

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO**

GISELA MARIA BESTER BENITEZ

**O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Volume 1

Florianópolis, 2002.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO**

**O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

**Tese submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina – UFSC, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Doutor
em Direito.**

Doutoranda: Gisela Maria Bester Benitez

Orientador: Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar

Florianópolis, fevereiro de 2002.

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta tese foi julgada apta para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.



 Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
 Professor Orientador

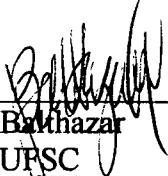


 Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
 Professora Coordenadora do Curso

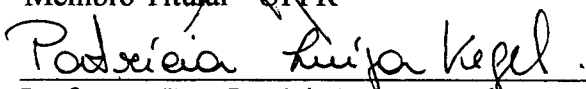
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores:



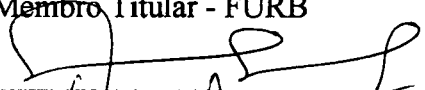
 Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
 Membro Titular - UFSC



 Professor Dr. Clemerson Merlin Clève
 Membro Titular - UFPR



 Professora Dra. Patricia Luiza Kegel
 Membro Titular - FURB



 Professor Dr. Orides Mezzaroba
 Membro Titular - UFSC



 Professor Dr. Sergio Urquhart Cademartori
 Membro Titular - UFSC

 Professor Dr. Silvio Dobrowolski
 Membro Suplente - UFSC

 Professor Dr. Rogério Portanova
 Membro Suplente - UFSC

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2002.

DEDICATÓRIA

Desta vez, aos homens:

à memória de *Milton Santos*, a quem admirei;
a *José Luís Benitez Font*, que deveria estar aqui;
a *Floriano Bester* – meu pai;
a *José Leandro Farias Benitez* – meu marido;
a *Ubaldo Cesar Balthazar* – meu orientador.

A todos: *sine qua non!*

AGRADECIMENTOS

Aos insubstituíveis: Floriano e Dora Sabocinski Bester; Valmor, Graziéla e Ana Paula Bester Speroni; Ângelo, Rúbia, Gabriela e Pedro Henrique Bester Przybitowicz; Gilberto e Giomára Bester Damian. Pelas preces, pelas alegrias, e até pelos problemas, porque família é isso.

Ao *Be*, que não só suportou a parte espinhosa da feitura de uma tese, como leu atentamente os originais de cada capítulo, tendo ainda feito a primeira revisão de português.

Aos médicos Palomo Almettre e Cláudio Michel, presenças importantes nesta fase da vida.

À Carmen Alice Farias Benitez, pela confiança na chegada.

À Geni Khum Pinto, o espírito protetor, anjo da guarda na forma de segunda mãe.

Às queridas amigas, as melhores da vida: Sandra Cristina de Souza Pasetti, Patrícia Sabiá, Ivana Filipin, Margarete Renz Dudermel, Magna Stela Dalla Rosa, Solange Thiago, Cristiane Hoppe, Montserrat Bausa Bolívar, Simona Cargnelutti, Maria del Carmen Ortin, Karine de Sousa Silva, Eli Eliane Deckert, Cecília Caballero Lois, Rosângela Alves, Cleusa Feistel e Sandra Maria da Silva van der Ham.

Aos colegas de turma de doutorado, nas espirituosas, inteligentes e autênticas figuras de Luíza Helena Malta Moll, Cláudia Maria Barbosa e Paulo de Tarso Brandão.

Ao Prof. Dr. José Ángel Sánchez Navarro, apoio constante na *Universidad Complutense de Madrid*.

Ao Prof. Dr. Francisco Rubio Llorente, pelas suas brilhantes aulas na *Universidad Complutense de Madrid*.

Ao Prof. Dr. Massimo Luciani, pela sua acolhida na *Università di Roma – La Sapienza*.

Ao Prof. Dr. Mario Volpi, bem como a Mariella e Vittoria Rossi, pela acolhida na *Università di Perugia*.

Ao Prof. Dr. Gustavo Zagrebelsky, por ter disponibilizado seus assessores da *Corte Costituzionale Italiana*.

Ao Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, grande mestre e amigo.

Ao Prof. Dr. César Saldanha, pelo desejo de ajudar.

Ao Prof. Dr. José Roberto Vieira, pelo alcance de suas preciosas *Catilinárias*.

À Profa. Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, pelo acompanhamento nos primeiros momentos deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar, pelo generoso amparo em desfavorável momento da minha vida e pelo valioso apoio na segunda fase de realização do trabalho.

Ao Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski por ter, juntamente com os professores Olga Aguiar de Oliveira e Ubaldo Balthazar, participado da banca de qualificação do projeto desta tese, em 1998, aportando importantes sugestões para o aprimoramento da abordagem do tema

Ao Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori, por dividir as primeiras reflexões sobre o tema, nos idos de 1997.

Aos amigos do tempo do Mestrado: Pérsio Henrique Barroso e Argemiro Cardoso Martins.

Aos funcionários da Biblioteca Central da UFSC, na pessoa de João do Espírito Santo.

Aos funcionários da Secretaria do CPGD/UFSC, nas pessoas de Rosângela Alves, Melissa Indalêncio, Gilvana Fortkamp e Ivonete de Almeida.

Ao Prof. Jorge Marcondes, pela pacenciosa atenção na diagramação do texto final.

À Faculdade de Direito de Curitiba, nas pessoas de Danilo Viana, Luis César Esmanhotto, Maria do Rocio Garzuze e Cristina Surek, pela compreensão diante dos inúmeros “nãos”.

Ao fundamental apoio financeiro da CAPES e do CNPq.

EPÍGRAFE

“E AGORA, JOSÉ?¹

*E agora, José?
A Constituição autorizou,
O executivo gostou,
E no cavalo de Tróia montou.*

*E agora, José?
A exceção regra virou.
Os pressupostos foram elencados,
Mas será que são respeitados?*

*E agora, José?
O guardião da Constituição protestou?
O guardião se calou?
Ou o Pretório Excelso se acostumou?*

*E agora, José?
O Executivo dos princípios constitucionais se divorciou,
Suas limitações olvidou
E novas regras criou.*

*E agora, José?
O silêncio do Congresso não 'sepultou' a MP.
Da reedição o executivo gostou
E a prática gerou
Um presidencialismo imperial entre o absoluto e o arbitrário.²*

*E agora, José?
Você que habita no país da democracia,
Onde a edição da MP virou folia.
A Carta Magna precisa mudar
Ou nada disso vai adiantar?*

*E agora, José?
A instituição e majoração de tributos deve ser rejeitada,
A inconstitucionalidade deve ser apontada.
De nada adianta a Constituição ser mudada,
Antes precisa ser respeitada,
Cumprida e observada*

*E agora, José?
A prática 'emprestada'
Que foi consolidada.
Não consegue ser disciplinada.
Até quando José?
Até quando?"³*

¹ Reproduz-se esta poesia em homenagem ao criativo senso crítico da autora, com a sua devida autorização verbal, fornecida em 27/9/2001. In: STOROZ, Sandra Aparecida. *Medida provisória no direito comparado e no direito tributário: E agora José?* P. 75.

² Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, apud VIEIRA, José Roberto. *Medidas provisórias em matéria tributária: as Catilnárias brasileiras*. P. 285 (nota original).

³ Inspirada na poesia de Carlos Drummond de Andrade, *José*. (Nota original).

SUMÁRIO

	Página
CAPA	
FOLHA DE ROSTO	i
TERMO DE APROVAÇÃO	ii
DEDICATÓRIA	iii
AGRADECIMENTOS	iv
EPÍGRAFE	vi
SUMÁRIO	vii
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS MAIS USADAS	xi
RESUMO	xii
<i>RESUMEN</i>	xiv
<i>ABSTRACT</i>	xvi
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES - HISTÓRICO DE SUAS FORMAÇÕES E DESDOBRAMENTOS POSTERIORES	
1.1 - A história do Estado Constitucional de Direito: considerações preliminares	17
1.1.1 - A Idade Média, o Feudalismo Monárquico e o Estado Medieval Descentralizado	21
1.1.2 - A Idade Moderna, o incipiente capitalismo e o Estado Absolutista Monárquico	25
1.1.3 - O papel das Revoluções Burguesas na formação do Estado Liberal Clássico da Idade Contemporânea	34
1.1.4 - O Estado Social, Intervencionista ou Providência	40
1.1.5 - O Globalismo e o “Estado Globalizado” ou “Estado Neoliberal”	45
1.1.6 - A Democracia, o Estado Constitucional de Direito e o Estado Democrático de Direito	53
1.2 - A separação dos poderes no Estado Contemporâneo – gênese, legitimação e atualidade	62
1.2.1 - Teoria clássica - De Locke a Montesquieu	64
1.2.2 - A separação dos poderes na atualidade: as críticas e as adaptações à teoria clássica	78
1.2.2.1 - Funções típicas e atípicas dos poderes constituídos	89
1.2.2.2 – Breves considerações acerca da separação dos poderes nos Estados Parlamentaristas em geral	91
1.2.2.2.1 - A separação dos poderes no Parlamentarismo Espanhol - Funções típicas e atípicas dos poderes com relevo para o papel do Rei e a responsabilidade do Presidente do Governo	97
1.2.2.2.2 - A separação dos poderes no Parlamentarismo Italiano - Funções típicas e atípicas e o papel e a responsabilidade do Presidente da República e do Presidente do Conselho dos Ministros	102
1.2.2.3 – Breves considerações acerca da separação dos poderes nos Estados Presidencialistas em geral	107
1.2.2.3.1 - A separação dos poderes no Brasil - Funções típicas e atípicas com ênfase no papel e na responsabilidade do Presidente da República	110

CAPÍTULO II - DAS INTER-RELAÇÕES ENTRE O FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO
E A SUA CAPACIDADE LEGIFERANTE

2.1 - Do enfraquecimento do Poder Legislativo ao agigantamento do Poder Executivo	117
2.2 - A competência legiferante do Poder Executivo	130
2.2.1 - Da necessidade da atividade legislativa do Poder Executivo	132
2.2.2 - Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo	134
2.3 - O Executivo legislador no Direito Constitucional positivo de outros países	146
2.3.1 - Executivo legislador nas Constituições dos países-parte do MERCOSUL	148
2.3.1.1 - Na Constituição da Nação Argentina	151
2.3.1.2 - Na Constituição da República Oriental do Uruguai	152
2.3.1.3 - Na Constituição da República do Paraguai	153
2.3.2 - Executivo legislador nas Constituições dos países associados do MERCOSUL	154
2.3.2.1 - Na Constituição Política do Estado República da Bolívia	154
2.3.2.2 - Na Constituição da República do Chile	155
2.3.3 - Executivo legislador nos textos constitucionais dos países integrantes da União Européia	156
2.3.3.1 - Na Alemanha	156
2.3.3.2 - Na Áustria	159
2.3.3.3 - Na Bélgica	160
2.3.3.4 - Na Dinamarca	161
2.3.3.5 - Na Espanha	161
2.3.3.6 - Na Finlândia	162
2.3.3.7 - Na França	162
2.3.3.8 - Na Grécia	165
2.3.3.9 - Na Inglaterra	166
2.3.3.10 - Na Irlanda	168
2.3.3.11 - Na Itália	168
2.3.3.12 - Em Luxemburgo	168
2.3.3.13 - Nos Países Baixos	169
2.3.3.14 - Em Portugal	169
2.3.3.15 - Na Suécia	172
2.3.4 - Executivo legislador nos Estados Unidos da América do Norte	172
2.4 - Atuais formas de exercício da capacidade legislativa do Poder Executivo no Estado Brasileiro	176
2.4.1 - As Leis Delegadas – Histórico, conceito e previsão constitucional	177
2.4.2 - Os Decretos Executivos Regulamentares – Histórico, conceito e previsão constitucional	180
2.4.3 - As Medidas Provisórias – Origens históricas, conceito e previsão constitucional	183
2.4.3.1 - A origem nos <i>provvedimenti provvisori</i> italianos e a tentativa de suplantar os anteriores Decretos-Leis	183
2.4.3.2 - Conceito, previsão constitucional e limitações materiais ao seu uso	189
2.4.3.2.1 - Medidas provisórias nos Estados-membros e Municípios	191
2.4.3.3 - Principais diferenças existentes entre o decreto-lei e a medida provisória	193
2.4.3.4 - Natureza jurídica, pressupostos, eficácia e efeitos das medidas provisórias	196
2.4.3.4.1 - Da natureza jurídica do instituto	196
2.4.3.4.2 - Dos pressupostos: a problemática dos “princípios-válvula”	203
a) Da relevância	208
b) Da urgência	213
c) Da nem sempre existente fundamentação ou verificação da existência dos pressupostos	218
2.4.3.4.3 - Da eficácia e dos efeitos das medidas provisórias	222

