Judiciária	17
2.2 A DIVISÃO DOS PODERES TEORIZADA POR LOCKE	18
2.2.1 O Poder Legislativo ou Poder Supremo	19
2.2.2 O Poder Executivo.....	21
2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DOCTRINA DE MONTESQUIEU E A TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS	22
2.3.1 O Poder Executivo.....	24
2.3.2 O Poder Legislativo	25
2.3.3 O Poder Judiciário	26
2.3.4 Freios e contrapesos e as funções típicas e atípicas dos poderes.....	27
3 MEDIDAS PROVISÓRIAS: ASPECTOS GERAIS E ESPECÍFICOS	30
3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	30
3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	32
3.3 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001 NO QUE TANGE ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	34
3.4 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS: RELEVÂNCIA E URGÊNCIA	36
3.4.1 Relevância.....	37
3.4.2 Urgência	38
3.5 DOS LIMITES MATERIAIS À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	38
3.5.1 Vedação do art. 62, §1º, I, alíneas a, c e d.....	39
3.5.2 Vedação do art.62, §1º, I, b	40
3.5.3 Vedação do art.62, §1º, II	41
3.5.4 Vedação do art. 62, §1º, III	41

3.5.5	Vedação do art.62, § 1º, IV.....	41
3.5.6	Limitação do art. 62, § 2º	42
3.6	DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	43
3.7	PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE MEDIDA PROVISÓRIA E LEI DELEGADA.....	44
4	LEGIFERAÇÃO GOVERNAMENTAL – O EXECUTIVO QUE LEGISLA	46
4.1	PROBLEMATIZAÇÃO DA EDIÇÃO EXCESSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	46
4.2	DA NECESSIDADE DE EFETIVO CONTROLE JURISDICIONAL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	48
4.3	POSSÍVEL INTERFERÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA TEORIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	52
4.4	DOS POSSÍVEIS DESVIOS DE FINALIDADE NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objeto a análise argutiva do instituto da medida provisória, assim como da maneira como o Poder Executivo o tem utilizado, de modo a verificar se seu uso, como vem ocorrendo, é o mais adequado à democracia e atende a Teoria da Separação dos Poderes.

Com o fim de gerar uma reflexão sobre a real pertinência do instituto objeto de estudo, qual seja, a Medida Provisória, na forma de governo adotada em nosso país, visa-se compreender se sua adequação está em conformidade com o que previu, em princípio, o legislador constituinte quando a colocou no rol de espécies normativas elencadas no art. 59 da Carta de 88, dando-lhe natureza jurídica de força de lei.

A escolha deste tema encontra justificativa na observação do grande número de medidas provisórias editadas, que sugere um desequilíbrio entre os poderes. Ademais, apura-se atualmente indícios da utilização de Medidas Provisórias com fins escusos, de modo a se questionar se seu uso é de fato feito da maneira correta, observando os requisitos constitucionalmente impostos.

Para tanto, deve-se abordar as diversas teses elaboradas que idealizam um Estado com poderes organizados separadamente. Assim, mostra-se de grande valia analisar as teorias mais precoces acerca do tema, a começar por Aristóteles que, já na Grécia Antiga, analisando a Constituição da época, viu a necessidade de que o Estado tivesse poderes que se dividissem em três.

Isto foi o que deu fundamento para as teorias que surgiram a seguir, passando por Locke, até chegar ao que temos de mais concreto no que se refere a uma teoria tripartida de poderes, que foi o descrito por Montesquieu no Livro XI dos seus escritos intitulado “O Espírito das Leis”.

Em segundo lugar, mas não menos importante, é de extrema relevância entender o instituto em estudo, de modo a analisar seu surgimento e evolução, abordar seu conceito, compreender as divergências quanto à classificação de sua natureza jurídica e esmiuçar seus requisitos e limitações. Tudo isto para que se possa ter uma base para entender a sua profundidade e impacto que pode causar na sociedade e na estrutura do nosso Estado.

Só assim teremos a oportunidade de olhar de modo crítico para as Medidas Provisórias, visualizando seus efeitos, que podem ser de imensa contribuição para o povo, contudo também podem ser catastróficos quando não observada a Constituição e o verdadeiro interesse popular.

Desta feita, faz-se mister que mantenhamos nossas mentes estudiosas abertas e podadas de qualquer sentimento que não seja a crítica jurídica, de modo a acolher as conclusões que serão retiradas deste estudo da forma mais sagaz possível.

No presente estudo estão sendo levantadas as seguintes hipóteses: a forma como as Medidas Provisórias têm sido utilizadas em nosso País, é excessiva? Esta forma corresponde com os fins idealizados quando da sua implantação em nosso ordenamento jurídico? Sua utilização tem invadido a função prevista ao Poder Legislativo, interferindo na Separação dos Poderes?

Quanto à metodologia empregada, registramos que se adotará o método de abordagem dedutivo, que parte de uma ou mais premissas gerais e chega a uma ou mais conclusões particulares. Os métodos de procedimento usados serão o comparativo e o monográfico, os quais respectivamente buscam semelhança do postulado com outros institutos jurídicos pátrios.

A pesquisa bibliográfica enfocará a temática a partir dos aspectos históricos e jurídicos. Para tanto, será realizada a coleta de instrumentos textuais como: legislações atualizadas, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico e histórico do tema central ora estudado. Após o levantamento bibliográfico e a análise de documentos serão realizadas leituras e fichamentos para o estudo das questões pertinentes ao tema.

2 TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

2.1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA

Antes de iniciarmos um estudo mais aprofundado do nosso tema, é de grande importância que possamos compreender as teorias que dividem os poderes que embasam nossa República.

Qualquer pessoa que tenha frequentado as aulas de história do ensino básico no Brasil pode dizer que já pelo menos ouviu falar na Teoria da Separação dos Poderes, por ser este o sistema adotado em nosso Estado.

Diz o art. 2º da *Lex Mater* que “são poderes da União *independentes e harmônicos* entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (grifo nosso).

Assim, é sabido que adotamos o modelo de Estado com poderes tripartidos proposto por Montesquieu. Todavia para que ele chegasse às suas conclusões, muitos que vieram antes dele já mencionavam a ideia de um Estado que dividisse seus poderes.

Ainda na Grécia Antiga, Aristóteles, embora não tenha exatamente teorizado sobre o assunto, analisou a Constituição da época, descrevendo a necessidade de que o sistema estatal tivesse sua atuação dividida em três, no que se refere aos seus poderes.

Em sua obra *A Política*, Aristóteles (2001, p. 75) afirmou que:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

Estes poderes, de acordo com o grego, se dividiriam da seguinte maneira: a parte deliberativa, que deliberaria acerca dos negócios de Estado; a parte executiva, ou os magistrados, que ficariam a cargo de executar as decisões tomadas pela parte deliberativa; e, por último, a parte judiciária, que abrangeria todos os cargos de jurisdição.

Trataremos acerca de cada um destes poderes de forma mais enfática um pouco adiante.

O discípulo de Platão esqueceu apenas de distribuir os poderes a órgãos distintos. Como bem colocado por LENZA (2009, p. 337):

Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a **concentração** do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele que editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de *Luís XIV* reflete tal descrição: “*L’Étatc’est moi*”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Desta forma, percebe-se que a principal contribuição do filósofo foi no sentido de entender pela necessidade de poderes distintos.

2.1.1 Da Parte Deliberativa

Como já mencionado, este poder cuidava de deliberar acerca dos negócios do Estado. A ele, caberiam funções específicas. Por exemplo, as assembleias deveriam deliberar, soberanamente, acerca de declaração de paz e guerra, decretação de pena de morte, banimento e confisco, elaboração das leis, além de prestar contas aos magistrados.

Aristóteles considerou imperioso que, para que o poder deliberativo fosse exercido da maneira correta, deveria haver a participação de todos os cidadãos. Isto poderia acontecer de diversas maneiras, a depender da forma de governo adotada pelo Estado.

Nas palavras do filósofo (2001, p. 76):

Estas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns.

Quando todos são admitidos na deliberação sobre qualquer matéria, há democracia; o povo ostenta a igualdade em tudo. Mas todos podem participar das deliberações de várias maneiras (...)

Em contrapartida, há oligarquia quando a deliberação sobre qualquer matéria cabe a alguns (...)

Quando, por exemplo, a deliberação sobre a paz e a guerra e a censura dos magistrados são reservadas a todos, e o resto é entregue aos magistrados, quer tirados por sorteio quer eleitos, há ou aristocracia ou República(...) Assim, a Assembleia é diferente conforme a natureza dos Estados.

Por fim, Aristóteles (2001, p.77) entendeu que este poder deveria ser tido como o “verdadeiro soberano do Estado”.

2.1.2 Da Parte Executiva

Após explicar como poderiam e deveriam funcionar as assembleias deliberativas, Aristóteles passa a tratar das magistraturas governamentais, que tratariam sobre o que o Estado precisa para agir.

Esclarecemos que, quando o pensador fala em “magistraturas”, não se refere ao que nós entendemos hoje pelo termo, o qual está ligado ao poder judiciário. Na concepção do filósofo, as magistraturas eram órgãos da parte executiva e funcionavam como uma espécie do que temos hoje como Ministérios.

Tinha como extremamente difícil a tarefa de escolha dos magistrados, uma vez que não considerava conveniente à sociedade civil que o corpo de magistrados em sua totalidade fosse nomeado apenas por eleição ou somente por sorteio. Muitos pontos deveriam ser levados em consideração, a exemplo de sua descendência, sua função, por quem deveriam ser escolhidos, a forma de governo adotada pelo Estado, entre tantos outros.

Preocupou-se também com quais magistraturas deveriam ser criadas, e dividiu-as naquelas de grande necessidade para a sociedade e naquelas que não tinham tanta importância assim, mas que seriam úteis. Disse ele (2001, p. 79):

Primeiramente, pergunta-se que magistraturas se devem criar, e quantas, para formar um Estado; quais são as que, sem ser absolutamente necessárias, são, no entanto úteis para a boa constituição quer do Estado inteiro, quer de cada uma de suas partes, e até das menores cidades. Algumas delas são essenciais, sem as quais um Estado não pode existir; outras existem que foram criadas para a boa ordem e para o bem-estar, sem as quais a vida civil não seria muito agradável.

Aristóteles considerou que seriam magistraturas que, essencialmente deveriam ser criadas: uma que cuidasse de tudo que fosse feito de boa fé; outra que

cuidasse da administração dos edifícios públicos e privados e, análoga a esta, os guardas florestais no campo; a de tesouraria, que recebe o dinheiro, guarda e o aplica para seus devidos fins; um magistrado para cuidar dos contratos privados, escrever os julgamentos e redigir as petições e citações em justiça; e, por fim, os que denominou “cargos de ódio” que seriam o de executor de sentenças de condenação, o de pregoeiro de bens apreendidos e o de guarda de prisões.

Há também os tribunais que, embora não essenciais, são úteis para a boa ordem, o bem estar e para tornar a vida civil mais agradável, totalizando, junto aos obrigatoriamente necessários, o número de oito tribunais.

Quanto ao tempo de exercício das magistraturas, este não deveria ser vitalício ou de duração estendida em demasia, no entanto, também não poderia ser muito curto, mas moderado. Ainda, não seria interessante que a mesma pessoa assumisse mais de uma vez o mesmo cargo.

2.1.3 Da Parte Judiciária

Este terceiro órgão ficou com a função de decidir acerca da escolha dos magistrados e suas magistraturas. Todo o elencado no subtópico anterior, deveria ser tratado por este poder, a exemplo de quais seriam os tribunais, o número deles, como seriam divididos, a forma de escolha dos juízes, se por sorteio ou eleição.

