

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

PRISCILA DOS SANTOS BRANDÃO

**MEDIDAS PROVISÓRIAS E A ANÁLISE DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO**

**Florianópolis
2012**

PRISCILA DOS SANTOS BRANDÃO

**MEDIDAS PROVISÓRIAS E A ANÁLISE DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Samuel da Silva Mattos

**Florianópolis
2012**

Autora: Priscila dos Santos Brandão

Título: Medidas Provisórias e a análise dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário.

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado e aprovado para obtenção do título de Bacharel em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, em 02 de julho de 2012.

Banca Examinadora:

Orientador: _____
Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos

Membro: _____
Profa. Ana Cristina Rodrigues Guimarães

Membro: _____
Prof. Athanis Rodrigues

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho aos meus pais, Walter e Milane. Ao meu irmão, João Vítor, e aos meus avós, Maria Izacléia e Irineu, por sempre estarem presentes, com o amor incondicional deles por mim, me ajudando a transpor barreiras e buscar a realização dos meus sonhos e objetivos.

Também agradeço a todos os amigos da minha cidade, Campos Novos, por sempre me apoiarem e demonstrarem a importância de se ter raízes, pois, por mais longe que possamos ir, nunca devemos esquecer de onde viemos, a fim de que não nos percamos na busca para onde queremos chegar.

Faço um agradecimento especial a todos os colegas da turma de Direito 2007.2, pelo apoio, amizade e carinho durante toda a faculdade. Tenham certeza que levo todos os momentos vividos no coração e na memória.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os requisitos de relevância e urgência para expedição das medidas provisórias e a possibilidade do Poder Judiciário analisar se esses requisitos foram cumpridos, e se a medida provisória é constitucional.

Palavras-chave: Medida Provisória, relevância e urgência, , Poder Judiciário.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTUDO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	8
2.1 HISTÓRICO SOBRE A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	8
2.2 O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	12
2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA EXPEDIR MEDIDAS PROVISÓRIAS	15
3 A MEDIDA PROVISÓRIA, SEUS REQUISITOS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	21
3.1 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA.....	21
3.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA. .	24
3.3 MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	30
3.4 REQUISITOS ESSENCIAIS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS: RELEVÂNCIA E URGÊNCIA.	32
4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.	35
4.1 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	35
4.1.1 Princípio da Supremacia da Constituição	36
4.1.2 Princípio da Coloquialidade	37
4.1.3 Princípio da Sistemacidade ou Unidade e Princípio da Interpretação conforme a Constituição	37
4.1.4 Princípio da Força Normativa ou da Efetividade	38
4.1.5 Princípio da Proporcionalidade	39
4.2 TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO ...	39
4.3 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	41
4.4 A ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DOS CONCEITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	43
4.4.1 Juízo de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados nas medidas provisórias	43
4.4.2 A doutrina brasileira quanto à análise dos requisitos de urgência e relevância pelo Poder Judiciário	47
4.5 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NO ESTUDO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	50
5 CONCLUSÃO	57

REFERÊNCIAS.....	59
-------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto atual das medidas provisórias, bem como apresentar a influência delas sobre os principais institutos e princípios do direito brasileiro.

Nota-se, nas medidas provisórias previstas na Constituição Federal de 1988, uma base nos decretos *lege* da Constituição italiana. Entretanto, não se distanciaram totalmente do decreto lei, previsto na Constituição de 1967.

Assim, no contexto atual, o constituinte de 1988 quiz que as medidas provisórias fossem utilizadas para fundamentar e acelerar a implantação do Estado democrático de direito, sem, contudo, ferir o princípio da separação dos poderes, pois, para sedimentar o Estado de bem estar social, se faz necessária uma revisão do papel de cada poder dentro da sociedade atual.

Logo, as medidas provisórias surgem como principal instituto para consolidar o Estado de direito, e exigem dos poderes maior harmonia, a fim de que os interesses e anseios da sociedade atual sejam atendidos.

Portanto, é importante que exista um estudo de como o Poder Judiciário vem analisando e decidindo os requisitos essenciais: relevância e urgência, para que o Poder Executivo, por meio do Chefe de Estado, possa expedir medidas provisórias.

Assim, busca-se neste trabalho fazer uma análise acerca da interpretação e estudo dos requisitos da relevância e urgência para o Presidente da República editar uma medida provisória, e qual o impacto desta nas relações jurídicas atuais, também, nos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Com isso, busca-se, na hermenêutica constitucional e nos princípios do Estado de bem estar social, as respostas para um dos grandes dilemas do neoconstitucionalismo brasileiro e o novo papel a ser desempenhado por todos os poderes da República.

2 A IMPORTÂNCIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ESTUDO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

2.1 HISTÓRICO SOBRE A CONSTRUÇÃO TEÓRICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes é um instituto amplamente difundido na sociedade, estando presente na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 60, parágrafo 4, inciso III, constando, portanto, no rol de cláusulas pétreas da Carta constitucional brasileira.

O princípio da separação dos poderes remonta a Antiguidade, e teve entre os principais precursores estudiosos como Aristóteles, em *A Política*, e também John Locke em o *Segundo Tratado sobre o Direito Civil*.

Sobre o tema, Pedro Abramovay escreve:

A ideia de uma divisão de poderes aparece já na *Política* de Aristóteles, com a defesa de um governo misto, pressupondo funções distintas a atores diferentes no processo político. No entanto, é importante entender os objetivos de Aristóteles. Sua conhecida classificação de regimes entre monarquia/tiranía, aristocracia/oligarquia e democracia/demagogia pressupõe uma natural degeneração dos tipos de governo, e, para evitar essa degeneração, Aristóteles propõe um governo com elementos de cada tipo, um governo misto. Os controles colocados à natural tendência de abuso de poder tinham por escopo a manutenção dos regimes virtuosos. A noção de equilíbrio decorrente do governo misto está, portanto, muito vinculada à ideia de manutenção de um regime, de evitar a sua regeneração. (ABROMOVAY, 2012, p. 8-9).

Entretanto, foi Montesquieu, na obra *O espírito das Leis*, quem sistematizou a separação dos poderes com o objetivo de os próprios poderes realizarem uma fiscalização mútua entre si, atuando com marchas e contramarchas, a fim de evitar desvios e corrupções. Para ele, “às funções estatais devem corresponder órgãos distintos e autônomos, não podendo ocorrer qualquer vínculo de subordinação entre os diferentes órgãos” (MONTEIRO, 1996, p. 142).

Assim, a doutrina da separação dos poderes, onde há uma clara distinção entre as funções estatais, sendo cada uma delas obrigação de órgãos diferentes, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido na Inglaterra, no século XVII.

Nas palavras de Alexandre Mariotti:

Surgiu, portanto, no contexto do confronto entre a coroa e o Parlamento que domina a história da Inglaterra naquele século, estreitamente associada à ideia de Rule of Law – antítese do Absolutismo monárquico e primeira manifestação histórica do que viria a ser o Estado de Direito – e pregando a existência de diferentes funções do governo – legislativa e executiva – como premissa para a prescrição de que as leis não devem ser feitas pelo mesmo órgão que as aplicará. (MARIOTTI, 1999, p. 8).

Montesquieu, ao sistematizar a teoria da tripartição dos poderes, estava legitimando o Estado liberal clássico que lutava contra o absolutismo despótico. Desta forma, para garantir a supremacia da constituição, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais, frente a um rei despótico, surge a necessidade de descentralizar toda a atividade estatal.

Edilson Pereira Nobre Júnior afirma que

o ideário liberal visava sobretudo à limitação da autoridade do governante, anteriormente imposta aos particulares sem qualquer medida. Para a consecução deste fim, alvitrou-se o pensar de que a liberdade do indivíduo continuaria ameaçada caso o poder estatal não fosse partilhado entre vários órgãos. (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 28).

Ao enunciar a separação dos poderes na obra *O espírito das leis*, Montesquieu elucida:

A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite [...]. Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último do poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo 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, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-la tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se tivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor. Tudo nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1998, p. 54).

É inegável a importância do estudo de Montesquieu para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se controlassem mutuamente, evitando o abuso de poder.

Montesquieu argumentou e baseou sua teoria na ideia de que todo homem que dispõe de poder é tentado a abusar dele. Em uma análise de sua teoria, verifica-se que ele tinha a clara sensação de que o poder corrompe.

Desta forma, o autor de *O Espírito das Leis*, deu os primeiros norte para que as Constituições fossem concebidas e capazes de controlar e frear os poderes mutuamente, um sendo o fiscal do outro.

O princípio da separação dos poderes foi tão importante para história política que a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, em seu artigo 16, coloca a tripartição dos poderes como um dos seus fundamentos: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Apesar de a obra de Montesquieu ser de 1748, e as primeiras ideias de separação dos poderes remontarem a Aristóteles e John Locke, a Constituição da República federativa do Brasil além de colocar o princípio no rol das cláusulas pétreas, no artigo 2º afirma *que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

Em assim sendo, com o advento da separação dos poderes, o Estado passou a ter uma concepção minimalista, tendo como premissa uma situação de separação e, até mesmo, de oposição, entre o Estado e a sociedade.

Contudo, apesar de estar presente em grande parte das constituições do final do século XVIII, a teoria da tripartição dos poderes passou por grandes críticas.

[...] é verdade que o princípio da separação de Poderes está de alguma forma presente em todas as constituições a partir do final do século XVIII, isso não significa que ele não tenha sofrido severas críticas. Ao longo do século XIX e no início do século XX, constitucionalistas da época pareciam inclusive anunciar que o conceito de separação de Poderes estava destinado aos livros de história. A análise dessas críticas tem por principal objetivo perceber os riscos trazidos por algumas leituras realizadas sobre o princípio da separação de Poderes. (ABRAMOVAY, 2012, p. 18).

Desta forma, no século XX, essa dicotomia Estado e sociedade restaram superadas, uma vez que surgiu a necessidade de um alargamento das funções estatais.

Sobre esta nova realidade, Mariotti esclarece:

A intensidade da demanda de legislação para legitimar a atuação multifária do Estado tem causado sérias dificuldades aos Paramentos. E os embaraços que os novos tempos lhes trazem não se restringem a esse grande aumento de demanda: as medidas de intervenção no domínio econômico e social frequentemente requerem uma celeridade, um conhecimento técnico e um sigilo dificilmente compatibilizáveis com os processos parlamentares. Por conta desses fatores, tem-se admitido uma crescente participação do Poder Executivo no exercício da função legislativa. (MARIOTTI, 1999, p. 17).

Em assim sendo, a leitura acerca da separação dos poderes mudou muito com o advento do Estado Social e Democrático de Direito.

Para Bonavides:

Esse princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas de liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz.

Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social democracia.

Pretender conservá-lo, porém como dogma, em justificação descabida para a atualidade é o que nos parece inaceitável. (BONAVIDES, 2011, p. 22).

Desta forma, o conceito de separação de poderes instituído por Montesquieu passou por reformulações e novas interpretações para poder se adequar às novas necessidades da sociedade moderna e, por consequência, dos governantes que tinham que atender as novas necessidades dessa sociedade mais necessitada de proteção e tutela coletiva.

2.2 O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Apesar de o avanço provocado pelo Estado liberal, conhecido também como Estado Formal de Direito, garantir a tutela da segurança e da garantia do indivíduo aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade privada, houve uma omissão em relação ao bem estar de grupos sociais como um todo.

Neste sentido, Lèon Duguit já criticava a visão completamente separatista de Montesquieu, quando a Assembleia Nacional francesa, em 1789, enunciou, no artigo 16, o princípio da separação dos poderes:

[...] não vê que Montesquieu se limita a reproduzir as regras da Constituição inglesa, que não admite a separação de poderes mais do que na medida em que se pratica na Inglaterra, que uma divisão absoluta desemboca fatalmente na concentração de todos os poderes em um só; não vê, enfim, que, na continuação do capítulo VI, Montesquieu mostra, com clareza meridiana, que uma íntima solidariedade, que uma colaboração constante devem unir os diferentes poderes do Estado, que o poder executivo deve ter um direito de veto sobre o legislativo, que os agentes do executivo devem ser politicamente responsáveis perante o Parlamento, que o poder judicial não existe, de modo algum, como poder distinto do executivo. (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 129).

Desta forma, já se faziam alertas de que para a implementação de um Estado de direito material, seria necessária a cooperação entre os três poderes, havendo, portanto, a necessidade de fazer uma releitura do princípio da tripartição dos poderes, sem, contudo, abandoná-la completamente, uma vez que é de fundamental importância até os dias atuais.

Nobre Júnior, citando Paulo Saraiva, afirma:

As necessidades sociais, evidenciadas, em princípio, pela Revolução Industrial e, posteriormente, pelos movimentos socialistas que se sucedem, ao longo do tempo, demonstram, com clareza, que não basta ao ser humano o atributo da Liberdade, mas há um imperativo maior, que é a própria condição de usufruir dessa liberdade, ou seja, a condição sócio-econômica capaz de admiti-la como pessoa humana. (NOBRE JUNIOR, 2000, p. 32).