**CAPÍTULO III – A MEDIDA PROVISÓRIA NO ESTADO BRASILEIRO DE 1988 A 2001:
SISTEMÁTICA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E
CONTROLE JURISDICIONAL**

3.1 - Medidas provisórias num sistema presidencialista de governo	227
3.2 - O uso das MPs acarretando a ofensa a princípios fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito: necessidade de interpretação sistemática	230
3.2.1 - Quando a ofensa constitucional derivou das matérias tratadas	240
3.2.1.1 - Ofensa ao Princípio da Legalidade <i>stricto sensu</i> (a Legalidade Tributária - “Reserva Absoluta de Lei Formal”)	246
3.2.1.2 - Ofensa ao Princípio da Anterioridade em matéria tributária	256
3.2.1.3 - Ofensa ao Princípio da Justiça Social ou à vocação social do Estado de Direito Brasileiro	260
3.2.1.4 - A violação do Princípio-Garantia da Proteção Jurídica	268
3.2.2 - Ofensas causadas pela prática exacerbada ou pelo uso indiscriminado: a violação do “princípio da proibição do excesso”	271
3.2.2.1 - Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes	275
3.2.2.1.1 - A interferência do Poder Executivo na esfera do Poder Legislativo e a paralela convivência deste: a exceção constitucional transformada em regra	281
3.2.2.1.2 - A interferência do Poder Executivo no âmbito do Poder Judiciário e a paralela convivência deste: a violação do Princípio da Independência Funcional do Juiz	294
3.2.2.2 - Esquiva ao processo legislativo e falhas no “procedimento elaborativo”	300
3.2.2.2.1 - As reedições, ou o provisório transformado em permanente	304
3.2.2.3 - Ofensa ao Princípio Democrático: quando do fortalecimento do Poder Executivo resultou o enfraquecimento da nação	314
3.2.2.4 - Ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica	323
3.3 - Inconstitucionalidades suscitadas em relação às medidas provisórias no controle abstrato de constitucionalidade	332
3.3.1 - O Princípio da Supremacia da Constituição e o papel do Supremo Tribunal Federal: guardião e intérprete máximo	335
3.3.1.1 - O problema da composição política do STF: comparações com os modelos espanhol e italiano	340
3.3.1.2 - O posicionamento do STF na apreciação da questão em seus julgamentos	343
a) Quanto à sujeição da MP ao controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade	344
b) Quanto à natureza jurídica das medidas provisórias	344
c) Quanto ao significado do requisito “urgência”	345
d) Quanto ao controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência	346
e) Quanto à excepcionalidade da competência legislativa do Presidente da República	349
f) Quanto à necessidade da manifestação do Congresso Nacional na apreciação das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República e à possibilidade de este retirá-las ou não do referido órgão legislativo	349
g) Quanto à possibilidade de subtração da MP ao controle abstrato de normas	351
h) Quanto à possibilidade de reedição de MPs	351
i) Quanto à obrigatoriedade ou discricionariedade de o Congresso Nacional disciplinar os efeitos das MPs não convertidas em lei	352
3.3.1.2.1 - Apreciação crítica das posições adotadas pelo STF	353

**CAPÍTULO IV – A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO USO INDISCRIMINADO DAS
MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: ANÁLISE DA RECENTE
REGULAMENTAÇÃO A PARTIR DAS EXPERIÊNCIAS ESPANHOLA E ITALIANA**

4.1 - Da imperiosa necessidade de limitação do uso das medidas provisórias	360
4.1.2 - Análise da Emenda Constitucional N° 32/2001: a restrição do uso das medidas provisórias e as novas regras para o seu exame pelo Legislativo	363
4.1.2.1 - Quanto à delimitação do conteúdo (matérias-objeto) das MPs	367
4.1.2.2 - Quanto aos pressupostos relevância e urgência	371
4.1.2.3 - Quanto ao prazo de vigência, a perda da eficácia e a coibição da reedição	372
4.1.2.4 - Quanto ao estabelecimento de novas regras para o exame das MPs pelo Poder Legislativo	378

4.1.2.4.1 - O prazo para votação pelo Congresso Nacional	378
4.1.2.4.2 - Tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional	380
4.1.2.4.3 - Decreto legislativo regulador das relações jurídicas decorrentes das MPs.....	381
4.1.2.5 - A situação das MPs em vigor na data de aprovação da EC N° 32	384
4.1.2.6 - A rejeição a contribuições oferecidas pela própria PEC 1/95 e por outras propostas de regulamentação que se encontravam em tramitação no CN	385
4.2 - Contributo a partir do Direito Constitucional espanhol e italiano	392
4.2.1 - A experiência italiana dos <i>Decreti-Legge</i>	394
4.2.2 - A experiência espanhola dos <i>Decretos-Leyes</i>	397
4.2.3 - A questão dos “conceitos jurídicos indeterminados” conformadores dos pressupostos	402
4.2.4 - Limitação quanto à matéria e reedições	410
4.3 - A aparente resolução do problema do abuso das medidas provisórias brasileiras com a recente Emenda Constitucional	418
4.3.1 - Possíveis saídas para o caso brasileiro caso persistam os abusos.....	422
4.3.1.1 - A delimitação do conteúdo semântico dos pressupostos relevância e urgência	423
4.3.1.2 - A efetiva recuperação das funções típicas dos Poderes Legislativo e Judiciário	424
4.3.1.3 - Análise de outras propostas de saídas	426
4.3.1.3.1 - Em relação ao controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade	426
a) Impugnação direta das medidas provisórias pelos cidadãos	426
b) A criação de um Tribunal Constitucional no Brasil	427
c) A revisão da jurisprudentia constitucional por inconstitucionalidade	429
4.3.1.3.2 - A revogação do próprio instituto	431
4.3.1.3.3 - O <i>impeachment</i> do Presidente da República ou “as <i>Catilinárias</i> brasileiras”	433
4.3.1.3.4 - O unicameralismo federal	436
4.3.1.3.5 - Presidencialismo com o “direito de resistência”	436
4.3.1.3.6 - A troca do sistema de governo	438
4.3.1.3.7 - Alargamento do elenco de controle por meio da instituição de cinco poderes	440
4.3.1.3.8 - Outras formas de controle popular dos atos legislativos do Poder Executivo	441
CONCLUSÃO	443
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	463
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	509
ANEXOS	511

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS MAIS USADAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [da CF/88]
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn(Mc) – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
AG – Agravo Regimental
AgRgADIn – Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art. ou art. – Artigo
Cap. – Capítulo
CDCCP – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – Revista dos Tribunais
Cf. – Conforme
CF ou CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5/10/1988)
Cfr. – Confira
CN – Congresso Nacional
Dep. Fed. – Deputado Federal
DJ – Diário da Justiça
DJU – Diário da Justiça da União
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
Min. – Ministro
MP – Medida Provisória
MPs – Medidas Provisórias
MS (AgRg) – Agravo Regimental em Mandado de Segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
Publ. – Publicado
RBDC – Revista Brasileira de Direito Constitucional
RDA – Revista de Direito Administrativo
RDCI – Revista de Direito Constitucional e Internacional
RDDT – Revista Dialética de Direito Tributário
RDP – Revista de Direito Público
RDT – Revista de Direito Tributário
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
RFD-UFPR – Revista da Faculdade de Direito da UFPR
RIL – Revista de Informação Legislativa
RPGESP – Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
RT – Revista dos Tribunais
RTDP – Revista Trimestral de Direito Público
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
STF – Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Esta tese objetiva verificar a adequação ou não do instituto jurídico medida provisória - conforme a prática que dele se fez - ao Estado Democrático de Direito no Brasil. Inicialmente oferecem-se os delineamentos históricos do que se entende por Estado Constitucional de Direito, marcando a passagem do império da lei para o império da Constituição. Fixa-se o qualificativo “democrático” como integrante de todo Estado de Direito. O princípio democrático se manifesta na origem da Constituição e da legislação infraconstitucional, e na legitimidade do exercício do poder. Em paralelo percorre-se o caminho da formação histórica e dos posteriores desdobramentos da teoria da Separação dos Poderes, para em seguida delimitar as funções típicas e atípicas de cada poder. Estudam-se as inter-relações entre o fortalecimento do Poder Executivo e a sua capacidade legiferante, investigando a presença do Executivo legislador em alguns direitos constitucionais estrangeiros. Com mais detalhes apresentam-se as formas de exercício dessa capacidade legislativa no Estado brasileiro, destacando-se o estudo das características inerentes à conformação jurídico-constitucional das medidas provisórias. Nesta análise tem-se como suporte teórico preponderante a doutrina brasileira de linhagem crítica, isto é, aquela preocupada em manter a vocação excepcional da função legisladora do Executivo. Não se olvidou no entanto as contribuições da doutrina estrangeira e o contraponto com a doutrina brasileira que defende um uso ampliado das medidas provisórias. Após, aplicando o método dedutivo, confrontam-se os conceitos e teorias gerais oferecidos pela doutrina constitucional contemporânea com a concreta utilização das medidas provisórias no Estado Democrático de Direito Brasileiro, guiando-se sempre pela interpretação constitucional sistemática. Esse exercício dedutivo, primando pela apresentação de exemplos, cumpre a finalidade de verificar quais os preceitos constitucionais elevados à condição de princípios essenciais desse Estado foram os mais desrespeitados nos treze primeiros anos de uso das medidas provisórias, isto é, durante a regência da configuração original a elas dada pelo texto constitucional de 1988. As alterações provocadas no seu regime jurídico pela Emenda Constitucional 32/2001 pouco influem no fio condutor do trabalho, sendo mesmo assim contempladas, inclusive com apreciação crítica. Como ponto central da pesquisa comprova-se que todos os princípios considerados pela doutrina constitucional como basilares do Estado Constitucional e Democrático de Direito brasileiro foram violados em maior ou menor grau. Descobrem-se muitas inconstitucionalidades em torno do cumprimento

das funções típicas dos poderes constituídos, sobretudo pela ingerência desmedida do Poder Executivo nos Poderes Legislativo e Judiciário. Num misto de cúmplices e vítimas, a colaboração destes dois poderes foi decisiva para a perpetração de inconstitucionalidades toleradas ao ponto de beirarem à institucionalização. Nesta ciranda de desrespeito à Constituição acumularam-se violações aos seguintes Princípios: da Legalidade, da Anterioridade, da Justiça Social, da Proteção Jurídica, da Separação dos Poderes, da Independência do Juiz, Princípio Democrático, da Segurança Jurídica, da Igualdade e, englobando todos os demais, o da Supremacia da Constituição. Conclui-se pela inadequação da prática das medidas provisórias ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