De acordo com Aristóteles (2001, p. 84), a forma de estabelecimento das magistraturas deveria observar três princípios, a saber: os que nomeiam, os nomeados e a forma de nomeação, de modo que este processo poderia ocorrer das seguintes maneiras:

(...) aquela que exige o concurso de alguns, apenas ou de todos; a que admite aos cargos apenas alguns cidadãos, ou que os admite a todos; finalmente, a que será feita por meio de eleição ou por sorte. Cada uma destas combinações permite quatro modos de execução: todos os cidadãos podem escolher os magistrados entre todos por meio de eleição ou por sorte; podem escolhê-los entre todos sucessivamente e em várias partes distintas, por exemplo, por tribos, por burgos, por fatias, até que tenham sido percorridas todas as classes de cidadãos, ou então pode-se escolher sempre os magistrados em toda a massa do povo; e ora de um desses dois modos, ora de outra.

Por fim, Aristóteles fala acerca da importância da justiça para a ordem judiciária, de modo que esta é meio para que se alcance a igualdade entre os cidadãos. Relevante se mostra trazer as palavras do filósofo (2001, p. 99) *ipsis litteris*:

O bem político é a justiça, da qual é inseparável o interesse comum, e muitos concordam em considerar a justiça, como dissemos em nossa Ética, como uma espécie de igualdade. Se há, dizem os filósofos, algo de justo entre os homens é a igualdade de tratamento entre as pessoas iguais.

Por esta passagem, especialmente quando o pensador grego afirma que “o bem político é a justiça”, podemos entender que um governo que não se preocupa com a promoção da justiça, não pode ser considerado um governo adequado para a comunidade e seus interesses. Ademais, a igualdade por si só não se mostra suficiente, de modo que esta deverá acontecer entre aqueles que, entre si, são iguais.

2.2 A DIVISÃO DOS PODERES TEORIZADA POR LOCKE

O inglês John Locke foi outro filósofo a entender que o Estado possuía mais de um poder. Com uma concepção absolutista, as ideias lockeanas fundaram-se no objetivo de retirar das mãos do monarca todo o poder, distribuindo-o a pessoas diferentes, suprimindo, desta maneira, a falha da teoria aristotélica.

Embora seja muito comum se pensar que Locke teorizou acerca de um Estado com poderes tripartidos, ele na verdade só previu dois poderes, a saber: legislativo e executivo. Sendo que, o primeiro, assim como entendeu Aristóteles, seria o poder supremo, de modo que o segundo estaria subordinado àquele.

Norberto Bobbio (1997, p. 231) nos esclarece: “Diz-se habitualmente que o Estado tem três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Todavia, para Locke, considerado muitas vezes, erroneamente, como o pai da teoria dos três poderes, os poderes são apenas dois.”

Quanto ao poder judiciário, é certo que não se configura como poder autônomo. Entretanto, parece-nos confuso se a intenção do pensador foi incluí-lo

como atividade meio do poder executivo ou do poder legislativo, havendo divergências, inclusive, entre os estudiosos da obra lockeana.

Fala-se ainda em um poder federativo que, embora distinto, deve estar nas mesmas mãos daquele a quem é atribuído o executivo.

2.2.1 O Poder Legislativo ou Poder Supremo

Locke considerou que a premissa do homem na sociedade, é a defesa da sua propriedade. Desta maneira as leis deveriam ser estabelecidas com o fim de promover o bem estar e a boa organização da vida civil. Neste sentido, a ideia lockeana (2001, p. 71) é a de que "(...) a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo".

Somente quem fora legitimado pelo povo para criar e estabelecer leis, o poderia fazer. Qualquer outra pessoa arremetida de outro poder não poderia exigir o cumprimento de leis. Há a necessidade do aval público para poder usufruir da prerrogativa de legislar. Neste sentido, afirma Locke (2001, p. 71):

Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez colocou; nem pode qualquer eito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade recebida.

Ao poder legislativo, cabem diversas atribuições, independente da forma de governo adotada pelo Estado. A primeira delas é a de promulgar leis pautadas na isonomia. Tais leis devem ser permanentes e invariáveis.

A segunda é que, as leis estabelecidas devem visar, prioritariamente, o bem comum, sem nunca se esquecer dos pilares que sustentam a primeira atribuição: isonomia, invariabilidade e perenidade.

Em terceiro lugar, o legislativo tem a obrigação de garantir a propriedade dos indivíduos, sem permitir que esta lhes fosse tomada em todo ou em parte. Diz o filósofo (2001, p. 73) que "(...) não terei verdadeiramente qualquer propriedade

naquilo que outrem pode, por direito, tirar-me quando lhe aprouver, contra meu consentimento”.

A última atribuição seria que o poder de legislar não poderia ser transferido a mais ninguém, senão àqueles a quem os cidadãos consentiram. Neste sentido, afirmou Locke (2001, p. 74): "Somente o povo pode indicar a forma da comunidade, a qual consiste em constituir o legislativo e indicar em que mãos deve estar."

O pensador ainda preocupou-se com o temor de que, nos Estados em que o poder legislativo fosse formado por assembleias que, em todo ou em parte pudessem ser dissolvidas, os legisladores não se ocupassem em elaborar leis que atingissem a finalidade do bem comum. O filósofo logo cuidou em desmistificar isto, dado que, uma vez deslegitimados do poder de legislar, os membros da assembleia passariam a se submeter às leis como qualquer outro cidadão.

Ainda, de acordo com o filósofo, não há necessidade de que os membros do poder legislativo estejam permanentemente reunidos. Uma vez elaboradas as leis, ele poderia ser dissolvido, recompondo-se apenas em caso de necessidade. Desta forma, há de se observar, portanto, que este poder possui como característica a provisoriedade.

Por fim, cabe entender o porquê de que talvez Locke tenha incluído aqui o judiciário.

No capítulo XI de sua obra, *O Segundo tratado sobre o governo civil* o pensador (2001, p.72) afirmou que:

(...) o poder legislativo ou poder supremo não pode chamar a si o poder de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas está na obrigação de dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos.

Neste contexto, nos parece que, ao afirmar que o poder legislativo tem o dever de “decidir dos direitos dos súditos”, o filósofo quis que este poder não só elaborasse lei, mas também cuidasse na sua interpretação, apresentando legislativo e judiciário como partes do mesmo poder que se complementam.

Compartilha da ideia de que Locke quis incluir o Judiciário como parte do Poder Legislativo o pensador Norberto Bobbio.

2.2.2 O Poder Executivo

Como dito anteriormente, o Poder Supremo não deve ser permanente, cabendo a ele reunir-se apenas em caso de necessidade e elaboração de leis. A quem então ficaria a cargo de decidir acerca da convocação e da dissolução do Poder Legislativo? Esta incumbência seria de competência do Poder Executivo que, embora seja subordinado àquele, posto que sua atuação limita-se às leis, tem como característica a permanência. Nas palavras de Locke (2001, p. 77) “...é absolutamente necessário que o poder executivo seja permanente, visto que nem sempre há necessidade de elaborar novas leis, mas sempre existe a necessidade de executar as que foram feitas.”

Saliente-se que, mesmo quando as reuniões do Legislativo estivessem constitucionalmente preestabelecidas, não havia garantia de que elas ocorressem da forma como prevista. Neste sentido, Locke questiona se, neste caso, não haveria possibilidade de o executivo impedir a convocação do Poder Supremo. Ele mesmo encontra solução para seu questionamento ao esclarecer que “(...) empregar a força sobre o povo sem autoridade, e contrariamente ao encargo confiado a quem assim procede, constitui estado de guerra com o povo, que tem o direito de restabelecer o poder legislativo no exercício dos seus poderes; (...)” (LOCKE, 2001, p. 13).

Desta forma, poderia ser questionada a supremacia do legislativo, visto que o executivo exerce certo poder sobre ele. Entretanto, há de se convir que, apesar disto, o executivo subordina-se às leis elaboradas pelo poder supremo, poder este escolhido pelo povo. Ora, se os cidadãos consentiram e reconheceram a sua legitimidade, qualquer outro que se mostrasse contra a sua vontade, poderia ser visto, como afirma o próprio filósofo, em “estado de guerra com o povo”. Sendo, portanto, o interesse público a base desta prerrogativa.

Neste sentido, entendeu Locke (2001, p. 13) “...embora o executivo tenha a prerrogativa de convocar ou dissolver as reuniões do legislativo, nem por isso lhe é superior”.

Há também de se questionar acerca do motivo de o executivo ter tal mando sobre o legislativo. Isto se justifica pela não perenidade do poder supremo. Conquanto não há a necessidade de que ele seja permanente, ninguém melhor do

que quem esteve o tempo inteiro com o povo para saber e entender o tempo certo para que novas leis sejam elaboradas para atender aos anseios da sociedade.

O inglês ainda assevera que cabe ao executivo não pura e simplesmente executar as leis já existentes, porém agir, sempre no melhor interesse da comunidade, quando a legislação não for o suficiente para suprir as necessidades do povo, devendo, deste modo, preencher as lacunas legislativas que possam surgir.

No tocante ao chamado poder federativo, este, embora distinto, não pode desvencilhar-se do executivo. Nas palavras do filósofo (2001, p. 12):

Embora, conforme disse, os poderes executivo e federativo de qualquer comunidade sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem separar-se e colocar-se ao mesmo tempo em mãos de pessoas distintas; (...).

Este poder teria a incumbência de decidir situações de ordem externa, como declarar paz ou guerra. Portanto, a única diferença entre executivo e federativo, é que o primeiro executaria as leis no trato interno do Estado, e o segundo agiria apenas nas questões externas daquele mesmo Estado. Por isto, nada mais lógico que ambos os poderes concentrem-se nas mesmas mãos.

Por fim, quanto ao poder judiciário como parte do executivo, defende esta corrente Gough (1992, p. 185), ao afirmar na sua obra que Locke “parece incluí-lo em seu poder executivo, o qual se ocupa da administração total das leis.”

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DOUTRINA DE MONTESQUIEU E A TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS

As ideias de Montesquieu sobre um Estado onde os poderes fossem separados, foram por ele externadas em sua obra “O Espírito das Leis”, mais especificamente, no Livro XI.

Na concepção do pensador, para que a liberdade fosse assegurada, era essencial que os poderes do Estado fossem separados e que não se concentrassem nas mãos de um. Ele achou por bem dividir estes poderes em três, o que

conhecemos hoje como *Teoria Tripartida dos Poderes*. Esta é a teoria de organização adotada pela nossa Constituição, que em seu art. 2º afirma que são poderes da União o legislativo, o executivo e o judiciário, sendo estes independentes e harmônicos entre si.

A liberdade pode ser democrática ou política. Por liberdade democrática, entende-se aquela em que o povo faz o que quer. Já na política, visam-se os anseios, não apenas individuais, mas da sociedade como um todo. Esta deverá ser observada de acordo com as leis.

Desta maneira, colocou o filósofo (2000, p. 168):

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Por conseguinte, podemos concluir que o que Montesquieu entendeu por liberdade política é o que temos externado em nossa Constituição no art. 5º, II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Visando assegurar esta liberdade e o equilíbrio, o filósofo idealizou o conceito da “equipotência dos poderes”, que significaria a possibilidade de controle mútuo entre os três poderes. Deste modo, seria possível evitar que os Estados se desviassem para uma forma de governo despótica, tentando garantir que o exercício da razão na busca do bem comum, prevalecesse sobre as paixões individuais.

Assim, o executivo seria responsável por guiar o Estado política e administrativamente. O legislativo ficaria a cargo de representar o povo, tentando atender aos seus anseios por meio da função legiferante. E, por fim, o judiciário seria responsável pela interpretação das leis.

Saliente-se que Montesquieu também visualizou a necessidade de executivo e legislativo funcionarem como “freios e contra-pesos” um do outro, de modo a garantir que as prerrogativas dadas a ambos não fossem excedidas. Este assunto será abordado com maior profundidade mais adiante.

2.3.1 O Poder Executivo

O que previu Montesquieu acerca do exercício deste poder, não difere muito de seus antecessores e outros estudiosos. Todavia cabe apontar um detalhe interessante trazido em seus escritos.