Em assim sendo, o Poder Executivo passou a ter um novo papel que não se limitava a fazer a guerra ou a paz, conforme lição de Montesquieu. Passou-se a exigir atitudes mais positivas do Estado com o intuito de proporcionar um maior bem estar e condições de vida para a população.

Lucas Rocha Furtado defende que

Já não há falar em rigidez na incomunicabilidade das funções estatais atribuídas aos poderes. A visão originária de Montesquieu mantém-se, apenas, como fio condutor de um novo modelo que prestigia, sob certa medida, a interpenetração das esferas de competência dos diversos Poderes da República. (FURTADO, 1996, p. 85.).

Rocha Neto também ensina:

Como teoria clássica que é e que se vem sustentando-se, pelo menos em ideia, por mais de séculos, a da separação dos ‘Poderes’ do Estado não poderia ser de modo diverso. Não se conceberia uma separação radical entre as funções estatais, de modo que o Judiciário somente aplicasse a lei ao caso concreto, o Executivo apenas administrasse e o Legislativo se limitasse à atividade legiferante. Quanto mais o tempo voa mais relativizada torna-se a teoria tripartite das funções e a sociedade vem legitimando, cada vez mais, práticas típicas dum Poder perpetradas por um outro. É a própria dinamicidade social que impõe essa necessidade, essa mitigação de formalismos. E a relativização de formalismos não se confunde com relativismo [...] Quando falo em relativização da teoria tripartite das funções estatais não quero dizer que se tem pendido para o retorno ao *status quo ante*, vale dizer, aos tempos em que as funções eram concentradas num só órgão do Estado – e não raro numa só pessoa. Pretendo explicitar, com a expressão ‘relativização’, a ideia de flexibilização dos limites de cada uma das funções, deixando claro, portanto, que mitigar a teoria da separação dos poderes quer dizer, modernamente, desconcentrar ainda mais, e não concentrar como pode, à primeira e desapercibida vista, parecer. Sobre a relativização da doutrina clássica da separação dos poderes, aliás, já se manifestar James Madison, que escrever nos *Federalist Papers*: ‘se nós olharmos as constituições de vários estados [...] não existe nenhum exemplo em que as diferentes funções dos Poderes encontram-se absolutamente distintas e separadas’. (ROCHA NETO, 2010, p. 57-58).

Todavia, apesar de nos séculos XIX e início do século XX a teoria da tripartição dos poderes ter sofrido severas críticas e até, em determinado momento, ter perdido força, na segunda metade do século XX ela é retomada com força, em razão da necessidade de se compreender o conceito de soberania e de povo.

Para Ricardo Lewandowski

No momento em que a soberania, enquanto força social, opta por determinado modelo de organização política, ela passa a constituir direito do Estado, isto é, do povo juridicamente organizado. Nesse ponto, a ligação lógica e doutrinária entre soberania e representação adquire significado crucial para a aferição da legitimidade do exercício do poder no Estado contemporâneo. (LEWANDOWSKI apud ABROMOVAY, 2012, p. 24).

Portanto, hoje se faz necessária nova leitura da separação dos poderes e dos dispositivos constitucionais brasileiros que regulam este princípio e o colocam como cláusula pétrea na Constituição cidadã de 1988.

Neste sentido, Pedro Abromovay elucida como o sistema constitucional brasileiro incorporou esta noção de povo e soberania do Estado como alicerces da Carta Constitucional de 1988 e incorporou a jurisdição constitucional contemporâneo:

Assim, toda a nossa tradição constitucional, de 1934 até 1988, tinha por cerne o povo como elemento de legitimação. A diferença fundamental que aparece com o texto vigente é incluir definitivamente o povo como sujeito ativo do autogoverno. Este exercício de poder pelo povo, como se depreende da análise lógica do texto do parágrafo único do art.1º da Constituição, não se restringe aos mecanismos de participação direta, mas também ao poder exercido por seus representantes. (ABROMOVAY, 2012, p. 27).

Dessa forma, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sob a ótica do bem estar social e do Estado democrático de Direito, possuem papéis mais interligados para atenderem as demandas da sociedade.

Além disso, não se pode mais utilizar uma representação única do povo e esquecer o conceito de pluralismo. As constituições e sociedades contemporâneas exigem que a teoria da separação dos poderes seja um dos métodos utilizados para lidar com as contradições internas existentes na sociedade atual.

Marcelo Neves argumenta:

[...] especificamente contra a possibilidade de desdiferenciação entre direito e política, as Constituições modernas institucionalizam a 'divisão de poderes'. A influência da comunicação conforme o código do poder sobre a comunicação de acordo com o código jurídico é, dessa maneira, intermediada pelo próprio direito. [...] Nessa perspectiva, a introdução de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da 'divisão de poderes' aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo ambiente, repleto de expectativas as mais diversas entre si e contraditórias. A ausência ou deformação do princípio da 'divisão de poderes' leva à desdiferenciação das esferas da vida (politização abrangente) e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual. (NEVES apud SAMPAIO, 2007, p. 81).

Nobre Junior:

Para obter-se uma ótima efetividade social, necessário a busca de estruturas mais operativas, sendo conveniente a modificação da tradicional divisão de poderes, sugerindo-se um entrelaçamento das funções dos diversos órgãos, com a preservação do complexo orgânico inerente a cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário). Necessário investigar, então, a partir do aspecto material, quais as tarefas lhe correspondem de modo primário, sem prejuízo do desempenho de outras que lhe toquem sob o

plano secundário, em virtude da atribuição da Constituição positiva. (NOBRE JUNIOR, 2000, p. 34).

Assim, na visão atual sobre o papel dos poderes na sociedade e, principalmente, em face das novas funções do Poder Executivo, as medidas provisórias ganham força.

Entretanto, elas não são as primeiras a desempenharem este papel. Na história recente brasileira, existia o decreto-lei que apareceu na Constituição de 1937, onde havia os decretos-lei autorizados pelo parlamento: decretos-lei de necessidade; sobre matérias reservadas ao Presidente da República; e do Governo de fato, expedidos pelo Presidente da República enquanto não se reunia o Parlamento nacional.

Na Constituição de 1967, a Emenda n. 1, de 1969, autorizava o Presidente da República, em casos de relevância e urgência ou de interesse público relevante, expedir decretos com força de lei em matérias que se referissem à segurança nacional e finanças públicas.

Portanto, na recente história brasileira, com o intuito de atender as necessidades que o Estado de bem estar social exigem, mecanismos foram surgindo a fim de dar maior celeridade para as demandas sociais.

2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA EXPEDIR MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Poder Executivo, com o advento do Estado de Bem estar social, também chamado Estado de Direito, assumiu novas funções com o intuito de garantir condições de vida digna para toda a sociedade.

Entretanto, os três poderes, ao assumirem um novo papel, geraram muitas discussões sobre o fato de o Poder Executivo, em decorrência da utilização das medidas provisórias e, por consequência, os Poderes Legislativo e Judiciário, estarem colocando em risco o princípio constitucional da separação dos poderes.

Vera Cristina Caspari Monteiro:

A missão dos juristas, segundo Clèmerson Merlin Clève, 'é a de adaptar a ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo'. Cumpre, também no que diz respeito ao Poder Executivo, aparelhá-lo para que ele possa responder às crescentes e exigentes demandas sociais.

A atividade própria do Executivo, qual seja, aplicar a lei de ofício, também não mais satisfaz. Exige-se do Poder Executivo, vez que é quem tem o contato mais direto com os administradores, uma nova postura, mais próxima dos cidadãos, bem como mais realizadora dos seus anseios.

Também o Legislativo possui novas tarefas, quais sejam, aparelhar o Executivo para que bem cumpra sua nova função, bem como aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim torná-los mais seguros e eficazes.

Vicente Ráo, diz que 'a Separação dos Poderes é essencialmente política', pois o que a sociedade politicamente organizada de hoje requer são meios para a realização de suas políticas, a fim de que possa atingir as suas finalidades.

Explica Carlos Roberto Ramos que a Medida Provisória – medida de eficácia precária, elaborada no Poder Executivo por determinação constitucional, e que se submete ao crivo do controle realizado pelo Congresso Nacional (Constituição Federal de 1988, art. 62) – não colide com o princípio da Separação dos Poderes, pois a elaboração da norma jurídica, além de não ser privilégio do Legislativo, depende de mais de um poder para a sua completude: o Executivo, que ao editá-la exerce atividade legislativa; e o Legislativo, quando a torna definitiva ou inexistente através do controle.

'Não há usurpação de poder, mas interdependência que, tendo em vista o interesse público, deve ser harmônica. (MONTEIRO, 1996, p. 143).

Desta forma, as Medidas provisórias não põem em risco a separação dos poderes, pois elas apenas surgem da necessidade de um novo papel que os Poderes da República devem ter no Estado Democrático de Direito.

Ademais, o processo legislativo, na maioria dos Estados, é lento e não atende as mudanças exigidas por uma sociedade cada vez mais dinâmica e em processo de transformação.

Portanto, a sociedade moderna exige uma resposta mais célere em atenção aos seus anseios e necessidades por parte do Poder Público. Desta forma, surge a figura da medida provisória, um instituto com força de lei, com eficácia antecipada, que entra em vigor após a sua publicação.

A medida provisória prevista no artigo 62 da Constituição Federal de 1988 teve inspiração no *decreto-legge* italiano. Apesar das muitas críticas, à época, em razão de a Itália ter um modelo parlamentarista e no Brasil vigor o modelo presidencialista, o instituto surgiu da necessidade de se dar mais celeridade às demandas que necessitavam de uma solução rápida que não estavam disciplinadas em lei e não poderiam aguardar o processo legislativo próprio para entrar em vigor.

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as medidas provisórias são:

É ela um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente da República no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição.

Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 231).

Rocha Neto, ao enunciar o significado das medidas provisórias e como se processa a sua competência, diz:

A medida provisória é ato normativo primário, provisório e limitado à esfera de competência do Chefe do Poder Executivo Federal, conforme vaticina o ministro Celso de Mello Filho, para quem ela tem força, eficácia e valor de lei. A medida provisória funciona, na prática, como um projeto de lei com eficácia antecipada, daí porque a imperiosa manifestação do Parlamento. Característica marcante das medidas provisórias é a sua ambivalência de modo que, perante os seus destinatários naturais, funciona como se lei fosse, ou seja, é materialmente lei, ao passo que diante do Congresso Nacional, tem todas as feições de projeto de lei de conversão das disposições provisórias trazidas pelo instrumento normativo em disposições permanentes. (ROCHA NETO, 2010, p. 21).

Também, neste sentido, ao explicar e elucidar o significado da medida provisória, Monteiro explica:

Sendo assim, como anota Clèmerson M. Clève, o Constituinte de 1988 procurou facultar ao Poder Executivo, em situações atípicas, a edição de comando normativo com força de lei. E o fez, neste caso, absorvendo a prática constitucional italiana a respeito: dispõe o art. 62 da Constituição Federal que 'em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias'. O parágrafo único do citado artigo completa: 'as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes'¹.

De acordo com Carlos Roberto Ramos 'ao instituir a medida provisória, o Poder Constituinte repartiu a competência, dotando o Poder Executivo de um poder próprio mas, excepcional, porque só é exercitável em casos de urgência.

[...]

Sendo assim, a medida provisória não é atentatória ao sistema democrático, desde que esteja o Executivo sujeito a rígido controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Aquele, tornando efetivo o controle político; este, exercitando o controle de constitucionalidade. (MONTEIRO, 2003, p. 149-150).

Apesar das discussões, inicialmente lançadas em decorrência do instituto da medida provisória na Constituição de 1988, este mecanismo, amplamente utilizado pelo Poder Executivo, passou por inúmeras transformações.

¹ Após a Emenda Constitucional n. 32/2001, o artigo 62, parágrafo 3º, possui prazo de 60 dias.

É inegável que com a promulgação da Carta-cidadã, houve um grande número de medidas provisórias utilizadas pelo Poder Executivo, o que, de início, chegou a ameaçar o processo legislativo e se pareciam muito com os antigos decretos-leis.

Lucas Rocha Furtado diz:

O instituto da medida provisória constitui inovação em nosso Direito Constitucional. Sua inclusão no texto atual da Lei Maior foi fruto de conflito ideológico estabelecido durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que elaborou a Carta Magna de 1988.

Por um lado, buscava-se apagar os resquícios dos métodos utilizados pelo governo de exceção que vigorou no país, entre os quais o uso indiscriminado do decreto-lei. Como ato legislativo originário do Poder Executivo, tinha o decreto-lei como peculiaridade a possibilidade de converter-se em lei pelo decurso do prazo de sessenta dias sem deliberação do Parlamento, sendo considerados válidos os atos praticados sob sua vigência, em caso de rejeição.