RESUMEN

Esta tesis tiene por objetivo verificar la adecuación o no de la institución jurídica medida provisional (decreto-ley) – según la práctica que de ella se ha hecho – al Estado Democrático de Derecho en Brasil. De inicio se ofrecen los delineamientos históricos de lo que se entiende por Estado Constitucional de Derecho, que marca el pasaje del imperio de la ley al imperio de la Constitución. Se ha fijado el calificativo "democrático" como integrante de todo Estado de Derecho. El principio democrático se manifiesta en el origen de la Constitución y de la legislación infraconstitucional, y también en la legitimidad del ejercicio del poder. En paralelo se ha recorrido el camino de la formación histórica y de los posteriores desdoblamientos de la teoría de la Separación de los Poderes, para en seguida delimitar las funciones típicas y atípicas de cada poder. Se han estudiado las interrelaciones entre el fortalecimiento del Poder Ejecutivo y su capacidad legislativa, e investigado la presencia del Ejecutivo legislador en algunos derechos constitucionales extranjeros. Con más detalles se han presentado las formas de ejercicio de esa capacidad legislativa en el Estado brasileño, destacándose el estudio de las características inherentes a la conformación jurídico-constitucional de las medidas provisionales. En este análisis se tiene como soporte teórico preponderante la doctrina brasileña de linaje crítico, es decir, aquella que se preocupa de mantener la vocación excepcional de la función legisladora del Ejecutivo. No se ha olvidado sin embargo las contribuciones de la doctrina extranjera y el contrapunto con la doctrina brasileña que defiende un uso ampliado de las medidas provisionales. Después, aplicando el método deductivo, se han confrontado los conceptos y teorías generales ofrecidos por la doctrina constitucional contemporánea con la concreta utilización de las medidas provisionales en el Estado Democrático de Derecho Brasileño, guiándose siempre por la interpretación constitucional sistemática. Este ejercicio deductivo, que primó por la presentación de ejemplos, cumplió la finalidad de examinar cuales preceptos constitucionales elevados a la condición de principios esenciales de ese Estado fueron los más desrespetados en los trece primeros años de uso de las medidas provisionales, es decir, durante la regencia de la configuración original a ellas dada por el texto constitucional de 1988. Las alteraciones provocadas en su régimen jurídico por la reciente Enmienda Constitucional número 32/2001 poco influyen en el hilo conductor del trabajo, siendo aun así contempladas, incluso con apreciación crítica. Como punto central de la investigación se ha comprobado que todos los

principios considerados por la doctrina constitucional como bases del Estado Constitucional y Democrático de Derecho Brasileño fueron violados en mayor o menor grado. Se descubrieron muchas inconstitucionalidades alrededor del cumplimiento de las funciones típicas de los poderes constituidos, sobretodo por la ingerencia desmedida del Poder Ejecutivo en los Poderes Legislativo y Judicial. En una mezcla de cómplices y víctimas, la colaboración de estos dos poderes fue decisiva para la la perpetración de inconstitucionalidades toleradas al punto de tocar la institucionalización. En este juego de desrespeto a la Constitución se han acumulado violaciones a los siguientes Principios: de la Legalidad, de la Anterioridad, de la Justicia Social, de la Protección Jurídica, de la Separación de Poderes, de la Independencia del Juez, Principio Democrático, de la Seguridad Jurídica, de la Igualdad y, juntando todos los demás, el de la Supremacía de la Constitución. Se concluyó que es inadecuada la práctica de las medidas provisionales en el Estado Democrático de Derecho brasileño.

ABSTRACT

This thesis has the purpose of verifying whether the legal institute *provisional mesure* (equivalent to *ordonnance* in french law) is appropriate or not – according its use in practice – to the Democratic State of Law in Brazil. In the beginning are established the historical lines of what is understood as Constitutional Law State, which fixes the passage from law empire to Constitution empire. It was stated that the qualification "democratic" must compose the Law State. The democratic principle comes up in the origin of the Constitution, the laws below this one, and also in the legitimacy of power. Besides it was examined the historical formation and later development of the Separation of Powers Theory. Then are delimited the typical and atypical forms of each power. It was made a study to demonstrate the interrelations between the increasing strength of the Executive Power and its legislative capacity, as well an investigation on the presence of the legislating Executive Power in some foreign constitutional laws. With more details are presented activity forms of this legislative capacity in brazilian State and the study of inherent characteristics of legal conformation concerning provisional mesures. This analysis has as main theoretical support the critical branch of brazilian doctrine, that is, the one preoccupied with the maintaining of the exceptional vocation of the executive legislation function. It was not forgotten the contrast with the doctrine tendency which claims for a wider use of provisional mesures. Later, by applying the deductive method, they were compared concepts and general theories, offered by constitutional contemporary doctrine, with concrete utilization of provisional mesures in the Democratic State of Law in Brazil, always guided by the systematic constitutional interpretation. This deductive exercise, which includes presentation of exemples, achieved the aim to examine what constitutional precepts that were promoted to a condition of essencial principles were especially not respected along the first thirteen years of use of the provisional mesures, that is, during the dominance of the original configuration which was given by the constitutional text in 1988. The changes caused to the legal regime by the recent constitutional amendment number 32/2001 have had a weak influence upon this work line, but they were nevertheless studied, even in a critical aspect. As a central point of the work, it was proved that all principles considered by constitutional doctrine as basis of the Brazilian Constitutional and Democratic State of Law were broken in a higher or lower degree. They were discovered many violations to constitutional rules in the functional exercise of constituted powers, especially due to the great interference from the Executive Power to Legislative and Judiciary

Powers. Among accomplices and victims, the collaboration of the latter powers was decisive to break constitutional rules, up to the point that it has become normal. As the constitution was abused, there heaped up injuries to the following Principles: Legality, Anteriority, Social Justice, Legal Protection, Separation of Powers, Judge Independence, Democratic Principle, Legal Security, Equality and as a whole the Supremacy of the Constitution. The conclusion is the inadequacy of provisional measures practice to the Brazilian Democratic Law State.

INTRODUÇÃO

Se você está em um navio afundando,
seus pensamentos serão sobre navios afundando.

George Orwell

Motivando-se pela aparente - mas nem por isso menos preocupante - sensação de desrespeito generalizado aos preceitos da atual Constituição da República Federativa do Brasil relacionados direta ou indiretamente com o instituto jurídico medida provisória, empreendeu-se o desenvolvimento desta tese, tendo como principal objetivo verificar a adequação ou não do referido instituto - conforme a prática que dele se fez - ao Estado Democrático de Direito que o alberga.

No aspecto da *delimitação temporal da abrangência do estudo* quer-se desenvolver esse objetivo pela análise do instituto nos seus treze primeiros anos de utilização, a partir de sua conformação original dada pela Constituição Federal de 1988 e até o advento das alterações provocadas pela Emenda Constitucional Nº 32/2001. Abrange portanto o período da hipotética cristalização dos abusos, até a recente regulamentação. Neste sentido a tese é muito mais um estudo retrospectivo do que prospectivo. Optando-se pelo método sistemático de interpretação constitucional e pela análise crítica, pretende-se pesquisar se a prática do instituto se coadunou com o Estado Democrático de Direito Brasileiro a partir da verificação de quais princípios constitucionais conformadores deste foram violados no decorrer dessa prática.

O aspecto científico sob o qual se pretende que este trabalho constitua uma tese, está orientado à resposta da seguinte *pergunta*: houve, na prática das medidas provisórias, violações aos princípios constitucionais conformadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro?

A *hipótese* que se visa confirmar ao longo do estudo é a de que o uso indiscriminado das medidas provisórias afrontou os princípios constitucionais conformadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro ao ponto de revelar-se inadequado a este tipo de Estado, o qual se assenta em base representativa e é permeado por uma rotina de democracia constitucional.

Para atingir o fim almejado recorrer-se-á à consulta das seguintes *fontes*: a Constituição Federal de 1988 com suas emendas; as Constituições de outros países, mormente

da União Européia e do Mercosul; medidas provisórias editadas ao longo do período em análise; eventuais leis de conversão e decretos-legislativos decorrentes de medidas provisórias; outros diplomas legislativos correlatos à matéria; dados coletados acerca do volume de utilização do instituto; jurisprudência do STF respeitante ao tema; artigos de jornais de circulação nacional e informativos oficiais de algumas instituições, tais como Senado Federal e OAB; doutrina nacional e estrangeira. O maior relevo, note-se, ficou com estas últimas doutrinas, por possibilitarem o embasamento teórico e a análise crítica de todos os assuntos conexos à legislação e aos dados coletados a respeito do uso das medidas provisórias. Certa proeminência terão também as referências aos modelos espanhol e italiano de decretos-leis, principalmente porque em tais países houve interessantes e amplas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Nos últimos anos tornou-se um lugar comum afirmar que as medidas provisórias violam o Estado de Direito. Vários autores debruçaram-se sobre a ampla temática do instituto, na maioria das vezes iniciando seus estudos a partir do pressuposto de que as medidas provisórias ferem o Estado de Direito. Entretanto não há nenhum estudo que demonstre detalhadamente e com exemplos o porquê de tal afirmação, que soa como um apriorismo. Assim é que, num estudo amplo e pretendidamente sistemático, esta tese almeja comprovar a referida hipótese, que parece uma obviedade.

Mesmo querendo suprir a lacuna de um estudo sistemático sobre o problema, como os demais, também este trabalho foi concebido a partir da constatada exageração na aplicação prática de um poder constitucionalmente atribuído ao Presidente da República do Brasil desde a promulgação da vigente Constituição Federal. O seu diferencial, insiste-se, é em primeiro lugar o objetivo de realmente comprovar a agressão ao Estado de Direito, e em segundo lugar, o de confrontar a teoria constitucional crítica com o uso das medidas provisórias, e a pertinência ou não desse uso à disciplina que a Constituição impôs respeitar.

Feitos estes iniciais esclarecimentos metodológicos, ingressa-se na problemática mais específica das medidas provisórias, chamadas até de “desmedidas provisórias”.¹

O instituto, em termos simples, representa a concretização de uma das possibilidades que o Poder Executivo tem de criar legislação primária, tarefa que originariamente não é sua, mas que mediante um permissivo constitucional pode realizar, dentro porém de certos contornos e limites traçados pela própria Constituição.

¹ Cf. GUIMARÃES, Ulysses. *As desmedidas provisórias*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. 7 p.

Previstas no art. 62 e no seu inicialmente parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as medidas provisórias objetivam dar celeridade ao Poder Executivo, que não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa de normas quando deve responder a exigências ou a circunstâncias sociais graves e urgentes, tendo em vista o interesse público.