Em sua obra, Montesquieu não tratou apenas da separação de poderes, entretanto cuidou de muitos outros assuntos que se referem à organização e administração de um Estado. Entre elas, as formas de governo.

Ele entendeu ser possível a existência de três formas de Governo.

A primeira seria a monarquia. Mas não as monarquias absolutistas, como as que preponderaram até o século XVIII, mas sim as monarquias constitucionais, que são aquelas que podemos facilmente visualizar hoje na Inglaterra, onde o monarca é constitucionalmente limitado pelo parlamento.

A segunda seria a república, onde o poder é exercido pelo próprio povo de forma direta.

A terceira, o despotismo. Aqui o poder concentra-se totalmente na mão de uma só pessoa, o déspota, sem que nenhuma constituição, ou mesmo o povo possa limitar suas prerrogativas e atos.

Concluiu o filósofo ser a monarquia a melhor forma de governo. Isto porque, de cara, o despotismo não é saudável para a manutenção da liberdade. Enquanto a república, ele as classifica como fracas, uma vez que dependem das virtudes de seus cidadãos na esperança de que estes coloquem seus interesses pessoais abaixo dos da coletividade. Isto faria com que as repúblicas pudessem facilmente desviar-se para um caminho de despotismo. As monarquias seriam, portanto, o perfeito equilíbrio.

Desta maneira, o poder executivo deve ser exercido pelo monarca. Sobre isto, assim disse MONTESQUIEU (2000, p. 172):

O poder executivo deve estar entre as mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários (...) Pois, se não houvesse monarca e o poder executivo fosse confiado a um certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos, participando as mesmas pessoas, por vezes, e podendo sempre participar de um e de outro.

Ou seja, é mais lógico que a administração do Estado e execução de atos previstos pelos frutos da função legislativa seja feita por uma só pessoa legitimada, ao invés de várias.

2.3.2 O Poder Legislativo

Através da obra de Montesquieu, se pode extrair que ele acredita ser essencial a participação do povo na elaboração das leis. Entretanto, em virtude do grande número de habitantes que possuem os Estados, seria em demasia inconveniente reuni-los de forma a possibilitar uma discussão acerca nas normas que devem vigorar em sua sociedade.

É muito mais lógico que a função de legislar seja dada ao povo, contudo de modo indireto, ou seja, pela forma representativa, uma vez que um menor número de pessoas viabilizaria a discussão.

Entendeu ele que a participação popular deveria ocorrer de acordo com seu *status* na sociedade, havendo separação de acordo com as riquezas que possui. Assim, deveria haver um corpo legislativo para representar a nobreza e outro para representar o restante do povo.

A divisão de funções entre estes dois corpos ocorreria da seguinte maneira: o corpo do povo elaboraria as leis e o corpo dos nobres ficaria a cargo apenas de vetá-las ou sancioná-las. Isto deveria ser feito assim para garantir que o corpo dos nobres não agisse visando apenas seus interesses de modo a prejudicar o povo, como em assuntos relativos à tributação.

Do mesmo modo como Aristóteles, também entendeu Montesquieu que o legislativo não deveria estar reunido permanentemente, uma vez que, se assim o fosse, o executivo se ocuparia apenas em defender suas prerrogativas e não em

funcionar no interesse da coletividade. Além do que, percebeu MONTESQUIEU (2000, p. 173) que:

Se o corpo legislativo estivesse continuamente reunido, poderia acontecer que só se chamariam novos deputados para o lugar daqueles que morressem, e, neste caso, uma vez corrompido o corpo legislativo, o mal não teria remédio. Quando diversos corpos legislativos sucedem uns aos outros, o povo, que tem uma má opinião do corpo legislativo atual, coloca, com razão, suas esperanças naquele que virá depois. Mas se fosse sempre o mesmo corpo, o povo, vendo-o uma vez corrompido, não esperaria mais nada de suas leis; tornar-se-ia furioso, ou cairia na indolência.

Também não seria interessante que o legislativo tivesse a prerrogativa de convocar a si próprio, já que ele poderia se utilizar disso para nunca se convocar. Esta tarefa caberia, portanto, ao poder Executivo.

Ainda, a convocação do legislativo não deveria ocorrer com grande frequência, para não facilitar a corrupção, nem tampouco ocorrer entre espaços de tempo demasiadamente longos, sob pena de se cair em anarquia. Deve haver moderação quanto a isto.

2.3.3 O Poder Judiciário

O ato de julgar é considerado pelo pensador (2000, p. 169) um poder “tão terrível entre os homens”, de modo que deve sempre buscar a imparcialidade daqueles que julgam.

Para isto, não haveria como este poder ser exercido permanentemente pelo senado, mas por pessoas do povo. Além disto, estas pessoas integrariam os tribunais apenas por certo período de tempo, só enquanto se mostrasse necessária a sua atuação.

Ainda, os juízes devem ser da mesma comunidade e meio social daqueles que serão julgados, ou seja, nobres devem ser julgados por nobres, plebeus por plebeus. Isto porque se daria ao acusado a garantia de que “ele não possa persuadir-se de que caiu em mãos de pessoas inclinadas a lhe praticarem violências” (MONTESQUIEU, 2000, p.170).

Nos casos em que haja grande repercussão, o acusado deve também ter o poder de recusar ou escolher os magistrados que lhe julgarão desde que sobre um número suficiente de juízes de sua escolha.

Ademais, Montesquieu viu o judiciário como um poder “nulo e invisível”, porque sua participação se restringe a interpretar as leis elaboradas pelo legislativo, de acordo com os atos do executivo, sem maiores participações na organização do Estado. Desta forma, considera-se que o poder de julgar não está intimamente ligado ao Estado. No entanto, ainda assim, é considerado uma das formas de manifestação da soberania estatal.

2.3.4 Freios e contrapesos e as funções típicas e atípicas dos poderes

O sistema de freios e contrapesos nada mais é do que a vigilância e controle de um poder para com outro. É a forma encontrada para que os poderes não excedam suas prerrogativas ou se utilizem delas para benefícios individuais. É mais uma forma de garantia do bem estar social e organização estatal.

Embora idealizada por Montesquieu, esta é uma construção do federalismo americano, originalmente chamado de *checkand balances*.

Podemos vislumbrar esta teoria se externando com maior clareza quando, por exemplo, o judiciário declara a inconstitucionalidade de determinada lei, ou quando o chefe do executivo veta certo projeto de lei, ou mesmo através da prerrogativa dada ao legislativo de, no caso de crime de responsabilidade cometido pelo presidente, este ter seu *impeachment* declarado. Estas seriam, portanto, as funções atípicas do poderes.

As funções típicas de cada poder já foram amplamente abordadas. São aquelas expostas em todas as teorias de divisão dos poderes, quais sejam: a do legislativo de elaborar leis; a do executivo de executar o que prevê o legislativo; e a do judiciário de interpretar as leis.

Entretanto, nossa Constituição diz que, os poderes são “independentes e harmônicos entre si”. Ou seja, deve haver uma integração entre eles de forma a buscar um Estado mais organizado e uma vida em sociedade mais digna.

É a partir disso que podemos extrair a importância de que os poderes exerçam também funções que não sejam aquelas prioritariamente previstas nas teorias que os dividiram. Isto se mostra, indiscutivelmente, como fruto da evolução do raciocínio destas ideias e do desenvolvimento do que se entende por Estado Democrático.

A função típica de cada poder, como já sabemos, é aquela exercida com preponderância, enquanto as atípicas são secundárias, visando apenas a garantia de independência, encontrando suas limitações na norma expressa pela Constituição.

Se diferente fosse, o judiciário, por exemplo, quando na necessidade de contratar servidores, teria de dirigir-se ao executivo, uma vez que sua função seria limitada em apenas interpretar as leis.

Nesta esteira, os ensinamentos de Rosah Russomano (1976, p. 33):

As exigências de ordem prática, à medida que se desdobram as décadas, demandaram um apagamento das fronteiras entre Poderes e, pois, entre funções.

Contemplando o que se passa no Estado moderno, podemos observar que cada Poder, se exerce – conforme o sabemos – a função que lhe é própria com a dominância, cada vez o faz com menor ênfase.

As funções estão longe de ser exclusivas do Poder respectivo.

Secundariamente embora, estes, em sua dinâmica, escapam aos setores que lhes são inerentes.

Assim, temos como exemplos de funções atípicas dos poderes as listadas a seguir:

- Legislativo: quando concede férias e licença aos seus servidores, provê cargos e dispõe acerca de sua organização, faz vezes de poder executivo; quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade, nos moldes do art. 52, I da Constituição Federal, comporta-se como poder judiciário;
- Executivo: ao tomar a iniciativa de um projeto de Lei, faz vezes de legislativo; ao julgar, apreciando defesa de recursos administrativos, comporta-se como poder judiciário;
- Judiciário: quando os seus tribunais elaboram seus próprios regimentos internos, faz vezes de legislativo; quando contrata ou concede férias aos seus servidores, comporta-se como poder executivo.

Isto mostra a necessidade de os poderes serem sim independentes e harmônicos, mas jamais autônomos, isto é, um não pode funcionar sem o outro, nem tampouco, um pode existir sozinho. Mas, claro, deve ser observada a norma constitucional, uma vez que esta será a limitadora da prerrogativa de exercício atípico das funções por parte dos poderes.

3 MEDIDAS PROVISÓRIAS: ASPECTOS GERAIS E ESPECÍFICOS

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O instituto da Medida Provisória foi integrado ao nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988. Esta ferramenta, que é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, está prescrita no art. 62 da Carta Magna, o qual trazemos ao conhecimento seu caput: “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.

Entretanto, para que se possa compreender com clareza os fins deste trabalho, não é o suficiente transcrever as palavras do legislador constituinte. Faz-se mister, antes de tudo, analisar o conceito do dispositivo em estudo, qual seja, a medida provisória.

Segundo BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 113), de acordo com a nova redação do art. 62 dada pela Emenda Constitucional 32/2001, Medidas Provisórias são:

Providências (como o próprio nome diz, provisórias) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, "em caso de relevância e urgência", e que terão "força de lei", cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo - que não correrá durante o recesso parlamentar - de 120 dias contados a partir de sua publicação.

Já UADI LAMÊGO BULOS (2011, p. 1182), em sua obra intitulada Curso de Direito Constitucional, traz que a “Medida Provisória é o ato monocrático do Presidente da República com força de lei, editada em caso de relevância e urgência, que deve ser imediatamente submetida à apreciação do Congresso Nacional”.

Desta feita, concluímos que a Medida Provisória é o instrumento nascido para facultar ao Poder Executivo, exclusivamente na pessoa do Presidente da República, adoção de medidas com caráter de relevância e urgência, de modo a garantir o bom desempenho da atividade estatal e o bem estar da sociedade integrante deste Estado.

Importante mostra-se também definir qual a sua natureza jurídica, uma vez que isto determinará a influência que o Judiciário terá quanto a este assunto.

O tema ainda hoje é controvertido entre os estudiosos do Direito Constitucional brasileiro. Há aqueles que defendem que a Medida Provisória é Lei, sob o argumento principal de que ela encontra-se elencada no art. 59 da nossa Carta Magna. Tal dispositivo encarregou-se de catalogar taxativamente as espécies normativas que compõe o processo legislativo.

Entre os defensores desta corrente, encontramos Pontes de Miranda (1949, p. 141), que diz que tal instituto é uma espécie de lei sob condição resolutiva. Da mesma linha de raciocínio parece associar-se José Afonso da Silva (1995 p.523), posto que, em sua obra, o autor optou por afirmar que as medidas provisórias estão “sujeitas a perder sua *qualificação legal* dentro de trinta dias” (grifo nosso).

Entretanto, a corrente que hoje mais possui adeptos na doutrina é a de que as Medidas Provisórias, embora não sejam de fato lei, possuem força de lei. Assim explica o mestre Pedro Lenza (2009, p. 422):

A medida provisória, muito embora tenha força de lei, não é verdadeira espécie normativa, já que inexistente um processo legislativo para sua formação. A medida provisória é adotada pelo Presidente da República, por intermédio de ato monocrático, unipessoal, sem a participação do Legislativo, chamado a discuti-la somente em momento posterior, quando já adotada pelo Executivo, com força de lei e produzindo seus efeitos jurídicos.