Por outro, tinha-se presente que a delegação legislativa era – e ainda é – uma das características marcantes do Direito Constitucional hodierno, consequência direta da consolidação do Estado Social, que, em oposição ao Estado Liberal, busca reger e interferir na vida econômica. Particularmente, é o Poder Executivo, por deter aparato de poder diversificado, que lhe permite controlar desde as forças armadas até os órgãos responsáveis pelo controle e planejamento da economia, o depositário natural dessa incumbência legiferante. Particularmente, nos países em vias de desenvolvimento, como o Brasil, submetidos a fortes crises econômicas e sociais, a possibilidade de produção de normas legais isenta dos óbices naturais dos tradicionais e lentos processos de elaboração legislativa, parece antes medida imprescindível para viabilizar o adequado enfrentamento dessas conjunturas instáveis. (FURTADO, 1996, p. 86).

Assim sendo, as medidas provisórias adentraram ao sistema constitucional brasileiro pela Constituição-cidadã de 1988 e, com o intuito de acabar com os abusos que poderiam ocorrer na sua utilização, aproximando-se dos antigos decretos-leis, as medidas provisórias foram modificadas com o advento da Emenda constitucional n. 32 de 2001.

A emenda constitucional de 2001 alterou alguns dispositivos constitucionais e fez algumas ressalvas. Em assim sendo, após esta mudança, além do parecer prévio do Congresso Nacional previsto no artigo 62, § 9º, existe a impossibilidade de edição de medidas provisórias nos seguintes casos:

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

I- Relativa a :

- a) Nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) Direito penal, processual penal e processual civil;

- c) Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) Planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;
- II- Que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;
- III- Reservada à lei complementar;
- IV- Já disciplina em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (BRASIL, 2001, p. 1).

Nas palavras de José Levi Mello do Amaral Júnior, existe vedação na edição das medidas provisórias em algumas matérias previstas na Constituição Federal de 1988:

Assim, após a Emenda Constitucional n. 32/2011, não é dado à medida provisória versar sobre: a) grande parte das matérias negadas à lei delegada; b) direito penal e processual penal; c) direito processual civil; d) sequestro de quaisquer ativos financeiros; e e) matéria já disciplinada em projeto de lei pendente de sanção ou veto. Em suma, a limitação material à medida provisória do novo modelo – conquanto represente um avanço relativamente ao modelo original da Constituição de 1988 – não é tão restritiva quanto a disciplina do decreto-lei. Sim, repita-se, o decreto-lei estava inserto em uma prática autoritária, o que em muito elastecia a limitação teoricamente mais rígida. Por sua vez, a medida provisória vive em um contexto democrático, o que, no mínimo, constrange a ampliação dos limites postos. (AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 274).

Portanto, devido aos traumas, atrasos e abusos de poder, provocados pelo instituto do decreto-lei, a medida provisória possui um rol mais restrito de incidência, a fim de que garantias constitucionais e o princípio da separação dos poderes sejam respeitados e a democracia seja o norte para o Estado de Direito.

Ademais, é um instituto que, nos dias atuais, promove grandes inovações legislativas, vindo ao encontro dos anseios da sociedade atual. Entretanto, deve-se sempre estar atento aos seus requisitos e âmbitos de incidência, buscando evitar abusos e evitar a supressão de poderes, mantendo sempre vivo o espírito democrático em que estão inseridas.

Márcio Thomaz Bastos elucida bem a questão das medidas provisórias no atual sistema constitucional brasileiro.

Acho que não dá para governar sem medida provisória. O que dá é para caminhar na direção do disciplinamento, de modo que você possa construir um arcabouço de instituições, passar a usar menos, diminuindo progressivamente. (BASTOS, 2008, p. 8).

Ainda, na obra *Separação de poderes e medidas provisórias*, Pedro Abramovay realizou uma extensa pesquisa acerca da análise das medidas provisórias pelo Poder Legislativo e, se realmente estava ocorrendo a usurpação do poder de legislar por parte do Poder Executivo.

Após analisar o período de 1994 até 2008, com números precisos, ele chega a conclusão de que as medidas provisórias não estão colocando em risco a teoria da tripartição dos poderes.

Segundo ele:

Não se pode afirmar que as medidas provisórias representam uma usurpação do poder de legislar por parte do Executivo. Existe uma real participação do Legislativo neste processo, a qual se dá expressamente na quase totalidade dos casos. O Congresso não apenas se manifesta, como altera e rejeita medidas provisórias enviadas pelo Executivo, demonstrando que o controle exercido pelo parlamento é extremamente ativo.

Do ponto de vista temático, as restrições constitucionais funcionam e os temas tratados nas medidas provisórias são, sobretudo, os temas vinculados diretamente ao exercício do Poder Executivo.

Essas conclusões demonstram que as medidas provisórias são instrumentos que permitem ao Executivo a implementação das políticas públicas para as quais foram eleitos, porém passando por um controle intenso pelo parlamento, que não é mero expectador do processo legislativo, mas protagonista, ao lado do Executivo, na elaboração dessas normas. (ABRAMOVAY, 2012, p. 87).

Desta forma, o processo constitucional brasileiro como um todo, especialmente no tocante às medidas provisórias, sofreu um grande avanço e amadurecimento desde a promulgação da Constituição de 1988.

Em assim sendo, passou pela transformação de ser substituída do antigo decreto-lei e hoje ostenta a posição de estar de acordo com a concepção moderna da teoria da separação de poderes e estar atendendo às necessidades de uma sociedade cada vez mais dinâmica e ávida por mudanças que venham ao encontro de seus objetivos maiores, principalmente o de viver dentro de um Estado democrático de Direito.

3 A MEDIDA PROVISÓRIA, SEUS REQUISITOS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Na doutrina brasileira há muitas discussões acerca da natureza jurídica da medida provisória, isto é, avaliações sobre o fato de se enquadrar como mero ato administrativo do Poder Executivo ou de ser uma lei em sentido formal e material.

Essa definição da medida provisória é de fundamental importância porque, dependendo da conclusão acerca da sua natureza jurídica, diversas serão as consequências sobre os pressupostos de emanção e eficácia, entre outras.

Assim, o tema gera grandes debates e vários doutrinadores fundamentam a sua posição com argumentos salutar e plausíveis ao tema. Marco Aurélio Grecco defende a posição de que as medidas provisórias se enquadram na categoria de ato administrativo. Para ele, se as medidas provisórias fossem leis, não haveria a necessidade de convertê-las em lei, conforme disposto no artigo 62, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Vanessa Vieira de Mello, ao estudar o tema:

[...] cumpre transcrever o magistério de Marco Aurélio Grecco: 'Não vejo como, então, se possa falar em ato de natureza legislativa. A medida provisória, tal como prevista no art. 62 da CF/88, é na verdade um ato administrativo geral editado pelo Presidente da República em razão da situação constitucionalmente descrita. Quanto ao órgão de emanção e administrativo; quanto à função que lhe dá origem é igualmente a de gerir os interesses nacionais, o que já se chamou de função de governo. (MELLO, 1999, p. 132-133).

Entretanto, Clèmerson Mèrlin Clève rebate o argumento de Marco Aurélio Grecco que defende a tese de não serem leis as medidas provisórias, caso contrário, elas não precisariam ser convertidas em lei.

Para ele:

Neste ponto, é possível superar o argumento recorrente nos escritos daqueles que negam à medida provisória a natureza de lei: não se converte em lei algo que já é lei. A compreensão do art. 62 da Constituição não pode ser prisioneira da interpretação literal. Apenas uma interpretação sistemática é capaz de revelar o sentido do dispositivo constitucional. Por esta razão, uma vez adotada, a medida provisória (lei ou ato legislativo) deve ser submetida, imediatamente, ao Congresso Nacional, para

conversão em lei formal. Está-se referindo, então, à conversão de lei precária e sujeita à condição resolutiva em lei permanentemente derivada do processo público inerente à elaboração da lei formal. Nada mais do que isso: uma espécie de lei (a medida provisória: ato provisório) é convertida em outra espécie de lei (a lei formal, no caso, lei ordinária: ato permanente). (CLÈVE, 1999, p. 60)

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as medidas provisórias são uma figura peculiar dentro do sistema constitucional brasileiro. Desta forma, para ele, as medidas provisórias não são atos administrativos e nem lei em sentido formal.

Neste sentido:

[...] Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ressaltar alerta de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao dizer que 'não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos'. Dentre os atos da Administração estão 'os atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política. Dentre tais atos conclui-se que se encontram as medidas provisórias, posto que correspondem ao exercício de função política e não administrativa, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário são amplamente discricionários, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional e com discricionariedade, - ao invés de infralegal o que lhes confere fisionomia própria'. Para o citado autor ato administrativo é uma 'declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MONTEIRO, 1996, p. 152).

Entretanto, ao afirmar que as medidas provisórias não se enquadram na categoria de lei em sentido formal, Celso Antônio Bandeira de Mello está considerando lei apenas aquela que é editada pelo Poder Legislativo, o que, incontestemente de dúvidas, não foi o objetivo do constituinte de 1988.

Neste sentido, muito bem explica Clèmerson Mèrlin Clève:

É possível afirmar que, no atual contexto da experiência jurídica, todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, quando praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, será lei, desde uma perspectiva genérica. (CLÈVE, 1999, p. 55).

Já Saulo Ramos, ao estudar a natureza jurídica das medidas provisórias, defendeu:

Substancialmente distinto é o pensamento de Saulo Ramos, para quem o constituinte teria conferido ao Presidente da República um poder de cautela legislativa, que se traduz num 'meio jurídico idôneo de impedir, de um lado,

na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do *periculum in mora* e, de outro, tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado'. A ação cautelar legislativa do Presidente da República poderá ser efetivada uma vez presentes os pressupostos autorizadores que, submetendo-se ao juízo político e discricionário do Presidente, restam infensos à apreciação judicial, embora sujeitos à apreciação *a posteriori* do Legislativo. A medida provisória, portanto, seria um projeto de lei com força cautelar de lei. (CLÈVE, 1999, p. 52).

Há quem defenda que as medidas provisórias possuam natureza própria de lei. Eros Roberto Grau e Pontes de Miranda são dois defensores desse ponto de vista.

Reside neste terreno, por exemplo, a doutrina de Eros Roberto Grau, para quem 'as medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata'. Aliás, embora discorrendo sobre o antigo decreto-lei, Pontes de Miranda, em lição perfeitamente aplicável às medidas provisórias, já demonstrava que o ato normativo de urgência sintetiza uma espécie de 'lei sob condição resolutiva' [...] (CLÈVE, 1999, p. 52-53).

Clèmerson Mérlin Clève, ao estudar a natureza jurídica da medida provisória, elucidou:

[...] as medidas provisórias integram o processo legislativo em face da expressa disposição constitucional. Configuram uma das espécies normativas primárias elencadas no art. 59 da Constituição Federal. Todas as espécies ali elencadas são lei. Há a emenda, que consiste em lei constitucional; uma vez promulgada integra a Constituição como norma superprimária. Quanto às demais espécies normativas, são lei, enquanto emanções de órgãos dotados de competência legislativa (atos legislativos). Algumas são lei material, orgânica e formalmente. Outras assumem apenas uma ou duas dessas características. Mas todas são lei, embora apenas a ordinária e a complementar possam ser tidas como lei formal (ato legislativo complexo). Logo, não é certo que a medida provisória, no sistema brasileiro, não seja lei no sentido técnico, como sustenta certa doutrina. Não é lei no sentido orgânico-formal, mas é lei no sentido de que produz força de lei, tratando-se de ato legislativo dotado de aptidão para inovar originariamente a ordem jurídica, como igualmente o são as leis delegadas e as demais espécies legislativas contempladas no art. 59 da Constituição. (CLÈVE, 1999, p. 57)

Ainda:

Em nosso pensar, as medidas provisórias constituem um ato normativo. Partindo-se da premissa de Kelsen de que uma norma é válida quando estiver em consonância material e formal com norma superior, não se pode olvidar que a medida provisória é fruto da vontade do Poder Constituinte Originário que instaurou a Constituição de 1988. Não se pode perder de vista, ainda, a localização topográfica da medida provisória no Texto Constitucional: encontra-se na seção VIII do Título IV que dispõe sobre o processo legislativo.

Releva ressaltar, ainda, que o caput do artigo 59, inc. V, da Lei das leis estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de medidas provisórias.

Daí poder-se conceituar-se a medida provisória como ato legislativo, editado pelo Chefe do Poder Executivo, com base em uma situação de estado de necessidade. (MELLO, 2010, p. 133).

Portanto, acredita-se que, apesar de possuir um mecanismo diverso das leis em sentido orgânico-formal, a medida provisória enquadra-se como um ato legislativo, pois passa pelo Poder Legislativo que analisa a sua conversão em lei.