Muitos sistemas constitucionais contemporâneos adotam soluções semelhantes, como por exemplo os de Portugal, da Espanha, da Argentina e da Itália. A Constituição da Itália de 1947, *v. g.*, adota os *provvedimenti provvisori*, que serviram de matriz para as medidas provisórias brasileiras. Na Espanha e na Itália, exemplos privilegiados para este trabalho, as espécies normativas originam-se nas coletividades dos governos colegiados, ao passo que no caso brasileiro isso fica restrito exclusivamente à individualidade presidencial, sem resultar dialeticamente dos debates travados entre os representantes do povo. Esta diferença de origem se deve às naturais diferenças dos sistemas parlamentarista e presidencialista de governo.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 parecia significar a hora estelar da história democrática brasileira. Entre tantas outras inovações, trouxe ela em seu texto uma nova espécie normativa, inscrita no inciso V do seu art. 59: a medida provisória. Esta, como sucedânea do decreto-lei do regime que se encerrava, vinha com o objetivo precípuo de possibilitar ao Chefe do Poder Executivo a adoção de medidas normativas em face de circunstâncias relevantes e urgentes que demandassem a ação imediata do Estado. É notório pois que ao inserir este instituto em substituição ao seu assemelhado anterior, objetivava a Constituição de 1988 um progresso democrático. No entanto, iniciada a marcha da Constituição com o intuito da concretização de um Estado Democrático de Direito, logo viu-se que o exercício dessa competência monocrática do Presidente da República dava sinais de que poderia perturbar o princípio da democracia, reitor do Estado. Longe ficou-se da parcimônia com que tais medidas deveriam ser utilizadas, ditada pela exceção à regra geral da separação dos poderes. Treze anos depois, parece ser evidente que o desvirtuamento do uso do instituto alcançou um nível tal que se está diante de um dos temas mais complexos e delicados do Direito Público brasileiro atual. Foram tantos os problemas, as dúvidas e as polêmicas suscitados que o tema ultrapassou as fronteiras do Direito Constitucional para chegar ao Direito Tributário, Penal e Administrativo.

Em se tratando de autorizações legiferantes conferidas aos titulares dos Poderes Executivos, muitas distorções podem advir. É por isso que ao versar sobre o tema das medidas

provisórias é importante chamar a atenção para a dimensão macroscópica dessa legislação de urgência, envolvendo questionamentos acerca do sistema de governo, do sistema de fontes, do desafio aos princípios e regras constitucionais, das conseqüências na vida cotidiana dos cidadãos. Para que se possa bem entender as degenerações que serão demonstradas especificamente no que diz respeito aos princípios constitucionais, também estes e outros temas circundantes serão abordados nesta tese.

Quando Montesquieu lapidarmente proclamou ser preciso que o poder freasse o poder, referia-se, antes de tudo, à necessidade de detenção do Executivo, pois o princípio da separação dos poderes foi imaginado para combater e evitar a tirania do governo de um só.

O princípio da Separação dos Poderes, baluarte de todos os regimes democráticos, é a garantia que o cidadão tem contra o arbítrio da autoridade pública, e se reproduz em todas as Constituições democráticas desde a afirmação do Estado Liberal de Direito. No texto constitucional brasileiro de 1988 goza de enorme prestígio, haja vista o conteúdo dos artigos 2º e 60, § 4º, inciso III, bem como de todo o Título IV, que trata da Organização dos Poderes. Como corolário de sua importância, é princípio constitucional elevado à condição de cláusula pétreia, isto é, inamovível e inalterável sequer pela via da reforma constitucional. Este princípio foi pisoteado no imediatamente anterior ordenamento constitucional por duas décadas, precisando agora ser enaltecido, pois nele se funda e dele depende o Estado Democrático de Direito.

Um mero passar de olhos pela produção legislativa brasileira já denuncia o destaque do Estado-Executivo no processo de moldagem da vida social, naquele nível que Miguel Reale denunciou como de “pré-ordenamento de quase tudo” na experiência social. Desde a promulgação da CF/88 até 3 de setembro de 2001 foram assinadas 6.115 medidas provisórias, entre edições e reedições.

Aluvião normativo é uma expressão adequada para sintetizar o caos da legislação que se formou no Brasil com o recurso da medida provisória. Quanto a essa inflação legislativa² que assola o País, não custa lembrar o historiador romano Tácito, que dizia *corruptissima republicae, plurimae leges*, ou seja, quanto mais corrupto é o Estado, mais leis decreta, e

² Clèmerson Merlin Clève esclarece, seguindo lição de Eros Roberto Grau, que a expressão “inflação legislativa” é de Carnelutti. Cf. CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. P. 55. Até termos menos elegantes já foram usados para designar o mesmo fenômeno, como por exemplo “desintéria legislativa”, expressão empregada por Ives Gandra da Silva Martins ao referir-se às regras pouco estáveis que regiam o sistema financeiro e as poupanças dos cidadãos no chamado Plano Brasil Novo. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Medida provisória deve ser regulamentada por lei complementar*. *RTJE*, v. 75, p. 83.

ainda o consabido dito: cria-se uma nova lei e cai toda uma biblioteca. Imagine-se então as confusões e os problemas de hermenêutica que esse mar de medidas provisórias veio acarretando para juízes, promotores, advogados, doutrinadores, professores, estudiosos, intérpretes em geral. Passavam-se os dias estudando medidas provisórias e, quando se pensava haver chegado a algum entendimento viável, a alguma conclusão plausível, era-se surpreendido por nova medida provisória sobre o assunto, geralmente disfarçada sob a forma de reedição, pela qual sutilmente se inseriam modificações no texto anterior. E isto só para falar do excedente primário de legislação via MPs, vez que esse conjunto de medidas provisórias naturalmente oportunizou um conjunto igualmente vasto de legislação dita secundária, tais como decretos e atos ministeriais, complexificando ainda mais o conhecimento dessa forma oblíqua de legislar.

Se os problemas relacionados às medidas provisórias se restringissem apenas ao uso indiscriminado de edições e reedições, já se teriam conseqüências desastrosas na configuração de alguns princípios constitucionais. Ocorre que os problemas foram além, caracterizando abusos também no que toca ao aspecto material.

Ao tratarem de quase todas as matérias, as medidas provisórias confiscaram contas correntes e poupanças; desfiguraram sindicatos trabalhistas; com o discurso de gerar empregos disseminaram ainda mais o desemprego, bem como a epidemia das privatizações; aumentaram direta ou indiretamente a carga tributária (CPMF, SIMPLES, alteração do IRPF); alteraram a Lei que criou o FGTS; dispuseram sobre a Lei de Licitações, o Proer (programa de incentivo à fusão dos bancos), os planos econômicos, matéria penal (a MP n. 111/89 dispôs sobre a prisão temporária) e processual. Trataram igualmente de outros temas delicados, não raramente com danosas conseqüências para a vida dos administrados como também em relação ao saudável, harmônico e independente convívio entre os poderes constituídos. Poderiam ser listadas outras mais que, se não pela matéria em si, pela forma arbitrária como foram redigidas e impostas, acabaram por ferir entre outros o princípio da segurança jurídica, com a ofensa a direitos adquiridos, coisas julgadas e outras garantias.

Abalaram enfim o dia-a-dia dos brasileiros. A cada dia, uma nova surpresa. Algumas são elogiáveis, como a que regulamentou o inciso XI do art. 7º da CF, qual seja a "participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa" (MP 1.077 de 28 de julho de 1995, que em maio de 2000 já se encontrava na septuagésima reedição). Porém

mesmo neste caso lamenta-se que um direito social tão importante tenha ficado por tanto tempo na provisoriedade, ao invés de ser definitivamente regulamentado em uma lei.

Nos termos em que foi prevista na Constituição, a medida provisória seria suportável, podendo até ser de grande valia, mas o problema reside na sua não utilização conforme o mandamento constitucional. As distorções começam pelo vocábulo, e não ocorreram só em relação às medidas provisórias. No Brasil parece que tudo o que nasce para ser provisório se transforma em permanente. É uma facilidade tipicamente brasileira transmutar o sentido dessa palavra. O exemplo corrente é o da CPMF: Contribuição “Provisória” sobre a Movimentação Financeira. Autorizada pela Emenda Constitucional Nº 3/93 para vigorar até 31 de dezembro de 1994 sob o signo da provisoriedade, está até hoje em vigor. Um exemplo mais remoto pode ser buscado no Governo “Provisório” de Getúlio Vargas, que durou 15 anos! Está-se a tratar portanto de um conceito que foi esgarçado, que perdeu a credibilidade do seu significado semântico.

É por isto que, das odes iniciais ao novo instituto, visto como “[...] instrumento hábil, flexível, eficiente, capaz de atingir seus objetivos”, e que cumpriria “[...] a contento o seu ofício”,³ a doutrina nacional passou a observar a seguir espantosos e inacreditáveis abusos em seu manuseio pelos presidentes da República. Estes passaram a governar fundamentando-se em legislação editada num processo legislativo excepcional, não raro ultrapassando os limites constitucionais impostos para a espécie. Chegou-se a tal nível de exagero, que relevante e urgente passou a ser a necessidade de restrição do uso delas. O uso das medidas provisórias foi significando algo assustador e constrangedor no sistema presidencialista brasileiro, passando a ser objeto de inúmeros estudos.

No Brasil dos últimos treze anos parece que se viveu num permanente "estado de mal-estar", a ponto de alguns juristas que se debruçaram ao tema, como Celso Antônio Bandeira de Mello, ser taxado de "inconstitucionalista", de tantas infringências que detectou.

Ocorre que a complexidade encerrada pela medida provisória na ordem constitucional brasileira suscita problemas de diversos matizes. Tantos são os subtemas que rondam o tema das medidas provisórias que sempre escapará algum nas tantas análises que se façam. Por isto é que nunca excede o estudo deste assunto, e cada novo olhar traz nova contribuição.

³ Estas as saudações à medida provisória feitas por Leon Szklarowsky no mesmo dia em que a Constituição Federal de 1988 obtivera sua aprovação definitiva. Cf. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O sistema tributário e as medidas de urgência. In: CAMPOS, Dejalma de (Coord.). *I Congresso Nacional de Estudos Tributários (Tema: O sistema tributário na nova Constituição do Brasil)*. P. 33 e 47-8.