Demonstrando que o Supremo Tribunal Federal se filiou a este mesmo entendimento, Uadi (2011, p. 1185) nos traz o MS 22.989, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, do qual se pode extrair tal raciocínio. A seguir:

A teor do artigo 62 da Constituição Federal, a medida provisória, embora não seja lei, quer estritamente no sentido material, quer no sentido formal e material, possui força de lei. (STF, MS 22.989, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25-11-1997)

Ousamos, portanto, concordar com a segunda concorrente, concluindo que o instituto em apreço, embora não seja lei, possui força e eficácia legais, sendo espécie normativa de natureza infraconstitucional. Ou seja, põe-se em estado de equivalência constitucional com as leis, mas apenas transitoriamente.

3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Sucessora do decreto-lei, previsto nas Constituições de 1937 e 1967, a medida provisória veio com a intenção de sanar os defeitos daquele instituto, pois que vinha sendo usado de forma desordenada e desenfreada para atender aos arbítrios do Poder Executivo na época do regime militar.

Contudo, sua origem mais profunda encontra-se na Constituição Italiana que vaticana o *decreti-legge in casisstraordinaridi necessita e d'urgenza* (art. 77). Esta, por sua vez, baseou-se na *Lei Rocco*, a qual a intenção era prever o decreto como forma de regular situações urgentes de direito financeiro, tributário e até mesmo em casos de guerra.

Este instituto (*decreti-legge*), ao nosso ver, além de mais claro, é mais rígido, como podemos observar com perfeição do texto a seguir extraído da Carta Italiana:

Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando em caso extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, são convocadas para esse propósito e se reúnem dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.

Além do que, é indiscutível que o decreto-legge encaixa-se bem melhor no sistema italiano, visto que naquele país adota-se o parlamentarismo. Explicamos: a Constituição Peninsular afirma que o decreto-legge será adotado pelo Gabinete do Primeiro Ministro sob *sua responsabilidade política*. Naquele Estado, no regime parlamentarista, o gabinete é membro do corpo legislativo. Michel Temer (1998, p. 151) nos explica que em caso da não aprovação da medida provisória pelo parlamento, “o Gabinete (Governo) cai”. No Brasil, não há responsabilidade do chefe do Executivo. Uma vez não aprovada, a medida provisória pelo Congresso, o Presidente não perderá seu emprego.

Destarte, nos atrevemos a concluir que, quiçá o legislador constituinte tenha cometido um equívoco ao importar tal instituto jurídico, uma vez que a previsão do *decreti-legge* como está posto na Constituição Italiana, se adéqua muito mais aos

países que adotam o sistema parlamentarista, do que aos que têm como forma de governo a república presidencialista, caso do Brasil.

Como já dito, o decreto-lei previsto na carta de 1967 é o antecessor da Medida Provisória. Portanto, é de imensa relevância suscitar as diferenças entre ambos os institutos. Para isso, achamos por bem trazer o quadro comparativo apresentado, muito didaticamente, na obra do mestre UadiLamêgoBulos (2011, p. 1184). Vejamos:

Medidas provisórias	Decretos-lei
<ul style="list-style-type: none"> • para serem editadas, devem estar presentes ambos os pressupostos de admissibilidade – “relevância e urgência; • podem dispor sobre certas matérias, exceto aquelas previstas no art. 62, I a IV, da CF; • dependem de aprovação do Congresso Nacional para serem convertidas em lei; • se não forem convertidas em lei, perdem todos os efeitos que produziram; • podem ser objeto de emendas. 	<ul style="list-style-type: none"> • alternavam, para ser editados, os requisitos “urgência ou interesse público relevante; • subordinavam-se ao aumento de despesa, cingindo-se a um rol de matérias predeterminadas; • não precisavam do aval do Poder Legislativo para ser aprovados; sujeitavam-se ao <i>decurso do prazo</i>, que permitia a aprovação definitiva do decreto-lei, independentemente da manifestação do Congresso Nacional; • mesmo rejeitados, mantinham os efeitos produzidos durante sua vigência; • não podiam ser objeto de emendas; eram, apenas, aprovados ou rejeitados.

Cabe lembrar que as Medidas provisórias não constavam no art. 59 do texto final da Carta de 88, não integrando, portanto, o rol das espécies normativas. O inciso V do mencionado artigo só foi incluído em nossa Constituição já na madrugada que antecedeu a sua promulgação.

Qual o motivo que levou o legislador constituinte a entender que a medida provisória trata-se de uma espécie normativa, mesmo esta não se adequando ao processo legislativo clássico, não nos cabe questionar. Devemos apenas, como assevera Uadi(2011, p. 1182), “*perseguir a vontade do constituinte*”.

Em virtude da falta de clareza do texto original do art. 62, que não trazia qualquer especificação além dos requisitos de relevância e urgência e do prazo para ser convertida em lei, o Poder Executivo passou a fazer uso das medidas provisórias de modo que intitulos democraticamente equivocado, de maneira a se desvirtuar do seu real propósito.

Conforme levantamento feito pela Subsecretaria de Informações do Senado Federal, somente no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram editadas e reeditadas cerca de 2.277 medidas provisórias. E no segundo semestre do ano de 2001, este número ultrapassava a pavorosa casa dos seis mil.

Daí a necessidade na elaboração da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, sobre a qual optamos por tecer comentários mais abrangentes a seguir, em tópico apartado.

3.3 DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001 NO QUE TANGE ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Depois de seis anos tramitando no Congresso Nacional, a emenda constitucional de nº 32, foi finalmente promulgada no dia 11 de setembro de 2001, alterando, ao todo, os artigos 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84 e 246 da Constituição Federal.

Para melhor atender aos fins deste trabalho, comentaremos apenas as inovações trazidas ao art. 62 que, como já sabido, é este que trata das medidas provisórias, nosso objeto de estudo.

A primeira mudança trazida pela referida emenda, foi no que diz respeito à convocação extraordinária do Congresso. O texto original do art. 62 estabelecia que, caso fosse editada uma medida provisória no período em que o Congresso Nacional estivesse de recesso, este seria extraordinariamente convocado no prazo de cinco dias para apreciar a medida.

O que ocorre é que o art. 57 da Constituição dispunha acerca das hipóteses em que o Congresso seria extraordinariamente convocado, sem mencionar as medidas provisórias. Desta forma, pertinentes e esclarecedores são os comentários de Fausto de França Junior (2002) em seu artigo intitulado Comentários à Emenda Constitucional nº 32/2001:

Ora, sabe-se que medida provisória é legislação de exceção, cuja interpretação das hipóteses de cabimento deve se dar de forma bastante restritiva, só sendo admitida em casos de relevância e urgência, de sorte que ficava inconcebível convocar o Congresso para dispor acerca de outras matérias consideradas urgentes e não ser possível a apreciação de

medidas provisórias pendentes. Se se chegou a editar medida provisória é porque a matéria é bastante urgente, urgentíssima diria-se. Com a EC n.º 32/01 na sessão legislativa extraordinária o Congresso deliberará sobre a matéria convocada e, obrigatoriamente, sobre as medidas provisórias que na data da convocação estiverem pendentes, sendo as mesmas AUTOMATICAMENTE incluídas na pauta da convocação. Findou-se, portanto, este contra-senso.

A segunda alteração e, a nosso ver, que gritava necessidade, está no que concerne às limitações impostas pela nova redação dada ao art. 62. Anteriormente, não havia limite para a atuação do presidente para legislar através de MP's, além do prazo de trinta dias de validade e vigência. Entretanto, neste lapso, o chefe do executivo poderia reeditar e republicar a medida provisória, quantas vezes achasse por bem, desde que entendesse atender aos critérios de relevância e urgência.

Com a nova redação, uma série de limitações e vedações foram impostas. Faremos explicações minuciosas acerca delas mais adiante, para uma melhor organização do trabalho e entendimento do leitor. Por hora, trazemos apenas o texto modificado da CF:

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.

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

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

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

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º 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.

Vale lembrar que o art. 2º da EC 32/2001 trouxe solução para o que aconteceria com as medidas provisórias editadas antes da data de publicação da referida emenda. No caso, estabeleceu-se que tais medidas vigorariam até que fosse editada nova medida provisória que as revogassem explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

3.4 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS: RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

Como já clarificado, a medida provisória é uma adaptação brasileira do *decreti-legge* italiano. Ao importar o instituto para o Brasil, o legislador constituinte, cuidou em trazer também os seus dois requisitos de admissibilidade, a saber: relevância e urgência.

Assim, como nos recorda Uadi (2011, p. 1186) “a edição de medidas provisórias consubstancia-se, por imposição constitucional, aos critérios positivados pelo constituinte, cuja inobservância conjunta de ambos deslegitima a condição de validade do ato unilateral do Presidente da República”.

Entretanto, tais requisitos mostram-se eivados de grande subjetividade, uma vez que julgar o que é relevante e o que é urgente fica a cargo de uma interpretação muito mais pessoal do que semântica. Tal abstratividade tem causado imenso desvio de objetivo da norma imposta no art. 62 da Constituição, de maneira que é óbvia a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Nesse sentido:

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 (STF, ADIn 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23-04-2004).

Em razão de tantas peculiaridades, julgamos de grande relevância tecer comentários um pouco mais aprofundados acerca de ambos os requisitos separadamente.

3.4.1 Relevância

Tida por alguns autores como sinônimo de interesse público, consideramos o pressuposto da relevância como aquilo que é essencial, que sem a qual prejudicaria todo um sistema social.

Nos ensinamentos de Rosenice Deslandes e Alexandre Barros Castro (1992, p. 32), por relevante podemos entender que é aquilo que “seja de fato ou de direito, é a que se apresenta em toda exuberância, em toda evidência, para ser acatada ou apreciada como justificativa do pedido, da pretensão, ou da proteção do direito”.

Ou seja, é relevante o que, por óbvio, encharca-se de importância e que, portanto, deve ser utilizado apenas em situações graves, que exigem uma maior atenção e comprometimento, naquele momento. É por este motivo que, em tese, se justificaria a atipicidade da medida provisória.

Deste modo, caso haja alguma outra medida que possa ser usada no lugar da medida provisória de modo a solucionar o problema, aquela deverá prevalecer.

Nessa mesma linha de raciocínio, temos ainda a lição de Marco Aurélio Greco (1991, p. 24):

O pressuposto relevância está presente quando é necessária uma norma de nível legal. Se um decreto, por exemplo, for suficiente para resolver o problema, o grau de relevância para a edição de medida provisória não teria sido atingido.

Deste modo, caso isto não seja respeitado, pode ser entendido que o requisito da relevância não restará caracterizado, de tal modo que ilegítima será a utilização do instituto previsto no art. 62 da nossa Constituição.

3.4.2 Urgência

Tratando-se de um pressuposto cuja definição se mostra menos abstrata do que a relevância, podemos entender que urgência é tudo aquilo que não admite espera, que sem que alguma atitude seja tomada, há um grande risco de que um bem essencial possa vir a perecer.

Logo, para melhor entendermos do que se trata o pressuposto da urgência, tomemos por base os ensinamentos da renomada jurista Carmem Lucia Antunes Rocha (2005, p. 234):

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente.

Isto posto, vislumbramos a inteligência do legislador ao exigir que a situação que chama pela medida provisória seja aquela que depende de uma providência imediata, sob pena de prejudicar direitos e deveres.

Por fim, interessante trazer a observação feita pelo mestre Uadi (2011, p. 1188), de que o requisito da urgência imposto às medidas provisórias, não se confunde com aquele previsto no art. 64, §1º da nossa Constituição Federal, que trata acerca do procedimento legislativo sumário. No entender do grande constitucionalista por esta relevância “quer-se expressar por seu intermédio outra coisa, qual seja, apressar a regulamentação de matérias que urge serem prescritas de imediato, sob pena de inviabilizarem ou causarem danos irreparáveis à sociedade.”