Além disso, caso ato administrativo fosse, não haveria necessidade de análise pelo Poder Legislativo, o que não ocorre, uma vez que a Carta Constitucional é suficientemente clara ao obrigar a medida provisória ser votada no Congresso Nacional no prazo de sessenta dias, sobrestando a pauta até ser analisada pelo Poder Legislativo.

Portanto, a natureza de lei das medidas provisórias não descaracteriza a natureza legislativa do princípio da tripartição dos poderes, pois é inegável que assim como esse princípio, o conceito de lei, no presente século, sobretudo no Estado de Direito, vem sofrendo um intenso processo de transformação e deve ser interpretado por meio de seu tempo, a fim de garantir os anseios da nova sociedade que regula.

3.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA.

Kelsen, ao formular a Teoria da Norma Jurídica, não aceitou a divisão dos elementos da norma em três planos distintos: da existência; da validade; e da eficácia. Para ele, havia inconsistência no conceito de existência das leis. Além disso, defendia que a eficácia era apenas um pressuposto da validade.

Em assim sendo, para o mestre da teoria positivista do direito, a eficácia era apenas e tão somente vinculada à conformidade entre a conduta efetiva dos homens e as disposições contidas nas normas jurídicas. Desta forma, ele defendia que a eficácia era algo exterior ao universo do Direito.

Contudo, o ordenamento, a doutrina, e a jurisprudência do Brasil absorveram a sistematização de existência, validade e eficácia das normas, e este conceito é de fundamental importância para resolver graves questões jurídicas.

Desta forma, o constituinte brasileiro, ao redigir o artigo 62, parágrafo único, bem como o artigo 24, parágrafo quarto da Constituição brasileira de 1988, lançou mão do conceito de eficácia jurídica, associada à aptidão de uma norma, para produzir, ao longo de sua vigência, efeitos concretos.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior elucida bem a questão:

[...] inexistência é ‘conceito que se aplica à norma que não chega a entrar no sistema, pois o seu centro emanador não é aceito absolutamente como fonte do direito do sistema’ [...] enquanto validade deve ser tida como ‘uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente introdução no sistema’ [...] Já eficácia, segundo o mesmo autor [...], é uma ‘qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).’ (FERRAZ JÚNIOR apud FURTADO, 1996, p. 86).

Luís Roberto Barroso trata muito bem do tema ao afirmar que “os atos jurídicos em geral e as normas jurídicas especificamente comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: o de sua existência, o de sua validade e o de sua eficácia”. (BARROSO, 2012, p. 34).

Desta forma, restou superada no ordenamento brasileiro a ideia kelseniana estritamente formal e desvinculada da realidade fática. Kelsen rompeu com o paradigma jusnaturalista e tirou do processo de interpretação da norma todo o aspecto valorativo, moral e sociológico.

Entretanto, para a doutrina brasileira, os conceitos de existência, validade e eficácia da norma são fundamentais para melhor compreender a sua incidência no mundo jurídico e no mundo dos fatos.

Barroso, ao falar do tema, esclarece:

[...] A existência de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. É possível distinguir, dentre esses elementos, os que poderiam dizer comuns, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (como agente, objeto e forma), e os que são específicos de determinada categoria de atos. A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. (BARROSO, 2012, p. 34-35).

No livro *Controle de Constitucionalidade*, Barroso também conceitua com maestria o plano de validade das normas. Segundo ele:

Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. [...] Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também válido. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade. (BARROSO, 2012, p. 35).

Entretanto, o plano de validade jamais deve se confundir com o plano de vigência das normas. Sergio Cademartori, ao analisar os juízos de vigência e validade, explica:

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica (CADEMARTORI, 1999, p. 48).

Alciomar Rocha Neto, ao analisar os conceitos de Cademartori, pontua:

Cademartori diz ainda que enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – ‘consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis. (ROCHA NETO, 2010, p. 108-109).

No que tange ao plano da eficácia, o constitucionalista carioca explica:

A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito típico, que é o de regular as situações nela indicadas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. (BARROSO, 2012, p. 36).

Para o estudo das medidas provisórias é de fundamental importância compreender os três aspectos incidentes da norma, ou seja, os planos da existência, validade e eficácia.

A medida provisória, por ser comumente definida como projeto de lei com eficácia antecipada, encontra no plano da eficácia sua maior dificuldade para irradiar efeitos e, por consequência, maiores discussões acerca do tema.

Desta forma, para entender o plano de eficácia das medidas provisórias, faz-se necessário um estudo acerca de derrogação de normas. Lucas Rocha Furtado explica:

[...] a derrogação pode ser explícita, quando de comando legal conste expressamente a supressão da validade de outra norma. Será implícita, quando a supressão da validade de outra norma decorra da incompatibilidade entre as duas disposições. Nesse último caso, frente à regra estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a anterior [...] Além de agir no âmbito de validade das normas, a norma derogante explícita, ou mesmo a função derogante de norma posterior genérica (derrogação implícita), tem como característica intrínseca o caráter instantâneo de sua atuação em relação à norma cuja validade suprimiu. Derrogado o direito pretérito, a norma derogante esgota sua atuação, não podendo mais ser derrogada. Afinal, por imperativo lógico, ou mesmo pelo enunciado do § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, afasta-se a hipótese de ripristinação automática. (FURTADO, 1996, p. 86).

Assim, o estudo de derrogação é importante para verificar a atuação instantânea que uma medida provisória produz por ter atuação imediata no plano de validade de norma anterior, uma vez que produziria a retirada da norma pretérita do ordenamento positivo ou, alternativamente, a perda de sua validade.

Portanto, a fim de evitar interpretações diversas, se faz necessário que a medida provisória, por ser um provimento normativo de eficácia precária, não possa produzir efeitos conflitantes com disposições preexistentes. Desta forma, deve obrigatoriamente provocar, a partir de sua edição, a suspensão da eficácia do direito pretérito, mas nunca a sua revogação.

Porém, ainda, o problema que traz maiores discussões à prática da Medida Provisória é a sua não conversão em lei e a posterior convalidação ou não dos atos praticados neste período.

A Constituição de 1988, no artigo 62, lança as medidas provisórias e regula este controverso instituto jurídico.

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.

[...]

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

[...]

§7.º Prorrogar-se-á uma única vez a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

[...]

§10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

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

§12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (BRASIL, 2010).

Assim, pela leitura do artigo 62, destaca-se que o legislador reconheceu para as medidas provisórias uma vigência precária. Em assim sendo, a partir de uma primeira análise, verifica-se que, caso as medidas provisórias não sejam convertidas em lei, os efeitos dela serão desconstituídos como se fossem atos anulados.

Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Ivo Dantas, esclarece:

Registre-se que as normas colidentes com a medida provisória – assim por ela revogadas – recobram vigência, caso não convertida em lei a medida provisória. Não se trata propriamente de efeito ripristinatório, mas sim do fato de que, dependendo a medida provisória de conversão, está ela assim sujeita a uma verdadeira condição resolutiva. Assim, também a revogação que dela decorre está dependente da condição resolutiva, que é conversão em lei da medida provisória. (DANTAS, 1997, p. 101-102).

Outros autores defendem a ideia de que, por meio de uma ficção jurídica e da condição resolutiva presente na eficácia das normas, as medidas provisórias acabam adquirindo força de lei.

Fran Figueiredo, no artigo “As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro”, afirma:

Na realidade, não há, no caso, que se cogitar de relações jurídicas produzidas na curta vigência da medida provisória. De acordo com a teoria

dos atos jurídicos, só a lei, o contrato, ou o ato jurídico, *stricto sensu*, podem produzir efeitos jurídicos e, conseqüentemente, relações jurídicas. Se as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição, caso o Congresso não resolva convertê-las em lei, temos então que, a partir daí, com a perda de eficácia *ex tunc*, não se pode falar em lei por ser aquela um atributo essencial desta, conforme a melhor doutrina de direito. Dissolvidos os efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante, senão de uma espécie de *res nullius*, de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida de pessoas e instituições, durante a provisoriedade de existência. (FIGUEIREDO apud DANTAS, 1997, p. 102).

Desta forma, devido a grande discussão que uma medida provisória não convertida em lei provoca, a Constituição deveria ter expressado que cabe obrigatoriamente ao Congresso Nacional disciplinar os interesses jurídicos afetados durante a vigência da medida provisória rejeitada.

A convalidação, neste contexto, não deve ser utilizada, pois a medida provisória que deixa de existir possui efeito *ex tunc*, ou seja, sai do ordenamento jurídico sem deixar nenhum resquício, como se nunca tivesse existido.

Nas palavras de Edilson Pereira Nobre Júnior:

É sabido que, na praxe, o Congresso Nacional tem, com frequência, se omitido no exercício do relevante controle que lhe outorgara o Constituinte, pois não vem convertendo [...] as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República [...]

A não conversão em lei tem como efeito implicar na perda da vigência da medida provisória desde a sua edição (*ex tunc*), conforme texto expresso do art. 62, parágrafo único, primeira parte, da CF [...]. (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 168).

Portanto, conclui-se que no caso de não haver a conversão da medida provisória em lei, recomenda-se a não validação e a conseqüente não eficácia dos atos executados durante a curta vigência da medida provisória, devendo o Congresso Nacional regular às situações praticadas durante a validade e eficácia da medida provisória.

Percebe-se, portanto, que a melhor exegese do art. 62 [...] é aquela a recomendar, ante a não-validade das normas da medida não convertida, a qualidade de inválidos aos atos perpetrados no decorrer de sua aplicação. No entanto, permite-se ao Congresso Nacional regular – e com força retroativa, advirta-se – as conseqüências da medida provisória, reconhecendo-lhe, no todo ou em parte validade. Pode, assim, o Legislativo, conferir validez a atos praticados com fulcro em medida provisória não aprovada.

Trata-se de previsão expressa da retroatividade pela própria Constituição, a ressalvar apenas as regras que consagrara nos seus arts, 5º, XXXVI, XL e 150, III, a, desde que a base fática indispensável à sua aplicação preceda à

convalidação. Para uma melhor compreensão, esclareça-se que a configuração do ato jurídico perfeito, ou coisa julgada, anteriores à vigência da medida provisória não convertida, mas cujos efeitos foram convalidados pela atividade do Congresso Nacional, orienta-se pela nota da intangibilidade. Caso o fato gerador daqueles institutos se situe em instante posterior à convalidação, deverá aplicar-se a disciplina introduzida pela medida provisória cuja eficácia fora convalidada, não sendo a hipótese de prestigiar-se a segurança jurídica. (NOBRE JUNIOR, 2001, p. 170).

Ademais, a fim de evitar a convalidação que ocorria antes da edição da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, atualmente é permitida a prorrogação da medida provisória uma única vez, ou seja, a medida provisória terá, no máximo, a vigência de cento e vinte dias, não podendo ser mais prorrogada após esse período, devendo ser votada imediatamente pelo Congresso Nacional, sobrestando a pauta de julgamentos.

Portanto, após intensos debates e grande controvérsia jurídica e jurisprudencial, os efeitos das medidas provisórias não convertidas em lei será regulado pelo Congresso Nacional que, por meio de decreto legislativo, disciplinará as relações jurídicas decorrentes, conforme disposto no artigo 62, § 11, da Constituição Federal.

Entretanto, no caso de o Congresso não regular, considera-se inexistente o ato praticado durante a vigência da medida provisória, uma vez que a sua rejeição possui efeito *ex tunc*.

Sendo assim, muitos doutrinadores têm defendido a tese de ser cabível mandado de injunção nestes casos, pois obrigaria o legislador a regular e executar o decreto legislativo a fim de evitar prejuízos àqueles que praticaram atos durante a vigência de uma medida provisória.

3.3 MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A edição de medidas provisórias encontra-se intimamente ligada à questão da segurança jurídica, princípio de fundamental importância para a criação e manutenção do Estado democrático de direito.

Vanessa Vieira de Mello (1999, p. 129), ao citar Luiz Airton de Carvalho, enuncia os princípios norteadores da segurança jurídica.

Segundo a lição de Luiz Airton de Carvalho, partindo de observações de Canotilho, são os seguintes princípios da segurança jurídica:

- Intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada;
- Proibição de excessos: princípio de conformidade ou adequação de meios;
- Garantias de acesso à justiça e ao devido processo legal;
- Sujeição do poder discricionário ao princípio da legalidade;
- Obrigatoriedade de indenizações por atos lesivos e compensações de prejuízos causados pelo Estado através de seus agentes;
- Garantia da não surpresa em matéria tributária;
- Não existência de crime ou de pena, sem que haja lei anterior definindo sua tipicidade;
- Inexistência de juízos de exceção, sujeitando-se o cidadão ao juízo natural, constitucionalmente previsto;
- Acesso de todos ao Judiciário na ameaça ou na lesão de qualquer direito;
- Igualdade de todos perante a lei, sem discrimen por raça, cor, sexo, religião, ideologia.