Várias são as obras brasileiras que abordaram o tema nestes treze anos de existência do instituto, variando entre visões mais específicas e amplitude na abordagem; entre enfoques mais políticos e visões eminentemente jurídicas, e entre maior ou menor profundidade e rigor nas análises. Certo é que algumas chegaram ao nível de se tornarem clássicos na área. Há também alguns bons trabalhos acadêmicos não publicados. Para além de artigos publicados em revistas científicas ou em anais de eventos, muitos de referência obrigatória, podem ser citados os seguintes autores e suas obras, aqui relacionados na ordem cronológica em que apareceram ao público: Marcos Quelotti e Mauro Bonfim (*Medidas provisórias do Plano Brasil Novo à luz da Constituição*) em 1990; Leon Frejda Szklarowsky (*Medidas provisórias*), Marcelo Figueiredo (*A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*), Ivo Dantas (*Aspectos jurídicos das medidas provisórias – um estudo comparado dos direitos nacional e estrangeiro*), Marco Aurélio Greco (*Medidas provisórias*) e Clèmerson Merlin Clève (*As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988*, cuja segunda edição foi lançada em 1999 sob o título *Medidas provisórias*) em 1991; Brasilino Pereira dos Santos (*As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*) e novamente Clèmerson Clève (*Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, cuja 2ª edição foi lançada em 2000 sob o título *Atividade legislativa do Poder Executivo*) em 1993; Carlos Roberto Ramos (*Da medida provisória*) em 1994; Clélio Chiesa (*Medidas provisórias – o regime jurídico constitucional*) em 1996; Regina Helena Machado (*Medida provisória ou a medida do poder*) e Humberto Bergmann Ávila (*Medida provisória na Constituição de 1988*) em 1997; Valquíria Bassetti Prochmann (*Poder Executivo e produção normativa*) em 1998; Márcia Dominguez Nigro Conceição (*Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (artigo 62 da CF)*), Alexandre Mariotti (*Medidas provisórias*) e Leomar Barros Amorim de Sousa (*A produção normativa do Poder Executivo*) em 1999; Edilson Pereira Nobre Júnior (*Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional*) em 2000; Janine Malta Massuda (*Medidas provisórias: os fenômenos na reedição*) e Joel de Menezes Niebuhr (*O novo regime constitucional da medida provisória*) em 2001.

Assim, sobre a natureza jurídica da medida provisória e as várias outras características que a compõem, bem como sobre diversos aspectos e implicações de sua utilização, na senda do art. 62 da CF/88 existe uma vasta literatura. No entanto, de todas as obras pesquisadas, nenhuma chegou a fazer uma análise sistemática e com profundidade a respeito da adequação

ou não da prática do instituto ao Estado Democrático de Direito, ao que se propõe esta tese. Procura-se fazer a demonstração da adequação ou não sob a perspectiva da análise doutrinária, e em menor escala com o contributo das decisões do STF a respeito, mas sempre cuidando de apresentar exemplos de medidas provisórias que efetivamente comprovem as assertivas expostas e desenvolvidas. Crê-se residir aí o diferencial desta tese: a vasta comprovação das alegadas violações de vários princípios constitucionais por medidas provisórias.

Quer-se verificar como com as medidas provisórias se perpetraram golpes a um grande número de princípios constitucionais, justamente aquelas normas jurídicas especialmente qualificadas, que soem desempenhar função de grande relevo axiológico no seio de qualquer ordenamento jurídico. Quer-se ver como a prática que do instituto se fez conduziu a um extremado alargamento da concessão original. Neste sentido compartilha-se da visão de José Roberto Vieira, quando diz que por essa larga porta forjada pela prática passaram forças “que até então se julgavam represadas, e que terminaram por lesar com seriedade aqueles princípios constitucionais básicos, se não culminaram desditosamente por feri-los de morte.”⁴

Visando sempre perseguir uma resposta, ou melhor, reforçar a resposta provisória à pergunta antes formulada, a tese foi dividida em **quatro capítulos**, conforme os objetivos inicialmente traçados, além desta Introdução e das Conclusões. Antes de passar-se à explicação de como estas partes foram desenvolvidas fazem-se necessários outros esclarecimentos de cunho *metodológico*. Trata-se de pesquisa preponderantemente *teórico-bibliográfica* com parcela de *análise jurisprudencial*. É um estudo de fundo *descritivo e analítico*, com *abordagem pelo método dedutivo*, partindo-se do geral para particularizar, isto é, toma-se a teoria relacionada às medidas provisórias e depois comprova-se se esta teoria está ou não refletida nos exemplos práticos de sua utilização. Alerta-se por fim que todas as *traduções* efetuadas de obras bibliográficas e de legislações estrangeiras são livres e, portanto, de total responsabilidade da autora deste trabalho.

No **primeiro capítulo** caracteriza-se o Estado Constitucional de Direito e o histórico de sua formação - principalmente pela literatura clássica -, fixando a íntima e implícita relação entre Estado de Direito e Constituição, o que marca a passagem do império da lei ao império da Constituição. Fixa-se também o qualificativo “democrático” como necessário atributo de todo Estado de Direito desde quando a soberania absoluta cedeu lugar à soberania popular.

⁴ Cf. VIEIRA, José Roberto. *Medidas provisórias em matéria tributária: as Catilinárias brasileiras*. P. 10.

Esclarece-se assim que Estado de Direito, Constituição e Democracia - conceitos fundamentais para esta tese - andam juntos. O Princípio Democrático se manifesta na origem democrática da Constituição, da legislação infraconstitucional e do legítimo exercício do poder. Este princípio concretiza pois, em última instância, a participação do titular da soberania popular (povo) na criação do Direito e na gestão da coisa pública. É ressaltada nesta tese a ênfase no aspecto indireto ou representativo da democracia. Caracteriza-se o Estado Democrático de Direito Brasileiro constituído pela CF/88, cujos princípios constitucionais conformadores são apresentados segundo a ótica de José Afonso da Silva. Enuncia-se, após, a importância histórica da clássica separação dos poderes aperfeiçoada por Montesquieu conforme as competências funcionais - legislativa, administrativa e jurisdicional - dos Estados que adotam a forma de governo República ou Monarquia Constitucional, forma de Estado Federativa ou Unitária e sistema presidencialista ou parlamentarista de governo. Antecede a exposição das origens imediatas da separação dos poderes uma sumária dissertação a respeito dos três mais consagrados teóricos do contratualismo: Hobbes, Locke e Rousseau, isto para reforçar a passagem da soberania absoluta à soberania popular. Põe-se em relevo o despertar da consciência liberal pré-revolucionária (anterior a 1789), cabendo a Locke o primeiro grande passo para a mudança do paradigma absolutista para o liberal. Sucede-lhe Montesquieu nesse despertar da crítica política, o primeiro a terçar armas com o absolutismo, tomando por modelo as instituições da Inglaterra e a ambiência de sua liberdade constitucional. Frisa-se que pelo sistema de controle mútuo e convivência harmoniosa entre os poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) um controlaria o outro e ao mesmo tempo realizaria a própria função típica, desempenhando normal e satisfatoriamente as atividades estatais. Demonstra-se também como esta rígida separação teve que ser relativizada pela mudança do papel do Estado, o que operou uma flexibilização nas funções (agora típicas e atípicas) e um deslocamento de forças do Legislativo para o Executivo.

Ainda no capítulo inaugural analisam-se vários aspectos do princípio constitucional da separação dos poderes com o intuito de diferenciar a sistemática de exercício do poder, conforme sejam os sistemas de governo presidencialista ou parlamentarista, mormente quanto às funções e responsabilidades dos Poderes Executivo e Legislativo. Tomam-se os modelos espanhol, italiano e brasileiro para a verificação, em seus textos constitucionais, da distribuição das funções típicas e atípicas de cada um dos poderes constituídos.

No **segundo capítulo** demonstram-se, já sob um prisma crítico, as inter-relações entre o fortalecimento do Poder Executivo e a sua capacidade legiferante, começando pelo caminho histórico do enfraquecimento do Poder Legislativo como propulsor inicial do agigantamento do Executivo. Na seqüência dá-se a conhecer os contextos da vida contemporânea que trouxeram uma profusão de situações reclamadoras da tutela mais eficaz e imediata do Direito e do Estado. Em paralelo evidencia-se que, inobstante a doutrina constitucional clássica concentrar no Poder Legislativo a competência única ou típica para a produção das normas jurídicas, os entendimentos posteriores admitem delegações legislativas ao Poder Executivo, através de mecanismos específicos, configurando funções atípicas e secundárias. Revela-se o protagonismo da legislação dita “de urgência” como forma de criação legislativa primária do Poder Executivo e investiga-se a presença do Executivo legislador nas atuais Constituições de alguns países estrangeiros, especificamente nos países do Mercosul, da União Uuropéia, e o caso isolado dos Estados Unidos da América.

A seguir demonstram-se as atuais formas de exercício da capacidade legislativa do Poder Executivo no Brasil, com destaque para a medida provisória. A matéria será apresentada exclusivamente no que se refere aos poderes públicos no âmbito federal, havendo apenas um item que contempla a possibilidade de edição de medidas provisórias pelos Poderes Executivos dos Estados-membros e dos Municípios. A medida provisória será estudada a partir da perspectiva de exceção dentro do processo legislativo e da função legislativa, permitida ao Poder Executivo apenas para ser utilizada em dadas circunstâncias, já que é preciso dotar o Estado de mecanismos ágeis para situações extraordinárias. Estuda-se o conceito, as origens históricas, as principais diferenças em relação ao anterior decreto-lei, as previsões constitucionais quanto à autorização e limitações materiais ao seu uso. Tratam-se ainda, de forma detalhada, a natureza jurídica do instituto, os pressupostos de relevância e urgência enquanto princípios-válvula e questões conexas, a eficácia e os efeitos das medidas provisórias. Nesta análise utiliza-se como aporte teórico preferencial a *doutrina brasileira de linhagem crítica*, ou seja, aquela preocupada em insistir sobre o caráter excepcional e restritivo do exercício da função legisladora do Executivo. Não se olvidou no entanto o contraponto com a doutrina comprometida em defender a utilização ampliada das medidas provisórias. São vistas também as contribuições oferecidas pela doutrina estrangeira.

No **terceiro capítulo** trabalha-se o ponto central da tese, qual seja, a demonstração das reais e efetivas inconstitucionalidades cometidas no uso indiscriminado das medidas

provisórias em relação a um feixe de princípios constitucionais, no período de 1988 a 2001. Faz-se isso aplicando o *método dedutivo*, pelo qual se procura confrontar os conceitos e teorias gerais oferecidos pela doutrina constitucional contemporânea com os casos concretos de utilização da espécie normativa no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Esse exercício dedutivo, permeado pela clara opção de defesa desse Estado, ascende à defesa da Constituição Federal como um sistema integrado, isto por partir-se de uma interpretação constitucional sistemática, primando sempre pela apresentação de exemplos. Inicia-se explicando o porquê de a medida provisória oferecer melhor desempenho em sistemas parlamentaristas de governo, donde seu mero deslocamento para os sistemas presidencialistas resultar num funcionamento desastroso. Com a finalidade de verificar de que modo os preceitos constitucionais elevados à condição de princípios do Estado Democrático de Direito Brasileiro foram desrespeitados pelo uso ilimitado das medidas provisórias nos treze primeiros anos de existência do instituto, trabalham-se as hipotéticas inconstitucionalidades sob dois aspectos principais: o da ofensa a esses princípios fundamentais pelas matérias tratadas pelas medidas provisórias e o da ofensa causada pela própria prática exacerbada do instituto. Também trabalha-se a hipótese da violação pela natureza antidemocrática que o instituto adquire no Presidencialismo, isto especificamente para a análise do Princípio Democrático. Sob o aspecto da ofensa pelas matérias pretende-se demonstrar o desrespeito aos Princípios da Legalidade e da Anterioridade (penal e tributária), ao Princípio da Justiça Social (ou da vocação social do Estado de Direito Brasileiro), ao Princípio-Garantia da Proteção Jurídica, além de violações a várias regras constitucionais instituidoras de direitos fundamentais que podem ter ferido também o Princípio da Igualdade. Já quanto às ofensas causadas pelo próprio uso indiscriminado, configurando violação do Princípio da Proibição do Excesso, investigam-se ofensas ao Princípio da Separação dos Poderes, ao Princípio da Independência do Juiz, ao Princípio Democrático, ao Princípio da Segurança Jurídica e, englobando todos os demais, o próprio Princípio da Supremacia da Constituição (ou Princípio da Constitucionalidade).