3.5 DOS LIMITES MATERIAIS À EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Como já mencionado anteriormente, antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, as medidas provisórias vinham sendo usadas de maneira desenfreada de modo a deturpar demasiadamente a sua finalidade.

Viu-se, então, a necessidade de limitar o seu uso, e inúmeras foram as tentativas do legislador constituinte de fazê-lo ainda antes da emenda 32, a saber: foi proibida a edição de medidas provisórias no campo de atuação das resoluções e decretos; negou-se a edição de MP's para dispor acerca de concessão de serviço de gás localizado, estabelecido pelo art. 25, § 2º da CF; e as ECs 8 e 9/95 proibiram a edição de MP para disciplinar qualquer dos assuntos previstos no arts. 21, XI e 177, §§ 1º e 2º, I a IV da CF.

Há ainda a proibição do art. 246 da Constituição, que preceituava ser vedado adotar medida provisória para regulamentar artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional. Tal censura veio através das emendas de nºs 6 e 7.

Entretanto, o art. 246 da Carta Brasileira, foi mais uma vez alterado em 2001, pela Emenda Constitucional nº 32, pondo fim a tal limitação, de modo que esta proibição só poderia ser arguida até a publicação da referida emenda.

Com a criação da Emenda nº 32, ocorreu a maior evolução no que diz respeito às medidas provisórias, uma vez que foi acrescentada praticamente toda uma nova redação ao artigo da Constituição que trata das MPs.

Analisaremos agora cada uma das vedações e limitações trazidas pelo art. 62 da Carta de 88.

3.5.1 Vedação do art. 62, §1º, I, alíneas a, c e d

Os mencionados dispositivos proíbem a edição de medidas provisórias em matérias que tratem de nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral (alínea a). Ainda, sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros (alínea c). E, por fim, sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o disposto no art. 167, §3º da Constituição.

Optamos por compilar estas três alíneas em um só subtópico, vez que estas são as mesmas vedações conferidas à lei delegada, como se pode conferir no art. 68, § 1º, I a III. Isto nos mostra um raciocínio muito coerente por parte do legislador, já que, se tais matérias não podem nem mesmo ser delegadas pelo Poder

Legislativo ao Executivo, não faria sentido que o Presidente pudesse discipliná-las através de medidas provisórias em um ato unilateral.

3.5.2 Vedação do art.62, §1º, I, b

A alínea b, por sua vez, proíbe a edição de medidas provisórias se estas forem tratar de direito penal, processual penal e processo civil.

Celso de Mello Filho (1990, apud MORAES, 2002, p. 562), muito bem nos explica o motivo da inibição quanto às matérias da seara penal:

A privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da irreversibilidade das situações geradas por essa espécie normativa.

Ainda, seguindo o mesmo raciocínio, Alexandre de Moraes (2002, p. 562):

Em um Estado democrático de direito jamais haveria a possibilidade de conciliação do *status libertatis* do cidadão e com o princípio da segurança jurídica com a criação de crimes e sanções penais discricionariamente por uma única pessoa – Presidente da República – por meio de uma espécie normativa temporária e, portanto, de duração efêmera.

Parece-nos acertado o posicionamento dos autores supracitados, mesmo porque, lembramos: no que tange à previsão da existência de crimes e penas, a Constituição requer lei formal. É o que se pode extrair do inciso XXXIX do art. 5º da Lei Maior.

Acrescentamos que esta vedação é absoluta, de maneira que nem mesmo se tratando de norma que possa beneficiar o réu, a matéria poderá ser objeto de medida provisória.

Quanto a impossibilidade de haver medidas provisórias que tratem de direito processual civil, não poderia ter tido raciocínio mais lógico o legislador, vez que este instituto poderia ser facilmente utilizado para dificultar que o Poder Judiciário concedesse liminares ou medidas cautelares.

3.5.3 Vedação do art.62, §1º, II

Traumatizado com as medidas instituídas pelo Plano Collor, vendo a sociedade ainda sofrer seus efeitos, achou por bem - e fez por bem - o legislador constituinte acrescentar o inciso II ao texto do artigo que trata da medida provisória. Desta forma, ficou o Presidente proibido de editar MP's que visem a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

3.5.4 Vedação do art.62, §1º, III

Este inciso consagra a proibição do Presidente da República adotar medidas provisórias para tratar de matérias reservadas à lei complementar.

Com muita sabedoria, o mestre Uadi (2011, p. 1201) nos explica os motivos. Estes seriam dois. O primeiro é que “a fraseologia do art. 62 da Carta Magna consagra o termo *lei*, sem qualificá-lo; significa que a conversão da medida provisória é em lei *ordinária* não em lei complementar”. Já a segunda razão é quanto ao quórum de deliberação das leis complementares que “é aferido pelo voto da maioria absoluta dos membros da Câmara de Deputados e do Senado Federal, e não pela vontade unipessoal do Presidente da República, como ocorre com as medidas provisórias.”

Cabe mencionar que esta mesma proibição é imposta às Leis Delegadas.

3.5.5 Vedação do art.62, § 1º, IV

A última interdição trazida pelo § 1º do artigo 62 da Constituição, proíbe a edição de medidas provisórias quando seu conteúdo tratar de matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, estando pendente apenas a sanção ou veto presidencial.

Foi com muita razão que o legislador constituinte impôs tal vedação, uma vez que não haveria motivo para se editar uma medida provisória pelo Presidente da República quando seria muito mais célere que ele apenas externasse sua opinião acerca da matéria através da sanção ou do veto. Além do que, seria uma violação mais que absurda ao princípio da separação dos poderes.

3.5.6 Limitação do art. 62, § 2º

O dispositivo que discutiremos a seguir, não trata de uma proibição, como os anteriores até então estudados neste tópico, mas apenas de uma limitação. Trata-se da limitação no que concerne às matérias de ordem tributária.

Em um primeiro momento, não se podia ver compatibilidade entre as medidas provisórias e o direito tributário, vez que estas não são lei em sentido estrito. Entretanto, o Supremo, após longos debates esclareceu que, embora não sejam leis, medidas provisórias têm força de lei e, portanto, poderiam tratar de matéria tributária. A nova redação dada ao § 2º do art. 62, encerrou esta discussão, prevendo a possibilidade de adoção de MP's na espécie tributária do imposto. A seguir, o entendimento do STF:

(...) já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADI 1.417-MC). (ADI 1.667-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 25-9-1997, Plenário, DJ de 21-11-1997)

A emenda 32/2001 consagrou a possibilidade da adoção de medidas provisórias para instituir ou regular impostos, desde que seja respeitado o princípio da anterioridade tributária. Tal conclusão pode ser extraída da parte final do art. 62, § 2º da *Lex Mater*. Lembramos que a produção de efeitos de uma eventual medida provisória que trate de matéria tributária, depende de sua conversão em lei.

Proibiu-se expressamente, entretanto, a edição de MP's se a matéria que ensejar sua edição envolver o disposto nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II. Isto se justifica pelo fato de as matérias tratadas nestes artigos, não têm necessidade de obedecer ao princípio da anterioridade tributária.

3.6 DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

As medidas provisórias passam por um processo de elaboração muito diferente das demais espécies normativas, sendo considerado um procedimento *sui generis*. Isto porque elas não partem do poder legislativo, mas sim de um ato unipessoal do Presidente da República.

Por força dos §§3º e 7º do art. 62, podemos extrair que a medida provisória irá vigorar da seguinte maneira: após sua edição pelo chefe do Poder Executivo, a MP entrará em vigor por sessenta dias, contados da sua publicação. Não tendo sido concluída a votação acerca da matéria pelas duas casas legislativas, este prazo será prorrogado por novos sessenta dias, devendo a medida em questão ser submetida de imediato a apreciação do Congresso nacional.

Desta forma podemos concluir que, em princípio, o prazo máximo para que a medida provisória possa vigorar como esta espécie normativa, ou seja, antes de ser convertida em lei, é de 120 dias. Do contrário, perderá sua eficácia.

Chamamos a atenção para a época de recesso parlamentar. Neste período, os prazos acima mencionados ficarão suspensos, lembrando que, desde a emenda nº 32/2001, não há mais o que se falar em convocação extraordinária do Congresso. Entretanto, se o Congresso Nacional for extraordinariamente convocado, por qualquer outra razão, o prazo voltará a contar, devendo a medida ser inclusa na pauta de votação.

Quanto a sua eficácia, esta é imediata.

O §3º do art. 62, reza que as medidas provisórias perderão sua eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei nos prazos acima explicitados, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrente.

Todavia, este dispositivo deve ser observado conjuntamente aos §§ 11 e 12 do mesmo artigo. Deles, podemos entender que, caso o decreto legislativo mencionado no §3º não seja editado até sessenta dias após a rejeição, expressa ou tácita, da MP pelo Congresso, as relações jurídicas dela originadas, permanecerão sendo regidas pela medida rejeitada.

Frisamos que, em caso de rejeição expressa da medida provisória, quando o Congresso, por meio de votação, a refuga em sua totalidade, o Presidente da República não poderá reeditá-la, podendo configurar crime de responsabilidade nos termos do art. 82, II da CF. A seguir, o posicionamento do STF acerca do tema:

A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão,— além de desconstituir-lhe *extunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar. (ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-6-1990, Plenário, DJ de 16-4-1993.)

Entretanto, sendo aprovada a medida provisória, mas com alterações em seu texto original, sua eficácia se manterá assim como previsto neste, até que o projeto de lei seja sancionado ou vetado pelo Presidente da República.

Saliente-se que, uma vez editada medida provisória pelo Chefe do Executivo, este não poderá arrepender-se, tentando retirá-la da apreciação do legislativo. A medida a ser tomada, em um caso como este, é o Presidente editar nova MP que suspenda os efeitos da primeira. Efeitos estes que poderão ser restabelecidos pelo Congresso através de rejeição da nova medida.

3.7 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE MEDIDA PROVISÓRIA E LEI DELEGADA

Preliminarmente, faz-se mister conceituar a espécie normativa denominada Lei Delegada. De acordo com o grande constitucionalista Alexandre de Moraes (2002, p. 566),

lei delegada é ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este, constituindo-se verdadeira delegação externa da função legiferante e aceita modernamente, desde que com limitações, como mecanismo necessário para possibilitar a eficiência do Estado e sua necessidade de maior agilidade e celeridade.

Em outras palavras, o chefe do Poder Executivo, poderá legislar sobre determinada e delimitada matéria sob delegação do Legislativo.

Esta atuação do Presidente como agente legislador ocorre da seguinte maneira: será feita uma solicitação ao Congresso Nacional para legislar sobre determinado tema pelo Presidente da República que deve estar desde logo delimitado. Este ato é denominado pela doutrina “iniciativa solicitadora”. Em seguida, o Congresso Nacional apreciará a solicitação. Sendo aprovada, se transformará em resolução, devendo ser especificado seu conteúdo e os termos do seu exercício, de acordo com o art. 68, § 2º da Constituição Federal. O projeto de Lei Delegada será apreciado em votação única pelas casas parlamentares.

À luz das considerações feitas sobre a Lei Delegada, passemos a diferenciá-la da Medida Provisória.

A primeira vista, observamos que a diferença que mais chama atenção, está no que concerne aos requisitos de relevância e urgência exigidos pelas medidas provisórias.

Assunto largamente tratado neste trabalho, lembramos que caso estes requisitos não sejam atendidos cumulativamente, a medida provisória editada estará eivada de inconstitucionalidade. Tal exigência não é posta com relação à lei delegada.

Por outro lado, esta espécie normativa depende da autorização do Congresso Nacional para que o Presidente da República possa legislar. Não sendo concedida tal autorização, ele estará proibido de tratar do tema através de Lei Delegada.