As medidas provisórias, por ser instrumento normativo caracterizado pela provisoriedade e instabilidade, são uma forma de ameaça ao princípio da segurança jurídica.

Em assim sendo, é fundamental para o ordem constitucional haver uma demarcação de limites de incidência para as medidas provisórias serem expedidas.

Neste sentido, correta a aprovação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, uma vez que estabeleceu limites para o Poder Executivo expedir medidas provisórias, bem como vedou a reedição indefinida das mesmas que, antes da reforma legislativa, poderiam ser reeditadas indefinidamente pelo Presidente da República sem, necessariamente, passar pela apreciação do Poder Legislativo.

Desta forma, atualmente, as medidas provisórias serão editadas e produzirão efeitos por sessenta dias, prorrogáveis uma única vez, por mais sessenta dias.

Portanto, andou bem o legislador ao restringir o âmbito de atuação do Poder Executivo, haja vista que também não é qualquer matéria que pode ser editada e regulamentada por meio de medidas provisórias.

Um exemplo de caracterizada relevância são as matérias reservadas à lei complementar, pois exigem um quórum qualificado para serem votadas e seria temerário, bem como um afronta ao princípio da segurança jurídica, permitir a edição dos temas em que a Constituição da República Federativa do Brasil exigiu quórum qualificado por meio de medidas provisórias.

Assim, é inegável que a segurança jurídica é um dos grandes alicerces que fundamentam e mantêm o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Antônio Souza Prudente elucida muito bem o significado de segurança ao citar Huizinga:

[...] que da necessidade da segurança brota tudo o que se chama direito, podemos nos valer desse pensamento, para afirmar que da necessidade de segurança jurídica surge tudo o que se chama direito positivo. [...] Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem condomínio sobre o direito, não a partir de uma harmonia sem tensões, senão, ao contrário, em relação de tensão viva. (PRUDENTE, 1998, p. 246).

Portanto, a Emenda Constitucional n. 32 de 2001, implantou e sedimentou as bases para que as medidas provisórias, por serem um instrumento de fundamental importância para a implementação do Estado de bem estar social, não usurpassem os princípios da segurança jurídica e de separação de poderes, uma vez que estes constituem a base de uma democracia que ainda está em processo de construção no cenário constitucional brasileiro.

Importante, neste aspecto, citar as palavras de Rudolf Von Ihering, que fez histórias na primavera de 1782, na conferência de Viena, quando disse:

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.
 Por isso a Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito e na outra a espada de que se serve para o defender.
 A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito.
 Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.
 O direito é um trabalho incessante não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira. (PRUDENTE, 1998, p. 246).

Por conseguinte, as medidas provisórias, na atualidade, são necessárias e fundamentais para o bom andamento do Estado democrático de Direito e, além disso, para a implementação de medidas sociais adequadas para que a população possa viver em um Estado de bem estar social.

Contudo, estas medidas não podem se sobrepor a construção tão densa e de fundamental importância dos princípios de separação de poderes e da segurança jurídica.

Logo, é necessário que tenhamos um Poder Legislativo atuante na análise dos requisitos das medidas provisórias e um Poder Judiciário pronto a atender as demandas da população quando esses princípios correm riscos e estiverem na iminência de serem colocados de lado.

3.4 REQUISITOS ESSENCIAIS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS: RELEVÂNCIA E

URGÊNCIA

A edição das medidas por parte do Poder Executivo, ou seja, pela Presidência da República, além de vedar expressamente que seja editado sobre determinadas matérias, prescinde também da presença indispensável de dois pressupostos: relevância e urgência.

Desta forma, há muita discussão acerca da conjectura relevância e urgência, a fim de definir as pressuposições ou condições para a validade da medida provisória.

José dos Santos Carvalho Filho ensina:

Nesse aspecto, nenhuma dúvida subsiste entre os especialistas: quer a denominação seja a de pressupostos, quer seja a de condições, o certo é que a relevância e a urgência se enquadram perfeitamente num e noutro caso. Ou seja, tanto é possível dizer que a edição de medidas provisórias pressupõem a sua ocorrência, como também não será errôneo afirmar que a edição está condicionada à sua presença. (CARVALHO FILHO, 1999, p. 133-134).

Sendo assim, incontestemente de dúvidas sobre a possibilidade de edição das medidas provisórias somente no cumprimento dos requisitos da relevância e urgência. Entretanto, existem muitas discussões sobre o que seriam esses pressupostos.

Clèmerson Mèrlin Clève os definiu de seguinte forma:

[...] Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto à medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade. [...]

Além de relevante, a situação exigente da adoção de medida provisória deve ser urgente. O art. 62 da Constituição, portanto, como adverte Carmem Lúcia ANTUNES ROCHA, deve ser lido do seguinte modo: - 'em caso de relevância e quando esse caso de relevância for urgente [...]

O pressuposto urgência admite maior precisão conceitual: 'a urgência alia questão de data (momento) à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência'. Relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Com urgência, está-se indicando perigo de dano, a probabilidade de manifestar-se evento danoso; enfim, a situação de periculosidade exigente [...] (CLÈVE, 1999, p. 71-72).

Contudo, por se tratar de conceitos jurídicos abertos, diverge-se para o fato de os conceitos de relevância e urgência serem analisados pelo Poder Legislativo e Judiciário, há quem acredite que estão dentro do mérito administrativo.

Sobre o tema, diz Carvalho Filho:

[...] Com efeito, o primeiro e mais importante aspecto a considerar em relação a tais conceitos jurídicos é exatamente o de reconhecer que a interpretação de seu sentido vai necessária e fatalmente recair sobre um juízo de valor. Juízo de valor é a valoração, a ideia, o sentido que um indivíduo empresta a determinadas expressões ou vocábulos de conteúdo aberto, previstos em normas jurídicas de maior ou menor hierarquia. E, se há valoração, há de haver, irrefutavelmente, uma individualização do conceito, isto é, a reunião de ideias que aquele intérprete, e somente ele, tenha sobre o conceito, mesmo que outros indivíduos tenham idêntica valoração. Aqui não importa se vários indivíduos possuem a mesma visão sobre um fato, levando-os a idêntica interpretação do conceito. O que importa é que, a despeito de serem vários os intérpretes, a interpretação proveio de cada um deles, individualmente considerado. Por esse motivo, é inegável o caráter individual da interpretação dos conceitos fluidos. (CARVALHO FILHO, 1999, p. 135).

Entretanto, apesar dos conceitos jurídicos de relevância e urgência serem imprecisos, eles apresentam certa densidade significativa que não permitem uma total liberdade para o Presidente da República editar medidas provisórias.

Neste sentido:

É evidente que, mesmo impreciso, o conceito tem que apresentar determinadas linhas em que se aloja seu significado. Bem por isso, Celso Antônio Bandeira Mello é peremptório ao destacar que, embora sejam abertos e imprecisos os conceitos, tal fato 'não implica que lhes faleça densidade significativa' e completa: 'Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado'. (CARVALHO FILHO, 1999, p. 135).

Em assim sendo, há muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de serem esses conceitos jurídicos indeterminados, que são a relevância e a urgência das medidas provisórias, analisadas no caso concreto pelo Poder Judiciário, mas isso será objeto de estudo no quarto capítulo desta monografia².

² Muita discussão acerca da relevância e urgência aparece no Direito Tributário. Entretanto, como esse trabalho tem por objetivo fazer uma análise genérica dos requisitos para expedição de medidas provisórias, não se adentrará neste tema. Para efeito de esclarecimento, no âmbito do Direito Tributário, entende-se: "A constituição Federal brasileira consagra o princípio da legalidade como única fonte juridicamente aceita para a criação de obrigações no artigo 5º, inciso II, e como condicionante da atuação da administração pública no artigo 37, caput. No campo tributário, enrijece

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

4.1 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional torna-se cada vez mais importante no Estado Democrático de Direito, uma vez que a Constituição deve ser interpretada por meio de elementos adequados, a fim de conseguir extrair da Carta Magna uma leitura política, ideológica e jurídica dos dispositivos constitucionais.

Além disso, a Constituição, por ter uma raiz originariamente política, traz normas de alto grau de abstração, não contido nas normas infraconstitucionais e infralegais.

Desta forma, é necessário um estudo aprofundado dos princípios de interpretação constitucional para conseguir extrair da Constituição suas melhores potencialidades, concretizando de forma ampla os princípios e direitos fundamentais.

Todavia, não foi fácil ultrapassar a barreira do positivismo jurídico exacerbado que existia, especialmente na doutrina brasileira. Vicente Ráo, em sua clássica obra *O Direito e a Vida dos Direitos*, ensinava que somente

na falta de disposição legal, direta ou indireta por meio de analogia (e, em certas legislações, como a brasileira, na falta, ainda, de preceitos costumeiros), os princípios gerais de direito adquirem força normativa para a solução das controvérsias submetidas a juízo (VICENTE RAÓ apud ROCHA NETO, 2010, p. 91).

A concepção defendida por Vicente Raó não mais se sustenta na interpretação atual da Constituição, pois negar força normativa aos princípios não é mais do que negar a própria aplicação do direito e a mais adequada forma de solução de conflitos existentes na jurisdição constitucional proposta e colocada pelo Estado.

Contudo, como leciona Jorge Miranda:

A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexas com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstrata de

a prerrogativa popular no artigo 150, inciso I, e esta previsão de enunciado específico consagra o que os doutrinadores têm denominado de princípio da estrita legalidade, mediante a qual os tributos somente poderão ser criados ou aumentados por meio de lei ordinária (à exceção dos empréstimos compulsórios [...]) (Revista Dialética de Direito Tributário, 2002, p. 23)”

conceito, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais. (MIRANDA apud ROCHA NETO, 2010, p. 90).

Portanto, apesar de a hermenêutica constitucional ser baseada em princípios para resolver questões de maior complexidade, eles têm que servir de base para todo o ordenamento jurídico, pois, em certas situações, os princípios específicos da interpretação constitucional prevalecerão diante de um conflito sobre os princípios gerais.

Em assim sendo, conclui-se que a tarefa da hermenêutica constitucional é de fundamental importância para analisar a possibilidade, pelo Poder Judiciário, de analisar os requisitos essenciais para a emanação de uma medida provisória.

Ensina Rocha Neto:

[...] deve ter como fundamento primeiro, inicial e originário a efetivação desses axiomas superiores, fundantes de toda a ordem jurídico-social, de forma a concretizar na realidade fática as abstrações valorativas constantes das normas principiológicas constitucionais. Mas para que esse objetivo seja alcançado, efetivamente, necessário se faz que se respeite e se leve em conta princípios interpretatórios que funcionam como uma barco que leva o intérprete da margem abstrata do rio constitucional à concretude do seu outro lado. (ROCHA NETO, 2010, p. 93).

4.1.1 Princípio da Supremacia da Constituição

A ideia de que há um direito superior a ser respeitado pelo ordenamento jurídico positivo é a base do princípio da supremacia da Constituição.

Esse princípio vem romper com vários paradigmas, especialmente o que se refere à interpretação do Direito.

Neste sentido, Cristina Queiroz ensina:

À imagem outrora da lei, a constituição fixa agora a fronteira entre o lícito e ilícito, entre o constitucional e o inconstitucional. Provoca com isso uma clara diferenciação entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional. O binômio inovação política/mudança conceptual reside precisamente nisso: na ideia de supremacia da constituição face ao restante do ordenamento, a ideia de uma lei utilizada como critério de legitimidade e/ou ilegitimidade face às demais leis e actos jurídico-públicos. A constituição atribui-se a si própria a primazia, rompendo com a regra tradicional segundo a qual *Lex posterior derogat legi priori*. Esta supremacia constitui em si mesma uma regra de resolução de conflitos. Ela é a própria forma do direito. (QUEIROZ apud ROCHA NETO, 2010, p. 95).

Logo, do princípio da supremacia constitucional derivam algumas consequências, que segundo Canotilho são:

a vinculação do legislador à Constituição; b) a vinculação de todos os atos do Estado à Constituição; c) o princípio da reserva da Constituição que implica a exclusão do tratamento de determinadas questões por leis infraconstitucionais; e d) a força normativa da Constituição. (CANOTILHO apud ROCHA NETO, 2010, p. 95)

Portanto, a supremacia constitucional é critério essencial da interpretação da Constituição e de todo o ordenamento jurídico, pois em nenhuma hipótese a norma infraconstitucional pode estar em desacordo com a norma constitucional.

4.1.2 Princípio da Coloquialidade

Como a Constituição não é apenas uma obra essencialmente jurídica, pois é carregada por um grande teor político, uma vez que sintetiza a ideologia dominante na sociedade em um dado momento histórico, a linguagem é a coloquial, sem o uso de expressões técnico jurídicas.