É neste terceiro capítulo onde se pretende demonstrar em que grau com as medidas provisórias se rompeu aquela clássica separação de funções entre os três poderes constituídos, pela qual cada um deveria cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome. Ao ser princípio nuclear do Estado, da sua violação muitas outras violações derivaram, tais como falhas no procedimento elaborativo das medidas provisórias, principalmente com o recurso da

reedição. Quer-se verificar portanto a possibilidade de o uso reiterado de medidas provisórias pelo Poder Executivo brasileiro ter ferido o previsto sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), indo além da relativização do princípio quanto às exceções (admissão de funções atípicas). Procura-se pôr em relevo o assentimento da maior parte da doutrina brasileira de que há pressupostos e limites à edição das medidas provisórias, não devendo elas ser atos arbitrários ou totalmente discricionários, mas sim confinados à interpretação sistemática da Constituição Federal. Realiza-se também uma análise crítica a respeito das freqüentes e impróprias reedições das medidas provisórias por parte dos presidentes da República.

A segunda parte do terceiro capítulo procura revelar as decisões do Supremo Tribunal Federal no contexto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade suscitadas a respeito de medidas provisórias. Inicia-se pela análise crítica da composição política do STF, tecendo comparações com os modelos espanhol e italiano. Analisa-se o controle abstrato de constitucionalidade com o fim precípua de demonstrar como se deu a cumplicidade do STF no inconstitucional agigantamento do Poder Executivo, ferindo, também deste modo, a Supremacia da Constituição. A análise jurisprudencial empreendida não é exaustiva. Restringe-se à coleta e reprodução dos julgados exarados pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, preferentemente em ADIns, que dizem respeito aos mais importantes aspectos das medidas provisórias apreciados na tese.

Por tudo isto é que o capítulo é considerado o coração da tese, porquanto nele se pretende demonstrar os desvios efetivamente verificados na utilização do excepcional instrumento medida provisória, destacando-se o abuso do Executivo, a inércia do Legislativo e a tolerância do Judiciário pelo perfil da jurisprudência firmada pelo STF em torno ao tema. Procura-se demonstrar que sem a conivência dos outros dois poderes o Executivo não teria conseguido ousar tanto. O fio condutor de todo o capítulo é a preocupação em pôr relevo nas inconstitucionalidades que o assunto gerou no país e que se encontraram por muito tempo praticamente institucionalizadas.

No **quarto capítulo** aborda-se o aspecto específico da recente regulamentação das medidas provisórias pela Emenda Constitucional Nº 32/2001. Deixa-se claro que as alterações provocadas no regime jurídico do instituto pouco influem na idéia mestra da tese, já que o fio condutor do trabalho pretende ser a confirmação da cristalização de uma série de inconstitucionalidades provocadas pela prática do instituto antes das modificações. Assim,

contempla-se a novidade como um *plus* e não tanto como uma necessidade para a comprovação da hipótese da tese. Como o assunto é ainda carecedor de grandes elaborações teórico-doutrinárias,⁵ utilizam-se algumas apreciações de integrantes do Congresso Nacional. De resto, procura-se fazer uma leitura própria das alterações trazidas pela EC N° 32, bem como uma apreciação crítica do que isso possa significar em termos de fortalecimento e salvaguarda do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Na análise também cobram importância os modelos italiano e espanhol, tendo em vista a busca de pontos de contato entre Espanha, Itália e Brasil a respeito da disciplina do instituto, principalmente para esclarecer a que se deve o fato de tais países terem conseguido uma mais eficiente, racional e limitada utilização dos institutos assemelhados às medidas provisórias. Investiga-se se o Congresso Nacional, que já deu tanto espaço para os presidentes da República agirem em desacordo com a Constituição, agora finalmente resgatou seu poder de legislar.

As **considerações e a conclusão final** resultantes de toda a análise são elencadas em texto segmentado em itens, integrando a última seção desta tese.

É evidente a inquietude que as medidas provisórias despertam no observador atento do tema. Elas podem ter trazido muitos riscos e ameaças ao Estado Democrático de Direito. Tratando-se de um conceito constitucional, toda a análise proposta girará em torno do contraponto que se pretende fazer entre os ditames constitucionais, postos em relevo a partir de uma compreensão sistemática, e o desrespeito a tais ditames no uso prático do instituto. Atende-se deste modo à peculiaridade da hermenêutica constitucional, que é muito mais uma hermenêutica de princípios (principiológica) do que de regras.

O estudo parte da concepção básica de que a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento jurídico infraconstitucional ou, conforme propõe Marcelo Neves⁶ a partir dos ensinamentos de Pontes de Miranda, fundamento de pertinência e critério de validade dos subsistemas infraconstitucionais. Ainda a partir de Tomás De La Quadra,⁷ guia esta tese a idéia de que a Constituição “não é somente um texto jurídico; é algo mais: daí a dificuldade que oferece a sua interpretação, que não pode ser feita apenas a partir do seu texto, mas que exige o elevar-se ao sistema e aos princípios; e estes não pertencem somente ao mundo do

⁵ Quando já se estava ultimando esta tese teve-se acesso à recém-publicada obra *O novo regime constitucional da medida provisória*, de Joel de Menezes Niebuhr (São Paulo: Acadêmica, 2001). No entanto, da sua leitura conclui-se não ter a mesma tratado nada de substancialmente diferente a respeito da EC N° 32/01, que já não tivesse sido contemplado na parte inicial do quarto capítulo desta tese.

⁶ Cf. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. P. 41.

⁷ DE LA QUADRA, Tomás. Interpretación de la Constitución y órganos del Estado. In: LÓPEZ PINA, Antonio. (Edit.). *División de poderes e interpretación*. P. 32.

jurídico.” Sendo a norma fundante de todo o ordenamento jurídico e ao mesmo tempo a norma básica do Estado, chegando a com ele confundir-se, todas as demais normas dela retiram sua força e deveriam descansar no seu sólido cimento constitucional.

Ao privilegiar-se o aspecto sistemático da interpretação constitucional, procurar-se-á seguir a orientação dada por José Joaquim Gomes Canotilho⁸ no sentido de atender à observação do leque de “princípios de interpretação constitucional” por ele apresentado:

- a) o *princípio da unidade da Constituição*, pelo qual as normas constitucionais devem ser estudadas de modo integrado, não isoladamente, mas como componentes de um sistema unitário de regras e princípios;
- b) o *princípio do efeito integrador*, pelo qual a Constituição deve ser interpretada de modo a dar primazia aos critérios ou pontos de vista favorecedores da integração política e social, visando redundar na unidade política;
- c) o *princípio da máxima efetividade*, pelo qual se deve atribuir o sentido que maior eficácia ou efetividade empresta às normas constitucionais sob análise;
- d) o *princípio da conformidade funcional*, pelo qual a interpretação pretendida não pode resultar em subversão ou perturbação do esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição, como por exemplo, o da separação dos poderes e o das funções do Estado;
- e) o *princípio da concordância prática ou da harmonização*, pelo qual em caso de conflito ou concorrência entre os bens protegidos pela Constituição, a interpretação não pode sacrificar uns pela proeminência de outros;
- f) o *princípio da “força normativa da Constituição”*, pelo qual o intérprete deve privilegiar as soluções que densifiquem as normas constitucionais, tornando-as eficazes e permanentes;
- g) o *princípio da interpretação conforme a Constituição*, pelo qual o sentido a ser dado pelo intérprete às normas infraconstitucionais polissêmicas ou plurissignificativas é o da compatibilidade com a Constituição, e não o do conflito com esta.

Toda a interpretação que se faça ao longo desta tese estará sempre iluminada pelo ditame desses princípios. Guia-se o estudo, como fim último, pela defesa da Constituição, e esta

⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 1.148 e ss.

somente se converterá em força normativa e ativa, conforme Konrad Hesse, “se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”.⁹

Relembre-se que *reflexão* ou *análise crítica*, para esta tese, significa a concepção restritiva e excepcional do instituto medida provisória, proveniente da ótica sistemática da sua conformação constitucional. É por isso que, do elenco de obras antes apresentado, privilegiam-se na doutrina pátria aqueles autores que endereçaram visão mais crítica ao instituto, por um ou outro aspecto, isto é, os que primam pela visão sistemática da Constituição e pela excepcionalidade das MPs. A análise crítica que se quer fazer é guiada por um constante e inarredável inconformismo com as inúmeras violações à Constituição, operadas pelo Executivo e toleradas pelo Legislativo e pelo Judiciário, no uso das medidas provisórias, de maneira a provocar alterações informais no texto constitucional. Isto demonstra a falha daquela subjacente regra de ouro dos sistemas de democracia constitucional, conforme a qual a todo acréscimo de poder deve corresponder um aumento de rigor dos controles. Não é assim uma tese de posicionamentos neutros. A opção é clara: a defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito por aquela fixado. Inobstante esta postura, preocupa-se em, sempre que possível, dar a conhecer o contraponto, isto é, as visões mais moderadas de outros autores a respeito do tema, que não vêem com tanta gravidade as supostas violações constitucionais cometidas pelo uso das medidas provisórias, ou até mesmo simplesmente não as vêem como violações.

No mais esta tese pretende aliar o aspecto científico com o pedagógico, pondo o primeiro a serviço do segundo, como uma tentativa de possibilitar um saber prático orientado a uma mais ampla utilização do conhecimento. Embora a ciência não tenha necessariamente esta obrigação ou finalidade, julga-se tanto melhor que as teorias pudessem ter um efeito prático. Neste sentido é que a tese pretende colaborar para com a defesa da Constituição, assim como a defesa do Estado Democrático de Direito deve sempre estar na pauta.

Conquanto a considerável produção doutrinária a respeito do tema, parece que ainda são válidas as palavras de Clèmerson Clève, quando em 1993 atentava para a fundamental atividade dos juristas na efetividade do Estado Democrático de Direito, contribuindo para “a

⁹ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. P. 19.

criação de uma cultura jurídica favorável à plena realização da Constituição, especialmente, das normas reguladoras da atividade legislativa do Poder Executivo.”¹⁰

A crença desse autor - sinalizada anos atrás - na necessidade de construção de uma dogmática e de uma jurisprudência “capazes de sinalizar com rigor os perímetros da atividade legislativa do Poder Executivo”¹¹ parece ainda não ter se efetivado. Também persiste o desafio por ele apresentado na ocasião, no sentido de aquela incumbência continuar atual e constituir “importante missão dos constitucionalistas brasileiros para os próximos anos”.¹²

De todos os modos, ilumina a feitura desta tese a esperança de que este possa ser o último trabalho de fôlego sobre a problemática das medidas provisórias no Brasil, no intuito de que os problemas que afetaram gravemente a existência do Estado de Direito brasileiro não mais permaneçam ou se repitam.

¹⁰ Cf. CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. P. 259.

¹¹ *Ibidem*, p. 153-4.

¹² *Idem*.

CAPÍTULO I – DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - HISTÓRICO DE SUAS FORMAÇÕES E DESDOBRAMENTOS POSTERIORES

El estudio más digno de la política no es el hombre sino las instituciones.