Já as medidas provisórias não precisam ser autorizadas pelo Poder Legislativo, produzindo seus efeitos imediatamente.

Por falar em efeitos, as medidas provisórias possuem eficácia temporária, em tese. Já as leis delegadas produzirão efeitos de forma permanente.

Para ultimar, no que tange às limitações, as MP's possuem um rol bem mais amplo de vedações, assemelhando-se, neste ponto, com as leis delegadas somente quanto à proibição de tratar da organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e as garantias de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos; e matéria reservada à lei complementar.

Lembramos que às Leis Delegadas são vedadas qualquer emenda, de acordo com § 3º do art. 68 de nossa Constituição.

4 LEGIFERAÇÃO GOVERNAMENTAL – O EXECUTIVO QUE LEGISLA

4.1 PROBLEMATIZAÇÃO DA EDIÇÃO EXCESSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Apesar de uma teoria de separação de poderes consolidada, podemos observar que, para balancear a atividade estatal, há a necessidade do exercício de funções atípicas pelos poderes de modo a garantir uma ordem social favorável.

Tal fato se mostra ainda mais relevante no que concerne à legiferação por parte do Poder Executivo. Isto porque, como vivenciamos um Estado intervencionista, é de extrema relevância que o Executivo, que é composto por um menor número de membros, o que lhe permite a tomada de decisões de forma mais rápida – que não acontece com o legislativo, uma vez que este tem inerente ao seu modo de trabalho o debate - tenha a capacidade de atuar quando do surgimento de situações de caráter urgente.

Esclareça-se que essa atuação só é válida quando a lei autorizar, em virtude do Princípio da Legalidade.

O problema é quando tal prerrogativa é usada de forma desenfreada e, muitas vezes, irresponsável, trazendo uma série de consequências negativas de ordem política, jurídica e institucional.

O primeiro destes efeitos que podemos observar é o conflito que é gerado entre dois dos poderes: Executivo e Legislativo. Nesta linha de raciocínio, o Ministro Celso de Mello, em relatoria da ADI 2.213, disse:

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. (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04)

Além disso, o grande número de medidas provisórias pode prejudicar a atividade legislativa, uma vez que dispõe o §6º do art. 62 da *Lex Mater* que caso a Medida Provisória não seja apreciada em até quarenta e cinco dias contados a partir

da data de sua publicação, esta entrará em regime de urgência, ocorrendo o sobrestamento da pauta da casa do Congresso em que está tramitando. Ou seja, a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, a depender de onde esteja ocorrendo a tramitação da MP, terá sua pauta trancada até que se ultime à votação todas as deliberações a ela inerente, de modo a impedir a atividade legislativa que lhe é típica.

Sobre este assunto, há uma pequena divergência que está prestes a ser discutida no STF. A interpretação mais aceita e que vêm sendo utilizada é a de que o trancamento da pauta se refere a todo e qualquer outro processo legislativo em tramitação. Entretanto, no início de 2009, o atual Vice Presidente da nação Michel Temer e, à época, Presidente da Câmara dos Deputados, entendeu que tal sobrestamento era apenas no que tangia às deliberações acerca de Projetos de Lei Ordinária, uma vez que adotou a interpretação de que “sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados”. Este entendimento foi objeto do Mandado de Segurança 2.7931, impetrado pelos Deputados Fernando Coruja e José Aníbal e pelo Senador Ronaldo Caiado. O citado MS não teve julgamento finalizado até a presente data.

Outro problema que visualizamos, é no que diz respeito a não conversão das medidas provisórias em lei.

De acordo com dados fornecidos pelo sítio oficial do Planalto, desde o início do ano de 2015 até a data da conclusão deste trabalho, foram editadas cinquenta e cinco novas medidas provisórias, das quais apenas vinte e quatro foram convertidas em lei.

A não conversão de uma medida provisória em lei nos faz questionar a real necessidade de sua edição, conseqüentemente, sua constitucionalidade, já que, lembramos: é requisito essencial para a edição de uma MP que esta esteja caracterizada pela relevância e urgência.

Além disto, há ainda toda a insegurança jurídica provocada pela medida provisória não convertida em lei. Isto ocorre pelo motivo de que, uma vez perdida a eficácia da Medida Provisória, o Congresso deveria elaborar um decreto legislativo no prazo de sessenta dias para disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

Mas a realidade é que tal decreto raramente é editado. Por exemplo, na atual legislatura, embora haja medidas provisórias que deixaram de produzir efeitos, seja pelo decurso do tempo ou pela sua rejeição, não há sequer um só projeto de decreto legislativo que trate do tema.

Esclarecemos que, em casos como estes, nossa Constituição prevê que a produção de efeitos da MP ficará valendo pelo prazo em que ela esteve em vigor. Entretanto, é no mínimo questionável que os efeitos da norma não aprovada pelo Congresso, órgão legitimado e responsável pela verdadeira função de legislar, sejam válidos, mesmo que por tempo determinado.

Neste diapasão, Renato Melquíades de Araújo (2003), em artigo intitulado A Insegurança Jurídica das Medidas Provisórias, nos diz que:

Medida Provisória é uma norma vigente sob condição resolutiva, ou seja, ela possui plena força legal, mas aguarda a aquiescência legislativa do Congresso Nacional. Se a Medida Provisória perde sua eficácia jurídica, significa que o Poder Legislativo não referendou a iniciativa legal do Chefe do Poder Executivo. É evidente a incongruência de a previsão da possibilidade dessa norma expurgada do Ordenamento Jurídico produzir efeitos independentemente de sua rejeição parlamentar. Sancionar a inércia parlamentar com uma aberração jurídica é um burlesco contra-senso.

Ou seja, embora notável tenha sido a evolução no sentido da redução na utilização desta espécie normativa desde as limitações impostas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, estas evoluções ainda se mostram insuficientes para garantir o uso correto e responsável das MP's.

4.2 DA NECESSIDADE DE EFETIVO CONTROLE JURISDICIONAL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Como bastante explanado em capítulo anterior, dois são os requisitos essenciais impostos pela Constituição para que se caracterize a validade da Medida Provisória: relevância e urgência.

Estes requisitos, entretanto, possuem como defeito a subjetividade, uma vez que cabe única e exclusivamente ao autor deste ato normativo, isto é, o Chefe do

Poder Executivo, o julgamento acerca do que se mostra relevante e urgente a ponto de ensejar a edição de uma Medida Provisória.

Antes de dar continuidade nesta linha de pensamento, gostaríamos de evocar a importância de se utilizar de muita cautela na hora de se criar uma MP, tendo em vista que esta tem força de lei e seus efeitos têm eficácia desde o momento de sua publicação. Desta forma, a ausência de prudência pode gerar efeitos extremamente negativos para aqueles que serão atingidos pela medida, especialmente se esta não for convertida em lei e, ainda mais, quando o decreto legislativo a que se refere o §6º do art. 62 da Carta Brasileira não for editado, o que, como já pudemos perceber, tem se tornado praxe.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal optou por se escusar da responsabilidade de usar de um controle jurisdicional para julgar a constitucionalidade de uma medida provisória e avaliar a real existência dos requisitos mencionados, como pode ser observado no voto do Ministro Ilmar Galvão no julgamento da ADI 2.150 *in verbis*:

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. (STF ADI: 2150 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 23/03/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-04-2000)

Entretanto, pedimos vênias para discordar do entendimento já consolidado do Pretório Excelso. Ousamos pensar que, em virtude de tamanho poder concentrado nas mãos de uma só pessoa, qual seja, o de editar norma com força de lei, com potencial para atingir toda a sociedade, é de extrema necessidade que possa haver um controle por parte do judiciário. Ademais, tamanha subjetividade para decidir o que é relevante e urgente, gera uma facilidade para que haja desvios de finalidade no ato de editar uma medida provisória.

Para compreendermos melhor, se faz necessário que se discuta primeiro a possibilidade de controle jurisdicional da norma.

Em 1989 foi julgada pela nossa Corte Maior a ADI 37. Nesta ação foi a primeira vez em que se tratou da impugnação de uma MP. Naquela ocasião, alegou-se uma inconstitucionalidade material, ou seja, não se falava em qualquer vício de

forma. Desta maneira, pode-se entender que se tratava do julgamento dos requisitos de relevância e urgência.

O caso mencionado foi citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 162, afirmando ser este o primeiro precedente do julgamento dos requisitos de que trata o art. 62 da *Lex Mater*. Entretanto, esclarecemos que não foi feito qualquer juízo acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade concentrado das MP's.

Posteriormente, em outros julgamentos, muitas foram as razões apresentadas no sentido de defender a possibilidade de controle jurisdicional por meio de ação direta de inconstitucionalidade das medidas provisórias. Uma delas, muito bem colocada pelo Ministro Paulo Brossard dizia exatamente que “seria uma anomalia que uma medida provisória fosse dotada de um privilégio que as leis não têm, que a própria lei complementar não possui”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, referindo-se às medidas provisórias, entendeu o Ministro Néri da Silveira que se esta:

há de tramitar e ser considerada, no Congresso Nacional, também como se projeto de lei represente, suscetível de alterações o que nela se contém, tal não retira, à evidência, o caráter de lei da medida provisória, enquanto não se converte em lei formal ou é rejeitada pelo Congresso Nacional. E, assim, pode ser submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (STF - ADI: 295 DF, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 09/11/2001, Data de Publicação: DJ 08/03/2002 P - 00073)

Ambos os entendimentos acima citados foram proferidos durante os votos dos respectivos ministros no julgamento da ADI 295.

Mas estes posicionamentos ocorreram antes da Emenda Constitucional nº 32/2001 que, lembramos, foi quem estabeleceu os limites materiais para a edição de medidas provisórias. Isto é, àquela época não restava muito a ser julgado no campo material das MP's que não fossem a relevância e a urgência.

Após o ano de 2001, parece-nos que o Supremo passou a utilizar-se dos novos limites elencados no texto constitucional para abster-se de julgar os requisitos essenciais impostos às medidas provisórias, por entender ser este um controle que deve ser exercido de forma política.

Insistimos que em nosso pensar, este não parece ser um entendimento acertado, pois, como já dito anteriormente, por todo o seu impacto e por ter natureza

jurídica dita por “força de lei”, as medidas provisórias devem sujeitar-se a todo e qualquer controle inerente as demais espécies normativas, a fim de evitar possíveis consequências negativas e desvios de finalidade.

Corroborando com nosso raciocínio, o Ministro Marco Aurélio:

Os requisitos são constitucionais, e se está na própria Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal dela é o guarda, não tenho como dizer que não cabe à corte o exame do tema (STF - ADI: 1516 UF, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 20/12/2000, Data de Publicação: DJ 09/02/2001 P - 00042)

Esclarecemos que o Supremo não se exime completamente do julgamento dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias, mas se resguarda para os casos de gritante equívoco ou claro excesso de poder.

Para nós, ainda assim, isto não se mostra suficiente, dando vazão à utilização desta prerrogativa para interesses pessoais ou escusos de forma mascarada, de modo a usar como pretexto um suposto bem estar social.

No mesmo pensar, o Ministro Celso de Mello:

Nada pode justificar a utilização abusiva de Medidas Provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de checks and balances, 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 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04)

Desta mesma maneira entendeu Luciana Silva Reis (2006, p. 68) no seu trabalho de conclusão de curso apresentado à Sociedade Brasileira de Direito Público, onde, brilhantemente, disse:

Na verdade, ao se abster de controlar tais requisitos, o tribunal está sim os interpretando, e o faz tendo em vista o desenho institucional brasileiro, que dá ao Executivo ampla discricionariedade sobre o entendimento de relevância e urgência, com vistas à concretização de um poder de agenda.

Concluimos, portanto, que para que se possa garantir a utilização correta das Medidas Provisórias, de modo a atingir o objetivo inicialmente visualizado pelo legislador constituinte ao encaixá-las no rol de espécies normativas, mostra-se necessário que haja um controle por parte do judiciário dos requisitos essenciais elencados pelo art. 62 da Constituição, ou seja, relevância e urgência.