Por conseguinte:

O texto não é norma. Consiste ele apenas em um lado de um rio a ser ultrapassado pelo exercente do trabalho hermenêutico, ultrapassagem esta possibilitada, tão-somente, por uma ponte, consistente na interpretação, por cima da qual o intérprete passará para atingir a outra margem do rio chamada norma. Vale lembrar cá, no momento em que se trata de assunto tão relevante, que o motor de toda essa operação que consiste em se atravessar um rio em busca da norma é o fato, vale dizer, o caso concreto. Funcionaria ele como o meio de transporte a ser utilizado para pela ponte passar (lado A= texto; lado B = norma; ponte = interpretação; meio de transporte = fato ou caso concreto). (ROCHA NETO, 2010, p. 98).

Desta forma, ao se interpretar a Carta Política, deve-se fazê-la por meio de uma interpretação comum, pois isso irá corresponder e se aproximar ao máximo da realidade que essencialmente a Constituição quis alcançar.

4.1.3 Princípio da Sistemacidade ou Unidade e Princípio da Interpretação conforme a Constituição

O Direito forma uma unidade, ou seja, não é composto por partes isoladas que não se comunicam, apesar de haver sistemas com características específicas.

Desta forma, a Constituição surge como instrumento a conceder unidade a todo o ordenamento jurídico, de forma a ser uma norma à qual todas as demais devem respeitar e se basear.

Além disso, o princípio da interpretação, conforme a Constituição, é mais um método de verificação de constitucionalidade do que um princípio propriamente dito.

Portanto, de acordo com Jorge Miranda:

[...] conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa, tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera de acção desta como centro de energia dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. (MIRANDA apud ROCHA NETO, 2010, p. 105).

Assim, a interpretação, extraindo o sentido da norma é de fundamental importância para o estudo das medidas provisórias e a sua consequente análise pelo Poder Judiciário.

4.1.4 Princípio da Força Normativa ou da Efetividade

Konrad Hesse expressou o princípio da força normativa da Constituição em uma conferência com o mesmo nome.

Este princípio tem por fundamento a ideia de que a Constituição é a norma maior dentro do ordenamento jurídico e onde estão contidas as regras de organização social e as de conduta precípua de uma comunidade jurídica.

Portanto:

[...] o que pode ser alcançado por intermédio de uma educação jurídica calcada nas ideias de força normativa da Constituição, de vinculação do legislador e de todos os atores políticos e sociais aos preceitos constitucionais. E isso tudo deve ter caráter de primazia quando do momento de efetiva realização do labor hermenêutico que tenha como objeto a Constituição ou as normas constitucionais. (ROCHA NETO, 2010, p. 103).

Em assim sendo, a Constituição não é apenas norma, mas a norma suprema do ordenamento, concessora de fundamentos de validade para todas as demais que compõem o sistema.

4.1.5 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade configura-se como a exigência de adequação entre meios e fins.

Em assim sendo, conforme lição de Luiz Henrique Cademartori, o princípio da proporcionalidade:

[...] significa que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar somente dos meios adequados àqueles e dentre esses meios, somente àqueles e dentre esses meios, somente os que sejam os menos onerosos para o cidadão. Portanto, para Larenz, a proposição fundamental da proporcionalidade diz que a utilização de determinado instrumento para alcançar determinado fim não deve ser inadequado a este. Dito em outros termos: a proposição fundamental do meio menos lesivo afirma que dentre vários instrumentos possíveis, todos adequados à obtenção de um fim, só é válido escolher aquele que produza as consequências menos gravosas.

Conclui-se então que, dentro da atuação do Estado, sempre que este precisar agir, invadindo a esfera dos direitos dos cidadãos, estes terão direito à menor desvantagem possível. (CADEMARTORI, 2008, p. 123-124).

Desta forma, surge como um importante fundamento na análise dos requisitos das medidas provisórias pelo poder judiciário.

4.2 TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

O Estado Constitucional de Direito se consolida na Europa continental a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Antes, existia o modelo chamado Estado legislativo de direito, onde a Constituição não passava de um documento político cujas normas não eram aplicadas diretamente, pois dependiam, para ser concretizadas, do desenvolvimento executado pelo legislador ou pelo administrador.

Então, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional de Direito passa a valer como norma jurídica, disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, bem como estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo e impondo deveres de atuação ao Estado.

Desta forma, o Estado Constitucional de Direito caracteriza-se pela centralidade da Constituição e a supremacia judicial na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Neste sentido, Luis Roberto Barroso:

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (BARROSO, 2012, p. 365).

Portanto, no mundo todo e especialmente no Brasil, percebe-se que há uma tendência na judicialização de questões relevantes do ponto de vista político. Vê-se uma transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo.

Assim, o princípio democrático ganha nova configuração no Estado contemporâneo. Rocha Neto escreve:

[...] de modo que nele passa o controle jurisdicional da constitucionalidade a constar como uma atenuante dos riscos de arbítrio a ser levado a cabo por parte de um dos poderes sobre os outros. Ensina Ana Paula de Barcellos que 'a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder [...] garantindo-se o Estado de Direito e, principalmente, os direitos fundamentais'. Este, o papel central do controle jurisdicional da constitucionalidade na nova democracia. (ROCHA NETO, 2010, p. 73).

As causas para a verificação da judicialização são diversas, mas Luiz Barroso elenca algumas:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão

da crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012, p. 367-368).

Sendo assim, o Poder Judiciário assumiu um papel central no Estado Democrático de Direito por ter a palavra final nas questões que envolvem a Constituição. Desta forma, se faz necessário um estudo de como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil, a fim de verificar se esse poder pode fazer a análise concreta dos requisitos essenciais para a edição de medidas provisórias.

4.3 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou de forma significativa os mecanismos de proteção judicial e, também, o controle de constitucionalidade das leis.

Porém, a maior mudança ocorreu no âmbito do controle abstrato de normas, onde houve a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal³.

Outro fator importante para a consolidação do controle de constitucionalidade brasileiro foi à ampliação significativa do direito de propositura da ação direta, que em constituições anteriores era monopólio do Procurador Geral da República.

Defende Alciomar Rocha Neto:

Na medida em que se abrem as portas da jurisdição constitucional para todo e qualquer cidadão está-se a efetivar, de alguma forma, o princípio da soberania popular pelo fato de que se permite que ele reclame perante o Estado a concretização de determinado direito que lhe foi negado por qualquer instância, estatal ou privada [...].

³ CF, art. 102, I, “a”, c/c o art. 103.

Ramos Tavares ainda pondera que não é que ‘se pretenda transmutar as ações de controle de constitucionalidade em ações de caráter popular’, pois isso acabaria por acarretar sérios danos à própria atividade da justiça constitucional. Mas essa constatação não quer significar em nenhum momento que os cidadãos não devam ter a possibilidade de defender pelo menos os direitos fundamentais protegidos pelo próprio texto constitucional. E o instrumento jurídico-processual eficaz e hábil para concretizar essa ideia de acesso democrático à jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade na sua modalidade difusa ou concreta. (ROCHA NETO, 2010, p. 87).

Desta forma, houve uma mudança substancial no modelo de constitucionalidade vigente no Brasil, pois questões de forte relevância jurídica passaram a ser decididos pelo Poder Judiciário, por meio de controle de constitucionalidade.

Neste sentido:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103)⁴, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao STF mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que – tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar – toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, quase intuitivo que ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o STF no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. (MEIRELLES et al., 2012, p. 380).

Assim, “a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual – dotado [...] da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar – fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas [...] mediante a utilização da ação

⁴ Art. 103, da Constituição Federal: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I- O Presidente da República;
- II- A Mesa do Senado Federal;
- III- A Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V- O Governador de Estado ou do Distrito Federal
- VI- O Procurador-Geral da República;
- VII- O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- Partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- [...]

direta, típico instrumento de controle concentrado”. (MEIRELLES et al., 2012, p. 382).

Outros dispositivos legais que consolidaram o controle de constitucionalidade brasileiro são a Lei n. 9.868/1999 (alterada pela Lei n. 12.063/2009) e a Lei 9.882/1999.

Dois textos normativos que disciplinam instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade e da legitimidade constitucional em geral.

Assim:

A Lei n. 9.868/1999 [...] regulamenta o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), tanto por ação quanto por omissão legislativa (ADIO, nos termos das alterações promovidas pela Lei n. 12.063/2009) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), exercendo, agora, um papel que era cumprido, em grande parte, pelo Regimento Interno ou por construções da jurisprudência do STF. Aliás, este diploma legislativo teve, sem dúvida, a preocupação de recolher em seu conteúdo boa parte destas construções, não renunciando, porém, à introdução de algumas importantes modificações operacionais em nosso sistema de controle.

Ao regular o art. 102, §1.º, da CF, a Lei n. 9.882/1999 estabeleceu, por sua vez, os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), instituto que confere nova conformação ao controle de constitucionalidade entre nós, especialmente na relação entre o modelo abstrato e o modelo difuso. (MEIRELLES et al., 2012, p. 385).

Logo, conclui-se que o sistema constitucional brasileiro vai ao encontro dos sistemas constitucionais de outros países que, após a Segunda Guerra Mundial, ampliaram de forma significativa o controle judicial por meio da Constituição, resolvendo, atualmente, questões de relevância político jurídico.

4.4 A ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DOS CONCEITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

4.4.1 Juízo de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados nas medidas provisórias

A relevância e a urgência, conjeturas para o Presidente da República expedir medida provisória, para muitos autores faz parte de um juízo de discricionariedade exercido pelo representante do Poder Executivo e que, por consequência, não pode ser analisado pelo Poder Judiciário.

O Estado moderno foi o contexto político em que primeiro se observou uma submissão paulatina do Poder Público à lei e, por conseguinte, uma proteção estatal incipiente ao direito das pessoas.

Todavia, com o implemento do Estado de Direito, o mérito de um governo passou a ser medido mais pela quantidade de direitos que tinha o cidadão do que pelos poderes dos governantes.

Nas palavras de Luiz Henrique Cademartori:

A instauração desse novo Estado também coincidiu com o surgimento do constitucionalismo, corrente esta que via na Constituição um instrumento de proteção e garantia das liberdades do cidadão, estabelecendo limitações às prerrogativas dos governantes. Entretanto, tal movimento foi adquirindo, paulatinamente, um caráter meramente formal na sua atuação, durante o período liberal, em detrimento de uma atividade legislativa que abandonou a obediência ao caráter substancial dos direitos oriundos dos valores iluministas e inscritos nas disposições constitucionais. Passou a sujeitar-se, então, apenas à sua obediência procedimental de aprovação de leis [...]. (CADEMARTORI, 2008, p. 47).

Assim, no Estado Democrático de Direito:

[...] há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou;
- b) no que concerne a não agir ou agir ou;
- c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou;
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou;
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal. (MELLO, 2010, p. 17).

Por conseguinte, os que defendem que os requisitos de relevância e urgência não podem ser analisados pelo Poder Judiciário fundamentam seu posicionamento no sentido de que esses requisitos são atos discricionários do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em algumas ocasiões, que os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória são questões de índole política, sujeitas, portanto, à apreciação discricionária do Chefe do Poder Executivo, bem como do Poder Legislativo.⁵

Neste sentido,

⁵ ADIMC 162/DF, ADIMC 2150/DF, ADI 1647/PA.

[...] na hipótese das medidas provisórias, a Constituição previu apenas duas manifestações volitivas para proceder a valoração dos conceitos de relevância e urgência – a do Presidente da República, que emite juízo de valor originário, e a do Congresso Nacional, que externa o juízo de valor subsequente. (CARVALHO FILHO, 1999, p. 139).

Entretanto, alguns doutrinadores defendem a análise pelo Poder Judiciário dos juízos discricionários:

[...] o Estado Constitucional de Direito, descrito pela teoria garantista, atende a um modelo político-jurídico estruturado em três fatores básicos: a) a efetiva supremacia constitucional e, portanto, a dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais; b) a consagração do princípio da legalidade numa acepção mais ampla, ou seja, considerando-se o submetimento efetivo ao Direito (e não apenas à lei, considerada em sentido estrito) de todos os poderes públicos; c) a funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia do desfrute dos direitos de caráter individual e à implementação concreta dos direitos sociais, e não apenas a sua observância meramente formal.

Efetivamente, é sob a perspectiva do garantismo e seu modelo estatal ao qual se entende adequar-se o ordenamento constitucional brasileiro, que se formulará, então, uma proposta de controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa.

O objetivo dessa proposta, apoiada sob um embasamento garantista, é o de que esta teoria possa servir como marco legitimador desse tipo de controle jurisdicional sobre a atividade discricionária do Poder Público. Visa-se com isto abandonar definitivamente a abordagem estritamente legalista, passando-se a observar, a partir dessa nova matriz epistemológica, uma diretriz jurídico-política baseada na centralidade do cidadão frente ao poder estatal, tendo a Constituição, entendida no seu sentido não só formal mas também substancial, o elemento dinamizador das relações cidadão-Estado e Estado-funções públicas. (CADEMARTORI, 2008, p. 15-16).