John Plamenatz

1.1 – A história do Estado Constitucional de Direito: considerações preliminares

A doutrina ou teoria da separação dos poderes desempenhou e tem desempenhado um papel primordial na conformação do tipo de Estado que, a partir da Revolução Inglesa, da Norte-Americana e sobretudo da Revolução Francesa, se foi propagando em todo o mundo ocidental, no decurso dos dois últimos séculos. "Elevada à categoria de princípio constitucional homônimo, parece constituir um dos traços mais característicos da estrutura organizativa das diversas variantes do Estado constitucional contemporâneo".¹³ Foi portanto num tipo característico de Estado - o Estado de Direito - que se deu a institucionalização da separação dos poderes enquanto princípio constitucional, daí este não ser prévio à Constituição, mas construir-se a partir dela, justamente pela conformação da teoria às mais variadas ordens jurídico-positivas concretas. Este capítulo introdutório abordará o entrelaçamento destes dois grandes temas - o do Estado Constitucional de Direito e o da separação dos poderes -, a começar pelo primeiro.

Assim, neste item inaugural procurar-se-á estabelecer as diferenças conceituais e históricas de sobejamente conhecidos modelos de Estados, visando em cada um deles realçar características que auxiliarão em momentos posteriores deste estudo.

Primeiramente convém precisar o que contemporaneamente se entende por Estado. Opta-se pela conceituação de Max Weber, para quem por Estado "deve entender-se um *instituto político* de atividade continuada, quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao *monopólio legítimo* da coação física para a manutenção da ordem vigente."¹⁴ Conforme explicação do próprio autor: "sociologicamente o Estado moderno só pode definir-se em última instância a partir de um *meio* específico que,

¹³ Escrevia em 1957 Biscaretti di Ruffia: "Só no Estado da Cidade do Vaticano, o princípio não é explicitamente acolhido". Conforme PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. P. 11 e ss.

¹⁴ Cf. WEBER, Max. *Economia y sociedad*. P. 43-4 (grifado no original).

assim como a toda associação política, lhe é próprio, a saber: o da coação física. 'Todo Estado se baseia na força,' disse Trotsky em Brest-Litowsk."¹⁵ Porém, ainda segundo ele, a coação não é de modo algum o meio normal ou único do Estado, mas sim seu meio específico. "O Estado, como todas as associações políticas que o precederam historicamente, é uma **relação de domínio de homens sobre homens**, suportada por meio de **violência legítima** (quer dizer, da que é encarada como tal). Necessita pois, para subsistir, que os dominados *acatem* a autoridade que aqueles que dominam nesse momento pretendem ter."¹⁶

Por outro lado, visando oferecer um contraponto ou pelo menos uma visão distinta sobre a compreensão do que seja o Estado, e até porque Weber cita um marxista para apoiar a sua definição, consigna-se a interpretação dada por um dos criadores do próprio marxismo, Engels, para quem o Estado é:

um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da 'ordem'. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.¹⁷

Engels esclareceu ainda que, tendo o Estado nascido da necessidade de conter o antagonismo das classes e, ao mesmo tempo, nascido em meio ao conflito delas, é, por regra geral, "o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida."¹⁸ Deste modo, já antecipa-se pela sua voz: "o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos

¹⁵ Cf. WEBER, M. Op. cit., p. 1.056 (grifado no original). Lembre-se que o Tratado (de paz) de Brest-Litowsk foi firmado a três de março de 1918 entre a Rússia e as potências centrais, pelo qual aquela teve que ceder extensos territórios, uma vez que para consolidar seu poder o Governo soviético necessitava a paz exterior a qualquer preço.

¹⁶ Cf. WEBER, Max. *O político e o cientista*. P. 9 (grifou-se). À página 8 desta mesma obra o autor diz: "o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o 'território' é elemento definidor), reclama (com êxito) para si o monopólio da *violência física legítima*. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o permite. O Estado é a única fonte do 'direito' à violência". (grifado no original)

¹⁷ Cf. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. P. 191. Tenha-se presente, no entanto, que Engels chegou a esse conceito e o desenvolveu tendo por base de apoio uma das teorias antropológicas, a de Lewis Henry Morgan, a qual foi contrariada pelo antropólogo francês Pierre Clastres.

¹⁸ Cf. ENGELS, F. Op. cit., p. 193.

servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que se serve o capital para explorar o trabalho assalariado.”¹⁹

Feitos estes mínimos aportes introdutórios, tem-se que o tema desta tese é um instituto – a Medida Provisória – que nasceu e sobrevive num Estado Constitucional de Direito no Brasil. Pode ser que o seu uso inclusive tenha ameaçado a integridade do próprio Estado que o abriga. A esse respeito estas investigações científicas oferecerão, ao final do trabalho, algumas conclusões. Mas antes de tudo isso, para poder tratar didaticamente o assunto, necessita-se percorrer o histórico da formação desta categoria fundamental para a Ciência Política, a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional, que é o “Estado Constitucional de Direito”, passando por uma reconstituição, ainda que breve, das várias fases, períodos ou simplesmente faces que este Estado encarnou até assumir os contornos hoje vistos. Assim, partir-se-á do que se consideram os embriões do Estado Moderno – encontrados ainda na Idade Média – para chegar ao atualmente denominado “Estado Neoliberal”, e então, ao final, estabelecer o entendimento conceitual acerca do que se chama Estado Constitucional de Direito.

É interessante esclarecer, no entanto, que se está tratando de uma generalização do mundo ocidental e, principalmente, que neste caminho de formação e afirmação do Estado de Direito, não se pode dizer que o seu histórico tenha sido necessariamente “evolutivo”. Assim é porque em mais de uma vez essa formação política denominada “Estado” desenvolveu-se e transformou-se de modos diversos, trocando de face e, em consequência, de propósitos, objetivos, fins, e isso não necessariamente configurou uma evolução, muito antes pode até ter significado uma “involução” em determinada época, dependendo do ponto de vista do observador. A esse respeito já alertava Hermann Heller, quando dizia que “nem o primitivo e indiferenciado pode ser a chave para explicar o posterior e o diferenciado - o contrário é justamente o certo -, nem tampouco pode-se afirmar que em todos os casos em que houve uma mudança histórica teve lugar também uma evolução”.²⁰ Esse autor acrescentava em sua clássica obra: “Desta sorte, o Estado da Idade Moderna tem tão pouco a ver com o medieval – se é que se pode falar de um Estado na Idade Média -, tanto no que concerne à sua estrutura como à sua função, que, neste caso, somente se pode falar de **mudança e não de evolução**. O mesmo cabe dizer com respeito às relações entre a estrutura do Estado antigo e a do

¹⁹ Cf. ENGELS, F. Op. cit., p. 193-4.

²⁰ Cf. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. P. 46 e 47.

medieval.”²¹ Por isso mesmo, deixa-se aqui consignada esta advertência, e que o julgamento a respeito do caráter evolutivo ou não do Estado passe para o leitor-intérprete.

De resto, antes de prosseguir convém salientar que formas políticas pré-estatais de dominação - por alguns autores chamadas de “Estados” - já existiam desde muito na história da humanidade, a começar pelo “Governo primitivo”, seguindo para os “Impérios antigos”, as “Cidades gregas”, a “Roma republicana”, a “Roma imperial”, o “Despotismo oriental”, incluindo até o “Governo feudal” e o denominado “primitivo Estado moderno”, segundo uma tipologia de Bernard Crick.²² Mas neste estudo seguir-se-á o critério de Hermann Heller, pelo qual se considera que o Estado propriamente dito, para os efeitos da Teoria Moderna do Estado, começa com o Renascimento,²³ conforme ver-se-á mais claramente nos subitens que se seguem. Assim, à semelhança do famoso teórico ora em comento estabelece-se, por razões teóricas e práticas, uma delimitação espacial e temporal da matéria a ser estudada neste primeiro item, sendo objeto de estudo portanto, o Estado, tal como este se formou no círculo cultural do Ocidente a partir do Renascimento. Isso não significa que se negue a existência de outras formas pretéritas de Estado.

De todos os modos, a questão da origem do Estado não é, em si, decisiva para esta tese. Ainda assim, acredita-se ser interessante recordar alguns aspectos a seu respeito, sobretudo naquilo que possa facilitar a compreensão das principais características do que na teoria se entendeu primeiramente por Estado, logo por Estado de Direito e, finalmente, por Estado Constitucional de Direito. Neste caminho de reconstituição das várias fases do Estado não se pode desconsiderar as paralelas mudanças ocorridas no campo econômico (por meio de aprimoramentos ou até mesmo de substituições dos modos de produção), tendo-se claro que toda reestruturação econômica muda o papel do Estado, e essa mudança se projeta, conseqüentemente, em seu ordenamento jurídico. Mas como é a Constituição que conforma o Estado, que confere sentido à sua existência e que dá as diretrizes para todo o ordenamento jurídico, é preciso lembrar, por último, que a cada tipo de Estado corresponde um paralelo tipo de Constituição.

²¹ Idem (grifou-se).

²² Apud GARCÍA COTARELO, Ramón. Las formas preestatales de dominación política. In: _____ (Comp.). *Introducción a la Teoría del Estado*. P. 21.

²³ Cf. HELLER, Hermann. Op. cit., p. 46.

1.1.1 - A Idade Média, o Feudalismo Monárquico e o Estado Medieval Descentralizado

Na Idade Média (do começo do século V a meados do século XV²⁴) predominou o modo de produção feudal, e foi em torno deste sistema econômico que conseqüentemente se estruturou uma complexa e híbrida organização política, com características próprias, a qual interessa a este estudo. O primeiro obstáculo ao tentar-se unificar essas características é encontrado já na definição ou delimitação do que tenha sido ou de como tenha sido o Feudalismo, assim como da sua origem e evolução. Senão veja-se: a dificuldade em saber se ele se limitou à Europa (ou ainda apenas a parte desta) ou se se pode falar de Feudalismo fora do continente europeu (bizantino, muçulmano, japonês), bem como a falta de uma resposta precisa à questão de se mesmo na Europa o feudalismo francês guardava traços comuns com o alemão, por exemplo, são problemas que impedem que se fale razoavelmente de apenas uma formação política feudal, haja vista a multiplicidade de suas formas.²⁵

Na história das formas políticas, contudo, já se fizeram alguns progressos no sentido de uma apreciação mais justa e serena da Idade Média, diferentemente do que aconteceu com boa parte da historiografia do século XIX, que, impregnada de positivismo científico, fazia um juízo e uma condenação moralizantes, somente vendo no Feudalismo a idade das trevas propiciadas pela intransigência obscurantista da Igreja Católica. A partir desses estudos, pôs-se em relevo a multiplicidade de fenômenos que constituíam o Feudalismo, chegando Hegel à expressão “Poliarquia”, a qual parece ser a mais acertada para designar a variedade de poderes então existentes.²⁶ Também Bernard Crick assinalou essa “poliarquia medieval”, nos seguintes termos: “O feudalismo é um sistema social e político muito descentralizado que, seguidamente, carece de um poder central eficaz sobre as liberdades locais. Como não se conhecia o conceito de ‘Estado’ nem o de ‘nação’, e não existia uma burocracia estabelecida, o monarca medieval necessitava continuamente do apoio da influência da Igreja, a coação da espada e o poder da bolsa, isto é, de um ou outro dos três estamentos.”²⁷ O autor sintetizou, assim, os quatro elementos característicos da evolução e também da subsequente crise da

²⁴ É tida a Idade Média como o período da história da Europa que tradicionalmente se situa entre a data da queda do último imperador romano no Ocidente (no ano de 476) e a descoberta da América (em 1492), mas como essas datas são discutíveis, para o final da Idade Média também tem-se proposto a queda de Constantinopla (em 1453) ou ainda as Guerras de Religião. Cf. Verbete “Idade Média”. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. P. 3.061.