Este controle seria perfeitamente mais um exemplo de balanceamento previsto na teoria dos freios e contrapesos dos poderes.

4.3 POSSÍVEL INTERFERÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA TEORIA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES

Após longo estudo acerca das teorias de separação dos poderes, podemos concluir que é indispensável que haja um poder que advenha do povo concentrado em elaborar leis, de modo a ecoar os anseios da sociedade.

Entretanto, observamos que as Medidas Provisórias não se encaixam neste quadro, uma vez que tem sua origem no Poder Executivo. Por este motivo elas devem ser usadas muito eventualmente e em caso de extrema necessidade.

Há de se questionar, neste caso, se isto vem sendo devidamente considerado.

Dados fornecidos pela Revista Jurídica Consulex (2002, Ed. 135) mostram que a atividade legislativa é exercida na prática muito mais pelo Poder Executivo, do que pelo Legislativo. Senão, vejamos;

Na esfera Federal, quem faz a lei é o Presidente da República. 88.5% dos projetos aprovados na Câmara e 61.7% no Senado saíram do executivo. Dos 229 projetos de lei apresentados pelos 11 deputados e senadores do Distrito Federal, só um foi aprovado.

Deste modo, pode-se inferir que esta atividade, que deveria se colocar como uma função atípica, tem se mostrado na prática como função típica do Poder Executivo.

É imprescindível lembrar que, com a Carta de 88 o Poder Legislativo recuperou muitas de suas prerrogativas anteriormente furtadas pelas constituições

militares, a exemplo da possibilidade de contribuir efetivamente para a formulação de políticas públicas e da redefinição de sua participação no processo orçamentário e no controle das finanças públicas.

Contudo, no contexto prático, observa-se uma verdadeira subordinação do poder Legislativo ao Executivo, no que se refere à sua atividade típica, retirando o real sentido das conquistas percebidas pelo Poder Legislativo quando da promulgação da nossa atual Constituição Federal. E isto pode ser verificado, especialmente, em virtude da força de lei dada a Medida Provisória e ao fato de seus efeitos serem imediatos.

Ademais, a Medida Provisória força a apreciação do Congresso Nacional acerca de matéria unilateralmente considerada importante pelo Presidente da República, com capacidade, como já vimos, de trancar a pauta da casa onde se encontra tramitando a MP, obstruindo a análise de matérias verdadeiramente tidas pelos representantes do povo, como essenciais à sociedade.

Acompanhando nossa linha de reflexão, os ensinamentos de LIMONGI e FIGUEIREDO (1995, p. 15):

Com a Constituição de 88, o modelo do Regime Militar foi mantido: a média de leis do Executivo atinge 85%; tramitam pelo Congresso Nacional em instância única de deliberação, isto é, as medidas provisórias são examinadas por comissão mista (da Câmara e do Senado) formada para tal propósito. Em seguida, ambas as Casas Legislativas se reúnem em sessão conjunta para a apreciação delas em plenário.

Assim, é de se observar que, além dos efeitos negativos mais óbvios trazidos pela utilização excessiva das Medidas Provisórias, a exemplo da insegurança jurídica causada pela não conversão em lei da MP que, lembramos, tem seus efeitos em vigor desde a data de sua publicação, esta afeta nosso ordenamento jurídico e a organização do Estado na sua forma mais elementar, uma vez que tem gerado enorme desequilíbrio entre os poderes. Pois, além de interferir na atividade típica do Poder Legislativo, há uma aparente confusão entre a função de legislar e administrar no Poder Executivo.

Desequilíbrio este que não se verificaria caso sua utilização ocorresse da forma (aparentemente utópica) inicialmente idealizada, de maneira que as MP's só fossem editadas com a raridade que a elas deveria ser inerente, e havendo um exame minudenciado da real existência dos requisitos de relevância e urgência.

4.4 DOS POSSÍVEIS DESVIOS DE FINALIDADE NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS NO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO

A este ponto, já pudemos observar que as medidas provisórias são um assunto controvertido em muitos aspectos, desde a classificação de sua natureza jurídica, a possibilidade de seu controle por parte do judiciário, chegando até o extremo do questionamento da sua real necessidade em nosso ordenamento.

Alguns doutrinadores chegam a criticar o fato de as medidas provisórias encontrarem-se inclusas ao rol de espécies normativas elencadas na Constituição de 1988, uma vez que são um ato unilateral do Presidente da República e nem mesmo constavam originalmente no texto Constitucional.

Como exemplo de defensores desta ideia, citamos o grande Constitucionalista José Afonso da Silva (1995, p. 524) o qual, como se pode observar a seguir, não concorda que as medidas provisórias devam ser caracterizadas como uma espécie de norma:

As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.

Há ainda aqueles que adotam o entendimento de que a medida provisória nem mesmo deveria estar no nosso sistema de governo, nem como norma, nem como qualquer outra espécie. Isto, devido ao fato de ela ter sido idealizada para se adequar a uma forma de governo parlamentarista.

Julga-se que, ao importar tal instituto para nossa democracia, criou-se um ambiente propício para legitimar desmandos por parte de uma só pessoa. Podemos observar tal crítica a partir dos apontamentos de Marcia Maria Corrêa de Azevedo (2001, p. 178):

as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de 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 sadias, alterando a estrutura do *DNA*, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até nome de vírus – *provvedimentiprovvisoriforzadi lege*.

Apesar dos pesares, não negamos a necessidade da medida provisória para auxiliar numa melhor construção do nosso Estado Democrático de Direito. Reconhecemos a importância deste instituto, mas não podemos nos abster de analisar seu lado negativo.

Faremos esta análise a partir da observação dos motivos que levaram a edição de determinadas medidas provisórias que estão sob investigação ou que possuem algum indício de desvio de finalidade, verificando se estas tiveram realmente uma razão social e coletiva, como sugere a exposição de motivos feita no ato da propositura de sua edição, ou se a justificativa foi na verdade um pretexto escuso e egoísta.

As primeiras considerações serão feitas a partir das Medidas Provisórias 471/2009, 512/2010 e 627/2012, todas investigadas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal através da conhecida “Operação Zelotes”.

A citada operação foi deflagrada, em princípio, com o intuito de investigar possíveis fraudes em julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que é ligado ao Ministério da Fazenda. Porém, as investigações levaram a indícios de que, além de manipular julgamentos dentro do mencionado órgão, empresas poderiam estar negociando incentivos fiscais através da “compra” de medidas provisórias.

A primeira medida mencionada nas investigações foi a MP 471 editada no ano de 2009. Ela altera as Leis nos 9.440, de 14 de março de 1997, e 9.826, de 23 de agosto de 1999, que estabelecem incentivos fiscais para o desenvolvimento regional.

O intuito da medida provisória era ampliar o prazo de vigência por mais cinco anos de incentivos fiscais destinados a fomentar o desenvolvimento regional, como se pode observar na própria exposição de motivos da medida fornecida no sítio do Planalto:

2. A indústria automotiva foi beneficiada com um conjunto de medidas estabelecendo incentivos fiscais visando a regionalização da indústria automotiva brasileira, notadamente para as empresas do setor instaladas ou que viessem a se instalar nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, cuja vigência expirar-se-á em 31 de dezembro de 2010

(...)

6. A prorrogação da vigência dos incentivos fiscais estabelecidos nas Leis nº 9.440, de 1997 e nº 9.826, de 1999, por um período adicional de 5 (cinco) anos, enseja a manutenção de medidas indutoras da melhoria dos níveis de investimento, produção, vendas e emprego e propiciará a preservação do potencial competitivo da indústria automotiva brasileira, podendo atrair ainda novas inversões para a região.

Tal ato deveria justificar-se pelos seguintes motivos: elevação do nível de empregos verificado durante a vigência dos incentivos fiscais; crescimento no desempenho das relações comerciais na indústria automotiva nos estados das regiões abarcadas pelo incentivo; necessidade da manutenção dos incentivos para que as regiões beneficiadas, a saber, Norte, Nordeste e Centro Oeste, pudessem alcançar os indicadores econômicos das demais regiões do país; e manutenção da competitividade das empresas situadas nas regiões favorecidas para com as demais.

Os requisitos de relevância e urgência se justificariam uma vez que:

8. Há urgência na adoção dessas medidas porque se faz necessário garantir segurança jurídica e previsibilidade aos planos de investimentos do setor contemplado correspondentes aos exercícios aos quais se aplicarão os benefícios fiscais. Isso, pois as decisões de investimento para os anos supervenientes se dão ainda no presente ano e, para que sejam acertadas, devem considerar os benefícios fiscais futuramente vigentes. Além disso, a proposta é relevante e urgente, pois dará efetividade à decisão de consolidar a aplicação de medidas de recuperação da crise recentemente vivida, que causou dano à produção da indústria brasileira, com consequente reflexo na quantidade de postos de trabalho.

Entretanto, as investigações realizadas pela Polícia Federal puderam constatar que com tais medidas, as empresas beneficiadas apurariam crédito decorrente do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) a fim de ressarcir suas contribuições à seguridade social. Suspeita-se que houve pagamento de propina a agentes públicos para que a medida pudesse ser editada.

No início deste ano, o lobista Alexandre Paes admitiu à Justiça Federal ter praticado atividade de *lobby* - que consiste em atuar em favor dos objetivos de um determinado grupo tentando interferir diretamente em decisões competentes do poder público - para as montadoras MMC (Mitsubichi) e Caoa (Hyunday), de modo a buscar a aprovação dos incentivos fiscais.

Ainda, uma empresa do filho do ex-presidente Lula, naquele momento ocupante do cargo de Chefe do Poder Executivo Federal à época da edição da

medida provisória, recebeu o valor de dois milhões e quatrocentos mil reais de escritórios contratados pelas montadoras, sinalizando o possível pagamento de propina para a “encomenda” da medida provisória. A verba foi justificada como tendo sido fruto da prestação de serviços de *marketing*.

Outra medida provisória objeto de investigação pela Operação Zelotes é a 512 editada no ano de 2010. Esta, por sua vez, altera a Lei no 9.440, de 14 de março de 1997, que estabelece incentivos fiscais para o desenvolvimento regional e da indústria automotiva.

Seu conteúdo é muito semelhante ao da medida provisória 471, anteriormente comentada, e até tem ligação.

Desta vez, o crédito presumido de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) serviria como ressarcimento a outras contribuições, que não as relativas à seguridade social, além de estender os incentivos da MP anterior até o ano de 2020. Este benefício não foi concedido a todas as abarcadas pela MP 471, mas apenas às fábricas de veículos automotores e de carrocerias, partes, peças, conjuntos e pneus. Em compensação, as beneficiárias se comprometeriam a apresentar projetos que contivessem novos investimentos e pesquisas demonstrando o desenvolvimento de novos produtos ou novos modelos de produtos já existentes.

Os requisitos de relevância e urgência restariam caracterizados, segundo a exposição de motivos da proposta que ensejou a edição da referida medida, pelo seguinte:

14. A proposta é urgente e relevante, pois a deterioração da balança comercial deste setor enseja a tomada de medidas tempestivas. Além disso, a redução das desigualdades regionais é tema central na política de desenvolvimento econômico do país e a crescente competição internacional por investimentos pode dificultar as pretensões nacionais nesse campo.
15. Além disso, a atração desses investimentos na indústria automotiva terá efeitos multiplicadores devido à atração de fabricantes de autopeças para a região, ao aumento na demanda por serviços técnicos, de logística e outros e ao aumento da renda da região.

Entretanto, apesar da aparente benfeitoria em prol da sociedade, estudos realizados pelo próprio Senado Federal, calculam que só com esta medida a perda de receita para os Estados e Municípios foi de mais de dois bilhões de reais, sendo as regiões mais afetadas aquelas que a medida provisória dizia procurar beneficiar. Além disto, os estudos apontam que as vantagens se concentraram nas mãos de poucas empresas, restritas a três Estados.