Portanto, mesmo tratando-se de discricionariedade do Poder Executivo, existem argumentos que defendem que, mesmo nestes casos, o Poder Judiciário tem legitimidade de examinar se os requisitos da relevância e urgência no estudo das medidas provisórias foram cumpridos para, então, poder ter eficácia antecipada e ser analisada pelo Poder Legislativo.

Entretanto, a maioria doutrinária defende que nada há que ser analisado pelo Poder Judiciário por se tratar de discricionariedade.

Neste sentido:

[...] restou asseverado que ‘em princípio e com razoável margem de discricionariedade, é competência dos órgãos políticos determinar quando a situação requer o estabelecimento de uma norma por via de um Decreto-lei’, concluindo, mais à frente, que o Tribunal Constitucional poderá, em situações de uso abusivo ou arbitrário, rachaçar a definição que os órgãos políticos façam de uma situação determinada.

[...]

‘O Governo certamente ostenta o poder de atuação no espaço que é inerente à ação política: trata-se de atuações juridicamente discricionárias, dentro dos limites constitucionais, mediante uns conceitos que se bem não são imunes ao controle jurisdicional, rechaçam, pela própria função que compete ao Tribunal, toda ingerência na decisão política que corresponderia à eleição e responsabilidade do governo; tem o controle, também, desde a dimensão política, do Congresso dos Deputados’. Acrescente-se ainda a advertência de que o Tribunal não poderá imiscuir-se na decisão do Governo, pena de quebrantar as pilastras da ordem constitucional democrática.

Na Itália, a tese preponderante considera a emissão do decreto-lege uma competência discricionária do Governo, não particular da aferição das suas circunstâncias, sujeitando-se aos posterior exame das Câmaras. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 174-175).

Para os doutrinadores que defendem a análise dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário, tais pressupostos são conceitos jurídicos indeterminados.

Assim:

Salas, discorrendo sobre o art. 86.1. da Constituição da Espanha, diz que a existência ou não da extraordinária e urgente necessidade ‘não é questão que possa remeter-se, exclusivamente, a uma valoração política por parte do Parlamento’, cuidando-se, ao invés, ‘de um conceito jurídico indeterminado, cuja determinação é perfeitamente possível levar-se a cabo, de acordo com elementos estritamente jurídicos’, carecendo o Governo, a tal ponto, de potestade discricionária. Essa orientação é seguida por García Enterría e Tomás-Ramón Fernandez. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 174).

Também:

A diferença fundamental entre o poder discricionário e o conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, alerta Almiro do COUTO E SILVA, ‘está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida [...]. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar-se a aplicação correta ou incorreta. (CLÈVE, 1999, p. 145).

Em assim sendo, verifica-se que a maioria das Cortes Constitucionais europeias vem adotando o conceito de discricionariedade ao analisar os requisitos de relevância e urgência para expedição das medidas provisórias.

Desta forma, defendem que somente em casos de abuso e exaustão do poder discricionário por parte do Poder Executivo é que poderá o Poder Judiciário analisar se os requisitos de relevância e urgência foram cumpridos.

Assim, “na hipótese de apreciação jurisdicional admitida, sustentam que tal deverá conter-se em ‘espaços deveras exíguos, limitados ao relevamento de um excesso de poder do legislador reconhecível só por abusos evidentes e tangíveis.” (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 175).

Ainda:

[...] acentua Gustavo Zagrebelsky: ‘O pressuposto a necessidade e urgência deve considerar-se de natureza política. Por isto, em linha de princípio não pode ser um controle jurisdicional acerca da subsistência, em concreto, de tal pressuposto, mas só um controle político desenvolvido pelas câmaras em sede de conversão. Mas isto não pode ser levado até o ponto de subtrair a tal pressuposto qualquer relevo jurídico, como condicionamento sobre o plano da legitimidade da decretação de urgência’. Não exclui de todo um controle externo, a cargo da Corte Constitucional, desde que não voltado ao mérito da valoração, mas, ao contrário, à congruência relacionada ao fim constitucionalmente estabelecido. Esse tipo de verificação se ateria às hipóteses de abuso de poder legislativo. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 176).

Portanto, a maioria da doutrina afirma que somente em casos de abuso, ou seja, quando houver lesão ou grave ameaça a direito é que poderá o Poder Judiciário manifestar-se sobre os requisitos das medidas provisórias.

4.4.2 A doutrina brasileira quanto à análise dos requisitos de urgência e relevância pelo Poder Judiciário

A doutrina brasileira vem se posicionando no sentido de que, com base no artigo 5º, inciso XXXV⁶, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Poder Judiciário pode analisar os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias.

Defende Clèmerson Merlin Clève:

No Brasil, o controle jurisdicional dos pressupostos autorizadores da medida de urgência tem sido reclamado pelos juristas comprometidos com a efetividade da Constituição. Aliás, no regime presidencialista de governo (regime de separação dos poderes por excelência), o controle, como antes afirmado, deve ser ainda mais rigoroso do que aquele experimentado na

⁶ Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

Itália e Espanha, países que adotam o parlamentarismo. Cumpre ao Judiciário, advoga-se, aceitar que os pressupostos autorizadores da MP e sua valoração não substanciam questão política insuscetível, ou suscetível apenas em caráter excepcional, de apreciação jurisdicional. Afinal, o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, expressamente referido pela Constituição, implica a plena sindicabilidade dos atos do Poder Público, especialmente quando violadores de direitos. A definição de eventual questão como política não deve ser suficiente para imunizá-la do controle judicial. Melhor seria que o Judiciário aceitasse os pressupostos de edição como conceitos jurídicos indeterminados. (CLÈVE, 1999, p. 143-144).

Celso Antônio Bandeira de Mello elucida:

O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência, existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para a irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. [...] Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário seu, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreria da Constituição, pois teria o âmbito que o Chefe do Executivo lhe quisesse dar. [...] Do fato de 'relevância' e 'urgência' exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes por-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, como certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62⁷. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitado inexistir relevância e urgência ou pelo contrário, indubitado que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de 'certeza negativa' ou 'positiva', tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremessível dúvida, em que mais de uma intelecção seria razoável. Assim fulminará as medidas provisórias por extravasamento dos pressupostos que a autorizariam, nos casos de 'certeza negativa' e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais (MELLO apud CLÈVE, 1999, p. 146-147).

Eros Roberto Grau também se filia a corrente de que o Poder Judiciário pode analisar os requisitos das medidas provisórias. Para ele “o que ora desejo enfatizar, apenas, é que a declaração de urgência, sobretudo, pode ser questionada perante o Poder Judiciário, por quem se pretenda atingido, em interesse legítimo, pela adoção de medida provisória.” (CLÈVE, 1999, p. 147).

Todavia, há doutrinadores que fundamentam não ser possível o Poder Judiciário analisar os requisitos da relevância e urgência.

⁷ 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.

Neste sentido:

Saulo Ramos, em parecer como Consultor Geral da República, escreveu que '[...] o que justifica a edição de medidas provisórias, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa'. Para o então Consultor Geral da República, 'o que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo, editando as medidas provisórias, é o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público. O citado parecer acaba por concluir que 'os pressupostos constitucionais legitimadores dessa ação cautelar legislativa (natureza jurídica dada à medida provisória pelo autor), quais sejam, relevância da matéria e urgência na sua positivação, submetem-se ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República, razão pela qual entende estarem tais pressupostos infensos à apreciação judicial. (MONTEIRO, 1999, p. 155).

Ainda:

Marcelo Figueiredo concorda que a aferição da ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência, aptos à edição da medida provisória, não pode ser afastada do Presidente da República. No entanto, com fundamento no art. 5º, inciso XXXV da Constituição, argumenta que dos legitimados e interessados não pode ser afastado o controle jurisdicional da medida provisória após a sua edição. Para o autor, 'a urgência e relevância, muito embora sejam discricionários (quanto à oportunidade e à conveniência no momento da edição), são absorvidas e dissolvidas juridicamente no momento em que a medida é publicada. A urgência não desaparece com a edição, porém seu controle passa ao Congresso e ao Judiciário. (MONTEIRO, 1999, p. 155).

Por todo o exposto, nota-se que a doutrina brasileira divide-se quanto a análise ou não dos requisitos da relevância e urgência das medidas provisórias pelo Poder Judiciário, tendo argumentos de ambos os lados.

Logo, faz-se necessário um estudo de como a jurisprudência brasileira vem interpretando os pressupostos da medida provisória e qual posição doutrinária vem adotando.

4.5 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NO ESTUDO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

O Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Constituição de 1967, que disciplinava a expedição do decreto-lei, entendia que os vícios materiais não poderiam ser convalidados pelo Congresso Nacional.

No Recurso Extraordinário 62731 – GB, o Ministro Aliomar Baleeiro defendeu:

[...] a inconstitucionalidade não pode ser convalidada pelo Congresso (art. 58, parágrafo único), porque a matéria de segurança nacional não envolve conceito que o legislador possa discricionária e politicamente definir: - ela está definida nos arts. 89 a 91 da Constituição. Nem o Congresso pode sanar a eiva contra o art. 150, § 3º (Recurso Extraordinário 62731-GB, Rel. Ministro Aliomar Baleeiro, j. 30.05.67). (STF, 2012).

O Ministro Gonçalves de Oliveira também afirmou:

se a matéria, evidentemente, pelo seu conteúdo, não diz respeito a segurança nacional, nem a finanças públicas, mas há aprovação implícita do Congresso Nacional, que não se manifestou no prazo de 60 dias sobre esse ato legislativo, fica o ato convalidado? Então, não é apenas sobre segurança nacional e finanças públicas que pode legislar o Presidente da República. É sobre qualquer matéria. E isto é que o legislador constituinte não quis, deixando ao crivo do Judiciário, do Supremo Tribunal Federal, apreciar o conteúdo dessa lei. (Recurso Extraordinário 62731-GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 30.05.67). (STF, 2012).

Outrossim, o voto do Ministro Lafayette de Andrada, para quem:

a Constituição permite que se legisle por decretos-leis com aprovação a posteriori do Congresso tácita ou expressa, apenas em se tratando das duas matérias que ela, taxativamente, indica no art. 58: segurança nacional e finanças públicas. Se a matéria não for uma dessas duas, a Constituição não quer que se legisle por essa forma, e o Congresso não pode dizer o contrário, nem por lei, e, menos ainda, pelo silêncio. (STF, 2012).

Desta forma, nota-se que durante a vigência da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal adotava um posicionamento mais abrangente quanto aos requisitos para a expedição de decreto-lei, no sentido de que não poderia o Congresso Nacional convalidar atos que iriam de encontro ao que a Constituição prescrevia, podendo, então, o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade deste ato por meio de decisão judicial.

Portanto, ainda que na Constituição de 1967 houvesse o decreto-lei e não a medida provisória, exigia-se os mesmos requisitos de relevância e urgência para a edição de um decreto-lei, tal como se exige para a medida provisória. Todavia, apenas era passível de expedição de medida provisória as matérias referentes a segurança nacional e às finanças públicas.

Assim, enquanto na Constituição de 1967 havia um rol positivo bastante limitado para expedição de medida provisórias, na Constituição de 1988 há uma mudança, onde passou-se a ter um rol negativo para expedição de medidas provisórias.

Então, na Constituição anterior, a jurisprudência pacificou o entendimento de que:

a urgência e o interesse público relevantes são aspectos político entregues ao discricionarismo (e não ao arbítrio) do Presidente da República e do Congresso Nacional o controle do Judiciário nesse caso só poderá ocorrer excepcionalmente se o discricionarismo, praticado já no campo do absurdo, tocar ao arbítrio. (STF, RE n. 75.935 SP, 1ª Turma, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 9.10.73). (STF, 2012).

Já na vigência da Constituição de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal passou a ser mais tímido no que se refere à análise dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário.

No voto do Ministro Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ML) n. 293-7/600 DF, houve o entendimento de que:

[...] os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa – relevância da matéria e urgência na sua positivação – isto é, a existência de um estado de necessidade – submetem-se, num primeiro momento, ao juízo político e a avaliação discricionária do Presidente da República.
O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder Legislativo, a ser exercido a posteriori e, quando tal se impuser, dos próprios Tribunais e juízes. (STF, 2012).

Ainda, o voto continua e baseia-se no poder cautelar geral para impedir a análise dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário:

[...] o poder cautelar geral – constitucionalmente deferido ao Presidente da República – reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É

ele, o Chefe de Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício.

Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razões bastante para justificar o controle jurisdicional. Caso contrário, haveria uma ilimitada expansão do poder do Presidente da República para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional. (ADI n. 293-7/600 DF, pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. em 6.6.90). (STF, 2012).

Entretanto, devido ao abuso que a edição das medidas provisórias passou a ter na vigência da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança no entendimento jurisprudencial, baseado no voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence:

Medida Provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa. (ADI 1.753-2/DF, j. em 12.06.1998). (STF, 2012).