Os mentores do estudo chegaram até mesmo a concluir que a MP 512 é um claro exemplo de como as Medidas Provisórias podem ser letais “às boas práticas republicanas”.

No decorrer das investigações realizadas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal, também se pode apurar que houve a elaboração de um parecer técnico por parte do Ministério da Fazenda que desaprovava a edição da medida. Tal parecer foi ignorado por meio da atuação de uma assessora do Gabinete da Casa Civil, que, ao que tudo indica, pode ter recebido cerca de dois milhões de reais para convencer a Presidência da República e garantir os benefícios das empresas.

A última medida provisória mencionada na Operação Zelotes é a 627 editada no ano de 2013. De acordo com as informações contidas no sítio do Planalto, a referida medida altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS; revoga o Regime Tributário de Transição - RTT, instituído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências.

Em suma: foi extinto o Regime Tributário de Transição e passou a tributar o lucro de empresas brasileiras multinacionais no exterior. Além disto, alterou legislação referente a diversos impostos, a exemplo da extensão do prazo para oito anos para empresas nacionais no exterior recolherem o IRPJ e o CSLL.

A relevância e urgência se caracterizariam pelo seguinte:

98. A urgência e a relevância na edição desta Medida Provisória, em relação aos arts. 1º ao 71, justificam-se em razão da necessidade de eliminar a insegurança jurídica provocada pelo RTT que prejudica os contribuintes e a Secretaria da Receita Federal do Brasil. A urgência também tem como justificativa a necessidade de adaptar os sistemas contábeis das empresas e do Fisco para a informação dos novos métodos e critérios e seus ajustes mediante livro fiscal.

99. A urgência e a relevância da edição desta Medida Provisória, em relação aos arts. 72 e seguintes, decorrem da necessidade de estabelecer um novo marco legal na tributação dos lucros auferidos por intermédio de controladas e coligadas no exterior, a fim incentivar as empresas brasileiras que buscam sua internacionalização, e de fomentar o desenvolvimento do mercado de capitais por meio de fontes privadas.

Contudo, mais uma vez as investigações apontaram para um desvio de finalidade na edição da medida, uma vez que as montadoras não abarcadas pela MP anteriormente comentada passaram a ser também beneficiárias da extensão do incentivo fiscal até o ano de 2020. Pelo que pode ser levantado, as maiores favorecidas foram a MMC Automotores e a Caoa.

Documentos obtidos durante a Operação Zelotes indicaram que esta MP também foi fruto de negociações através da atividade de *lobby*, desta vez por meio da atuação do lobista Mauro Marcondes Machado.

Em defesa das MP's e insistindo que estas tiveram como foco necessidades sociais, o Instituto Lula se pronunciou afirmando que elas foram resultado de "reivindicações e diálogo com lideranças políticas, governadores, sindicalistas e empresários, amparadas em exposições de motivos ministeriais que levaram em conta a geração de empregos, renda, incorporação de tecnologia e arrecadação para os Estados".

Entretanto, ao relatar o HC 344.057, o Ministro Nefi Cordeiro, cita as investigações da Operação Zelotes no que se refere a possível negociação de Medidas Provisórias, mencionando que:

Está-se diante de indícios veementes de compra de legislação, especificamente de prática criminosa que levou os envolvidos a obterem 'êxito na edição de mais uma medida provisória 'sob encomenda', mas dessa vez não para obter algum tipo de incentivo benefício direto do governo, mas com o sórdido objetivo específico de criar um fato novo que viria a fulminar de uma vez por todas as discussões dentro do Carf acerca de créditos tributários constituídos em razão de cumulação de incentivos fiscais envolvendo empresas do setor automobilístico, a saber a MMC e a Ford, exonerando créditos tributários que somados chegariam ao montante maior que R\$ 2 bilhões de reais.(HC-344.057-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgamento em 4-12-15, DJ de 14-12-15)

Por fim, analisaremos apenas mais uma Medida Provisória, a saber: MP 717/2016. Esta, mais recente, embora não tenha sido alvo de investigação, gerou bastante discussão acerca da sua motivação.

A referida medida criou o cargo de Ministro de Estado Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República, alterando a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003.

Os requisitos de relevância e urgência foram justificados bem sucintamente na exposição de motivos apresentada, e estariam presentes em virtude da "natureza

da própria estrutura de órgãos da Presidência da República que se pretende implementar, distinta da que vigora atualmente”.

Sendo esta uma Medida Provisória de teor muito curto, contendo apenas cinco artigos, passou a questionar-se a razão de se querer elevar ao *status* de Ministro de Estado o Chefe de Gabinete da Presidente.

Ora, se este não é vinculado a um ministério, como pode ser ministro? Aparentemente a MP sugere que tenhamos um ministro sem ministério.

As discussões giraram exatamente em torno de se perguntar qual seria o objetivo de tal fato, uma vez que as justificativas para caracterizar a proposição da edição da MP não parecem ser muito convincentes.

O fato é que, na nossa atual conjuntura política, possuir o “privilégio” do foro por prerrogativa de função pode ter sido um meio encontrado para se esquivar de investigações de determinadas operações realizadas pela Polícia Federal.

Sem entrar em méritos políticos e nos mantendo focados na ordem jurídica, lembramos que em situação semelhante, o Ministro Ayres Britto no julgamento da ADI 3289, posicionou-se contra este tipo de manobra questionando como poderia ser possível que alguém seja elevado a condição de Ministro de Estado sem que o órgão ao qual esteja vinculado seja elevado à condição de ministério.

Diante disto, resta no mínimo duvidoso de que a edição de Medidas Provisórias leve sempre em consideração o bem estar social e as necessidades do povo.

A grande subjetividade dos requisitos essenciais e ausência de um controle judicial veemente pode nos deixar a mercê da utilização desta espécie normativa com fins no mínimo suspeitos mascarados pelo escopo de um suposto benefício à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, diante das discussões apresentadas neste trabalho, desde as primeiras ideias acerca de um Estado com poderes separados, quis-se que houvesse um poder que cuidasse especificamente da edição de leis, de maneira que este poder corresponderia aos anseios do povo, sendo inerente a ele o debate e uma composição com um maior número de membros.

Observou-se também que, embora cada poder possua uma função típica, para uma melhor organização do Estado, há a necessidade de que eles exerçam funções que lhe são atípicas. Isto favorece para que seu funcionamento seja mais célere e que um poder possa balancear o outro.

Foi a partir daí que surgiu a possibilidade da criação de um instituto que permitisse ao Poder Executivo exercer, com eventualidade, a função de legislar, desde que a situação fosse de extrema relevância e exigisse uma medida de caráter urgente, dando assim origem à Medida Provisória.

Entretanto, notamos que a Medida Provisória foi idealizada para se adequar a uma forma de governo parlamentarista, uma vez que esta impõe ao Chefe do Poder Executivo muito mais responsabilidade quando da edição de uma Medida Provisória.

Por conseguinte, importar tal instituto para nosso ordenamento sem devidamente adequá-lo à nossa realidade política e institucional, não parece ter sido de tão bom gosto. Isto porque, pudemos verificar que, além de prejudicar a atividade típica do poder legislativo, a sociedade tem sofrido prejuízos com a ausência de regulamentação das Medidas Provisórias não convertidas em lei. Sem esquecer-se de mencionar, é claro, que não se visualiza grandes consequências para o Chefe do Poder Executivo que editar indevidamente uma Medida Provisória.

Verificamos ainda que tamanha discricionariedade no ato de edição de Medidas Provisórias gera a possibilidade de sua utilização para meios escusos e egoístas e, até mesmo, como forma de corrupção.

Nesta senda, retomam-se as hipóteses levantadas na introdução, concluindo que: a forma como as Medidas Provisórias têm sido utilizadas em nosso País, é excessiva e não corresponde com os fins idealizados quando da sua implantação em nosso ordenamento jurídico, além de invadir a função prevista ao Poder Legislativo, interferindo na Separação dos Poderes.

Desta feita, mostra-se necessário que haja um maior controle por parte do Poder Judiciário, para resguardar o uso adequado do instituto, assim como a previsão de consequências imediatas para aqueles que se utilizarem das medidas provisórias com desvio de finalidade de modo a garantir o equilíbrio entre os poderes, no que se refere à teoria adotada em nosso ordenamento de uma separação tripartite.

Afinal, as espécies normativas devem ser eco dos anseios do povo e por este motivo devem ser criadas por seus representantes eleitos para exercer esta atividade, devendo haver exceção apenas em caso de eventual e extrema necessidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leo da Silva. **Quanto Custa o Processo Legislativo?** Consulex: Revista Jurídica. Ano VI, nº. 135, agosto de 2002.

ARAÚJO, Renato A. Melquíades de. **A Insegurança Jurídica das Medidas Provisórias**. Recife, 2003. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2842,91041-A+inseguranca+juridica+das+Medidas+Provisorias>>. Acesso em 24 de março de 2016.

ARISTÓTELES. **Política**. 1.ed. Trad.Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

AZEVÊDO, Márcia Maria Corrêa de. **Prática do Processo Legislativo: jogo parlamentar; fluxo de poder e ideias no Congresso; exemplos e momentos comentados**. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de março de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC-344.057-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/106229078/stj-14-12-2015-pg-7791>> Acesso em: 16 de Abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.989**, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 2.213-MC**, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>> Acesso em: 16 de fevereiro de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.667-MC**, Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347201>> Acesso em: 20 de Fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 293-MC**, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>> Acesso em: 25 de Fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.213-MC**, Rel. Min. Celso de Mello.
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>
Acesso em: 02 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2150 DF**, Relator: Min. ILMAR GALVÃO.
Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14755426/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2150-df>> Acesso em: 01 de Abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 295 DF**, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA.
Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14817102/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-295-df-stf>> Acesso em: 04 de Abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1516 UF**, Relator: Min. SYDNEY SANCHES.
Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14823275/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1516-uf-stf>> Acesso em: 06 de Abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.213-MC**, Rel. Min. Celso de Mello.
Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>
Acesso em: 07 de Abril de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Edunb, 1997.

BULOS, UadiLamêgo. **Curdo de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DESLANDES, Rosenice e CASTRO, Alexandre Barros. **Tributos x Medidas Provisórias no Direito Brasileiro**. São Paulo: Carthago e Forte, 1992.

Exposição de Motivos Medida Provisória 471. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2009/Exm/EM-166-MF-MCT-MDIC-09-Mpv-471.htm> Acesso em: 05 de Abril de 2016.

Exposição de Motivos Medida Provisória 512. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-175-mf-mdic-mct-Mpv-510-10.htm> Acesso em: 07 de Abril de 2016.

Exposição de Motivos Medida Provisória 627. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/MPV/Quadro/_Quadro2011-2014.htm>
Acesso em: 08 de Abril de 2016.

Exposição de Motivos Medida Provisória 717. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-717-16.pdf> Acesso em: 10 de Abril de 2016.

FRANÇA JUNIOR, Fausto F. de. **Comentários à Emenda Constitucional nº 32/2001.** Maceió, 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2551/comentarios-a-emenda-constitucional-n-32-2001>> Acesso em: 11 de fevereiro de 2016.

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

GOUGH, J. W. **A separação de poderes e soberania, in: O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau.** Organização, introdução e notas d Célia Galvão Quirino e Maria Teresa SadekR. de Souza. São Paulo,: T. A. Queiroz Editor, 1992.

ITALIA. **Constituição da República Italiana.** Disponível em [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/Costituzionelitaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/Costituzionelitaliana-Portoghese.pdf) Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 13º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibud. **Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada.** Plenarium, v. 1, n. 1. Brasília, DF, p. 41-56, nov. 2004.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil.** Trad.Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MELLO, Celso Antonio de. **Curso de direito administrativo. 21º ed.** Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 11º Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. I de 1969. T.III.** 2º ed. São Paulo: RT, 1979.

REIS, Luciana Silva. **Medidas provisórias no STF: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão.** 2006. 79. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós

Graduação em Direito Público) - **Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Perspectiva do direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.