Portanto, percebe-se que na Constituição de 1967 houve a consolidação jurisprudencial no sentido de que, quando houvesse abuso na análise pelo Poder Executivo dos requisitos de relevância e urgência, poderia o Poder Judiciário analisar a constitucionalidade da medida provisória ora debatida independentemente da confirmação pelo Poder Legislativo.

De contrapartida, com a edição da Constituição de 1988, em princípio por entender se tratar de discricionariedade do Poder Executivo, não poderia o Poder Judiciário analisar os pressupostos de relevância e urgência adotados como base para a expedição da medida provisória.

José Afonso da Silva, na obra *Comentário Contextual à Constituição* elucida os requisitos e a possibilidade de análise dos requisitos da relevância e urgência pelo Poder Judiciário. Assim:

Pressupostos formais: Os pressupostos da relevância e da urgência já existiam, sempre apreciados subjetivamente pelo Presidente da República; nunca foram rigorosamente respeitados. Por isso, foram editadas medidas provisórias sobre assuntos irrelevantes ou sem urgência. Jamais o

Congresso Nacional e o Poder Judiciário se dispuseram a apreciá-los, para julgar inconstitucionais medidas provisórias que não atendessem a eles, sob o falso fundamento de que isso era assunto de estrita competência do presidente da República. Ver-se-á abaixo que agora está prevista a sindicabilidade do atendimento de todos os pressupostos de legitimidade das medidas provisórias. Tanto assim que a jurisprudência do STF já deu sinais de mudança após a edição da Emenda 32/2001, através de um voto do Min. Celso de Mello, ainda que, na hipótese, tenha decidido pela configuração dos pressupostos de urgência e relevância.

Jurisprudência – “Ação direta de inconstitucionalidade – A questão do abuso presidencial na edição de medidas provisórias – Possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, caput) – (...) A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência (CF, art. 62, caput). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

A possibilidade do controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. [...] (STF, ADI 2.213-0 – DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 4.4.2002) (SILVA, 2008, p. 451-452).

Todavia, diante do abuso na edição das medidas provisórias por parte do Poder Executivo, tratou o Poder Judiciário de analisar os requisitos nos casos em que houvesse grave violação ou ameaça ao direito e afronta direta ao princípio da segurança jurídica.

Recentemente, em decisão do Ministro Luiz Fux, a edição das medidas provisórias esteve novamente em pauta.

A ADI n. 4.029/DF, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA declarou inconstitucional a Lei 11.516/2007 que criou o Instituto Chico Mendes, por considerar que não foram respeitadas as regras para tramitação da Medida Provisória n. 366/2007 que deu origem a lei.

O Ministro Luiz Fux entendeu que a medida provisória n. 366/2007, que teve por objetivo criar novo órgão (ICMbio) encarregado de conferir maior celeridade aos procedimentos de licenciamento ambiental.

As comissões mistas possuem papel fundamental no processo de conversão de medidas provisórias a fim de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante do Executivo. Assim, o voto do relator, Ministro Luiz Fux, declara a inconstitucionalidade das medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.

O ministro entendeu que cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta Constitucional. Ao agir desse modo, o relator não entende que haja intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão e não produto de troca entre partidos e poderes.

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, entende o ministro que não denota ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros poderes, mas sim serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre os baluartes da República e cita o precedente de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Luiz Fux entendeu que a medida provisória que criou o instituto ICMBio não atendeu aos requisitos de relevância e urgência previstos no artigo 62, caput, da Constituição Federal, conforme precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal.

Houve a conclusão por parte do relator que não havia urgência para a edição da medida provisória n. 366 de 2007, porquanto criou autarquia (Instituto Chico Mendes) responsável por funções exercidas por matéria federal preexistente. (IBAMA), utilizando, ademais, recursos materiais disponibilizados por esta. Fica vencida, diante disso, a alegação de que a urgência, na hipótese, decorreu da necessidade de reestruturar a organização administrativa de defesa do meio ambiente, na maior parte dos casos, são irreversíveis.

Segundo o Ministro:

“A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros poderes, serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República [...] O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, deve assegurar que o Legislativo não se torne um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo, que se limite a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo Chefe da Administração (STF, 2012).

A má utilização dos provimentos de urgência pelo Executivo pode gerar efeitos indesejados, não somente para a ordem social mas igualmente para a dinâmica decisória das Casas parlamentares com constantes trancamentos de pauta e apressando a deliberação sobre temas que demandariam maior reflexão.

A Lei 11.516/2007 criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e assumiu parte das atribuições do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). A decisão do STF não invalida a criação do ICMBio, nem os atos realizados pela autarquia até aqui, mas obriga o Poder Executivo a corrigir os erros observados na edição da Medida Provisória no prazo de dois anos.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux afirmou que a análise das MPs pela comissão mista do Congresso, conforme determina o art. 62, § 9º da Constituição, “assegura uma reflexão mais detida” da proposta. Ele considerou que a permissão para o próprio relator emitir o parecer, instituída por resolução da Câmara, é inconstitucional.

Todavia, o argumento da inexistência de urgência na medida só foi aceito pelo ministro Marco Aurélio. Logo, percebe-se que a jurisprudência brasileira vai ao encontro dos doutrinadores que defendem que os requisitos de relevância e urgência para a edição das medidas provisórias faz parte da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo e, portanto, o Poder Judiciário não pode analisar se estes requisitos foram atendidos ou não.

Cezar Peluso, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Rosa Weber apenas concordaram com a inconstitucionalidade pela falta de exame por comissão parlamentar mista, conforme disposto no artigo 62, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Assim, defendem a tese de que os requisitos da relevância e urgência fazem parte de um juízo discricionário e representam a maioria do Supremo Tribunal Federal, tendo saído vencidos os Ministros Luiz Fux, relator, e Marco Aurélio.

Essa decisão é de fundamental importância porque demonstra, atualmente, um entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os requisitos de relevância e urgência fazerem parte da discricionariedade administrativa e não poderem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Desta forma, nota-se que a separação dos poderes ainda é o principal argumento para impedir que o Poder Judiciário analise questões de cunho mais político e ideológicos.

Entretanto, esse posicionamento mais tímido do Supremo Tribunal Federal coloca, muitas vezes, a segurança jurídica das relações em risco, uma vez que diante de abusos por parte do Poder Executivo, não há como o Poder Judiciário manifestar-se.

Portanto, acredita-se que a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence condiz mais com o princípio da segurança jurídica, pois em casos de notável abuso por parte do Poder Executivo, em que houvesse clara ameaça à segurança das relações jurídicas, o Poder Judiciário manifestava-se, como ocorreu na decisão sobre a Medida Provisória que mudava o prazo para a ação rescisória⁸.

Outrossim, a decisão do Ministro Luiz Fux, que saiu vencido no seu voto quanto a análise do requisito da urgência, também demonstra maior atenção no que tange aos casos de abuso cometidos pelo Poder Executivo na edição de medidas provisórias.

Logo, é importante que os três poderes da República estejam diligentes e atuantes no que diz respeito as suas funções constitucionais, a fim de garantir que princípios como separação dos poderes e segurança jurídica sejam respeitados com o intuito de aperfeiçoar cada vez mais o Estado Democrático de Direito.

⁸ ADI n. 1753-2/DF, DJU 12.06.1998.

5 CONCLUSÃO

Com este trabalho, procurou-se estudar o princípio da separação dos poderes e analisar como esse princípio é interpretado frente ao instituto das medidas provisórias na Constituição de 1988.

Desta forma, com o advento do Estado de Direito, o papel do Executivo, Legislativo e Judiciário passou por transformações robustas onde, em última análise, todos devem buscar sedimentar o Estado de bem estar social.

Portanto, conclui-se que a implantação no sistema constitucional atual das medidas provisórias deve ser visto como um mecanismo mais célere que, diante de situações de relevância e urgência, podem ser expedidos.

Entretanto, por ser um instituto recente na democracia brasileira, muitos desafios se impõem na construção e estudo das medidas provisórias, pois novos abusos desafiam os poderes à encontrar novamente a harmonia da separação dos poderes.

Assim, o Poder Judiciário aparece como grande norteador e intérprete final da Constituição, devendo ter um papel mais atuante no estudo das medidas provisórias, que, atualmente, é o meio mais utilizado na democracia brasileira para expedição de leis no ordenamento jurídico.

Logo, durante este trabalho, percebeu-se um papel ainda tímido do Supremo Tribunal Federal na análise dos requisitos de relevância e urgência para expedição das medidas provisórias, pois a jurisprudência abarcou o entendimento doutrinário de que as conjeturas das medidas provisórias fazem parte da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo e, assim, não podem ser analisadas pelo Poder Judiciário.

Todavia, para evitar abusos e garantir os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, como separação dos poderes e segurança jurídica, deve o Poder Judiciário exercer o seu papel fundamental, ou seja, de guardião da Constituição e, por consequência, de todo o ordenamento jurídico, a fim de que o Estado de direito esteja sempre assegurado.

Porém, para o Poder Judiciário fazer a análise de os requisitos de relevância e urgência para edição de medidas provisórias, há necessidade de que o Poder Judiciário estabeleça critérios rígidos formais e jurídicos para poder fazer essa análise.

Portanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas questões de flagrante afronta aos princípios constitucionais, sempre foi no sentido de se manifestar quando houvesse flagrante abuso e, conseqüentemente, abuso e arbitrariedade por parte do Poder Executivo.

Desta forma, apenas nos casos de evidente abuso por parte do Poder Executivo é que o Poder Judiciário pode se manifestar acerca dos requisitos de relevância e urgência, uma vez que assim estará dando efetividade a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro. **Separação de Poderes e Medidas Provisórias**. São Paulo: Elsevier–Campus, 2012.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medidas Provisórias e a sua conversão em lei: A Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: RT, 2004.
- AVILA, Humberto. **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. São Paulo: Safe, 1997.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. São Paulo. Saraiva: 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. atual. de acordo com a EC n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Márcio Thomaz. **O Estado de São Paulo**, 29 de dez, 2002, p. A-8. (site o estado de São Paulo)
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo:Malheiros, 2011.
- BRAGA, Luziânia C. Pinheiro. Edição de medidas provisórias e o direito ao devido processo legislativo. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 106, p. 27-42, dez. 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. **Vade Mecum Universitário de Direito Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional Nº 32**, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. O controle da relevancia e urgencia nas

medidas provisórias. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** Rio de Janeiro, v. 9, jan. 1999, p. 133-145.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das Medidas Provisórias**. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

DAMOUS, Wadih. **Medidas Provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional**. São Paulo. Lumen Juris: 2005.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Medidas provisórias e segurança jurídica: a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, RT v. 54, p. 7-27, jan. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, v. 16, p. 71-80 jan. 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. Medida Provisória: limites logicos de sua atuacao - impossibilidade de convalidacao de atos preteritos. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, v. 6, p. 83-97, set. 1996.

KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEIRIA, Maria Lucia Luz. O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política. **Revista do Tribunal Regional Federal 4**. Porto Alegre, v. 46, p. 33-55, jan. 2002,

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Vanessa Vieira de. A Medida Provisória e o estado democrático de direito. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 27, p. 129-142, abr. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERLIN CLÈVE, Clèmerson. **Medidas Provisórias**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MODERNA, Cesar Augusto. **Medida Provisória e Lei de Conversão**. São Paulo: Educs, 2011.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. Medida Provisória: panorama doutrinário e jurisprudencial. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 16, p. 141-177, out. 1996.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martins Editora, 1998.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas Provisórias: O executivo que legisla**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O supremo tribunal federal e a disciplina da eficácia das medidas provisórias não convertidas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 167-178, out. 2001.

_____. **Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PAINI, Reynaldo José Castilho. Medida Provisória: relevância e urgência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 713, p. 41-44, mar. 1995,

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.

PRUDENTE, Antônio Souza. Medida Provisória e segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa Brasília**, v. 138, p. 237-248, abr. 1998.

ROCHA NETO, Alcimor. **Controle de Constitucionalidade das Medidas provisórias**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

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

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes** n.º 2010.071442-3. Relator: Des. Newton Trisotto. Florianópolis, 29 de abril de 2011. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

_____. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança** n.º 2008.016968-3. Relator Des. Cid Goulart. Florianópolis, 20 de abril de 2011. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.gov.br/>. Acesso em: 10 maio 2012.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas Provisórias**: Instrumento de governabilidade. São Paulo: NJD, 2003.

TÁCITO, Caio. A Medida Provisória: ontem, hoje e amanhã. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 25, p. 202-208, jan. 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WIELEWICKI, Luís A. G. A Medida Provisória segundo a mais recente doutrina e jurisprudência do stf: uma análise de seus pressupostos. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, v. 5, p. 67-87, jul. 2001.

YAMASHITA, Douglas. Controle de constitucionalidade de medidas provisórias a luz do princípio da proporcionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 24, p. 211-231, out. 1998.