²⁵ Cf. VALDEÓN, Julio. *El feudalismo*. P. 10.

²⁶ Cf. GARCÍA COTARELO, Ramón. Op. cit., p. 39 e 41.

²⁷ *Ibidem*, p. 41-2.

ordem feudal: o clero, a nobreza, a nascente burguesia e o monarca.

No entanto, faz-se importante observar que o feudalismo não teve estas características desde o seu princípio, tendo-as assumido a partir do século IX, quando apareceram as limitações da “aplicação de esquemas privados para governar realidades públicas”, uma vez que “a própria difusão do sistema feudal induziu ou obrigou o rei a conferir, a título feudal, os grandes cargos centrais ou o Governo das repartições provinciais, isto é, transformando o *officium* em *beneficium*”.²⁸ A partir desse momento, que teoricamente foi o de maior esplendor do Feudalismo monárquico (século X a XIII), “o sistema feudal começou a funcionar contra a centralização monárquica: de instrumento nas mãos do rei, o Feudalismo se transformou em instrumento fundamental nas mãos das novas aristocracias locais.”²⁹

É justamente no sentido acima visto que se emprega neste item a expressão “Estado Medieval Descentralizado”, eis que, carecendo a sociedade da época de um Estado – inclusive do conceito deste – que centralizasse não só o exercício do poder político, como também outras funções estatais, eram estas, na verdade, realizadas pelos feudos. Estes mantinham forças militares, cunhavam moedas, cobravam tributos, geralmente administravam a justiça por intermédio da delegação real (os condes, os barões e os príncipes da Igreja aplicavam a justiça em nome do rei) ou pelo arbítrio popular etc., ou seja, era como se cada feudo configurasse um pequeno Estado, um sistema de Governo local, restando o exercício do poder acentuadamente fracionado. Pode-se dizer que a sociedade medieval caracterizava-se por um parcelamento da autoridade política.

Importa salientar que, quer tratando-se do Império (sob a configuração do Sacro Império Romano), quer de organizações políticas menores tais como reinos, ducados, senhorios eclesiásticos em seu aspecto temporal etc., o que realmente definiu o sistema político feudal de dominação foi uma “privatização sistemática da relação política”. E isto verificou-se porque no Feudalismo se perdeu a diferença que se havia estabelecido em Roma entre o direito público e o direito privado que, entre outras coisas, implicava a divisão de uma fazenda pública e um patrimônio privado do Príncipe. Em função de seu direito pessoal de livre disposição sobre sua propriedade, no Feudalismo o senhor estabelecia um contrato privado com um vassalo, gerando um vínculo político. Foi justamente esta privatização das relações políticas com base nos contratos que fez com que no Feudalismo não houvesse “uma

²⁸ Cf. o Verbetes “Feudalismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. P. 492.

²⁹ Idem.

distinção entre as relações de exploração econômica e as de subordinação política”.³⁰ Para Ramón Garcia Cotarelo esses foram os elementos básicos da ordem econômica, jurídica e política do feudalismo.

Tendo sido o Feudalismo um sistema complexo e piramidal de lealdades e hierarquias de vassallos, baseadas em relações jurídicas que tomaram força precisamente das relações estabelecidas pelo modo de propriedade e de cessão da terra, a organização definitiva da Idade Média européia foi assim formulada: entre o Império de um lado e o Papado do outro, houve uma série de unidades políticas³¹ de todos os tamanhos e de difíceis relações que acabaram por cristalizar, em fins do século XV, o Estado nacional. Ou, melhor dizendo, foi o **Feudalismo** como modo de produção e sistema político que **deu passagem ao modo de produção capitalista e aos sistemas políticos dos estados nacionais**, o que não quer dizer que tenha ele fenecido em todos os lugares nessa mesma circunstância histórica, isto é, com a eclosão do Estado Moderno (a partir do século XIII, pela revolução urbana). Afirma-se que na Europa central e oriental o feudalismo esteve vigente até próximo dos dias atuais e que, mesmo na Europa ocidental, na época da Revolução Francesa os camponeses que queriam libertar-se das servidões da terra diziam que lutavam contra o “feudalismo”.³² Assim, conforme Julio Valdeón, certo é que no ocidente da Europa o período de amadurecimento do feudalismo foi alcançado na época medieval, porém muitos dos seus ingredientes mantiveram-se vigentes até a queda do Antigo Regime, em fins do século XVIII ou começos do XIX.³³

O historiador norte-americano J. R. Strayer, em obra de síntese sobre o feudalismo, dizia ser este, antes de tudo, um “método de governo”, enfatizando assim a forma de exercer o poder, assinalando como características fundamentais do mesmo a desagregação/fragmentação da autoridade política, a transferência do poder público às mãos

³⁰ Cf. GARCÍA COTARELO, R. Op. cit., p. 43.

³¹ Concretamente, a maioria dos autores costuma distinguir a existência dos seguintes feudalismos: inglês, francês, alemão e espanhol. O inglês, precoce e completo, ainda que com variações nos tempos da conquista normanda, manteve-se incólume devido à insularidade do país; o francês foi o produto da fusão do Império carolíngio com a subsequente anarquia política e social e a formação de diversas entidades territoriais; o alemão cristalizou-se como reação às pretensões centralizadoras e, havendo convertido o próprio Império em estrutura política eletiva, assegurou a si próprio a sobrevivência sob a fachada de unidade imperial; já o caso muito especial da Espanha foi caracterizado pela Reconquista e pela dinâmica de expansão territorial da fronteira. Cf. GARCÍA COTARELO, R. Op. cit., p. 43-4.

³² Cf. VALDEÓN, Julio. Op. cit., p. 11.

³³ *Ibidem*, p. 17.

privadas e a existência de um sistema militar no qual uma parte essencial das forças armadas procedia de contratos privados.³⁴

Deste modo, se por um lado não havia a menor possibilidade de existência de um Estado Absoluto na Idade Média, por outro havia sim senhores feudais e estamentos eclesiásticos dotados de um poder absoluto em relação ao povo. De fato a organização feudal medieval não permitia a imposição soberana de um monarca absoluto, precisamente porque havia toda uma complicada rede de privilégios e "direitos" fundados na tradição e no fato "natural" de pertencer-se a um certo *status* que impediam a real autoridade do monarca. Isto não significava, no entanto, que o povo – tanto a incipiente burguesia como os artesões, e principalmente os camponeses – não fosse oprimido, eis que carecia, tanto frente ao monarca quanto aos senhores feudais, de pacíficas possibilidades de limitar seus poderes de forma efetiva e institucionalizada, e isto apesar da influência dos grêmios e das corporações de ofício.

No entanto, neste contexto haveria que situar, entender e destacar os primeiros textos legais que nessa época começavam a estabelecer uma certa proteção jurídica a alguns direitos considerados fundamentais. Embora isso não se tenha dado em todos os lugares, constituíram-se como precedentes das modernas Declarações de Direitos. O texto mais lembrado, por sua amplitude de conteúdo e maiores garantias concedidas, é a famosa *Magna Carta* inglesa, de 1215, outorgada pelo Rei João II, sob pressão popular. Porém, tais textos legais medievais, por serem decretos e cartas outorgadas pelos soberanos, não contavam ainda com nenhuma intervenção legislativa do povo, o que somente viria a acontecer no seio do Estado Absoluto Moderno.

O importante é que fique claro que, regra geral, a atomização política da sociedade feudal – a poliarquia de Hegel antes referida – deveu-se à ausência de um poder e de uma ordem jurídica unitários, o que criava uma situação descrita por Ranke como uma espécie de “guerra geral de todos contra todos [...] no interior das nações”, semelhante à hipótese antropológica da teoria hobbesiana.³⁵ Isso seria superado mediante um longo processo histórico que desembocaria finalmente na aparição das primeiras monarquias nacionais, na França, na Espanha e na Inglaterra, conforme se verá imediatamente a seguir.

³⁴ Apud VALDEÓN, J. Op. cit., p. 16.

³⁵ Cf. PASTOR, Manuel. *Los modelos de dominación política estatal*. P. 48.

1.1.2 - A Idade Moderna, o incipiente capitalismo e o Estado Absolutista Monárquico

A primeira manifestação histórica do Estado Moderno no Ocidente foi o Estado Absoluto, tendo com ele também aparecido a teoria política moderna. Ver-se-á neste item em que circunstâncias ele surgiu e quais características assumiu, adiantando desde já que a “etapa absolutista” da teoria política moderna deu-se nos séculos XVI e XVII.³⁶

O período compreendido entre os fins do século XV e fins do século XVIII, conhecido na divisão tradicional da história como Idade Moderna, pode ser considerado como uma etapa de transição entre o feudalismo e o modo de produção que lhe sucedeu no tempo, o capitalismo.³⁷ Eric Hobsbawm assinalou que a crise do Feudalismo se deveu, em grande medida, ao desenvolvimento das cidades, uma vez que seu principal elemento era a divisão entre a cidade e o campo. Assim, a ascensão da burguesia urbana foi concomitante à paulatina falência do modo de produção feudal, isto porque este era baseado nas relações privadas entre o senhor e o vassalo, ambos rurais. Franz Mehring por sua vez apontou as mudanças fundamentais operadas no regime econômico pela ascensão burguesa: as cidades que iam surgindo sustentavam a monarquia, fortalecendo-a em relação ao feudalismo; a economia natural sucumbiu ante a economia monetária e industrial, fazendo com que a aristocracia feudal tivesse que submeter-se às cidades e aos príncipes; os novos poderes econômicos criaram suas organizações militares de acordo com suas formas econômicas, recrutando com dinheiro exércitos do proletariado dispensado com a dissolução do feudalismo e, por fim, com a indústria fabricaram-se armas mais vantajosas em relação às feudais, na mesma medida em que o **modo de produção capitalista** sobressaía-se ao modo feudal de produção.³⁸

Há que se ter em conta também o aspecto religioso, pois a quebra da supremacia papal foi decisiva para o fortalecimento da monarquia, sendo que Hermann Heller aponta no ano de 1303, início do século XIV, portanto, as percepções dos primeiros sintomas do fim das pretensões universalistas da Igreja em matéria cultural-ideológica, quando o rei francês

³⁶ Cf. PASTOR, Manuel. Op. cit., p. 54.

³⁷ Cf. VALDEÓN, J. Op. cit., p. 17.

³⁸ Apud GARCÍA COTARELO, R. Op. cit., p. 44-5. Hermann Heller dirá que o Absolutismo, “por meio da política mercantilista, **converteu o Estado no mais forte sujeito econômico capitalista**”. Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 157 (grifou-se). Veja-se também a análise de Wolkmer: “O Estado *Moderno* surge, inicialmente, sob a forma do Estado Absolutista (legitimado pelo poder monárquico), evoluindo, posteriormente, para o chamado Estado Liberal Capitalista. Desse modo, o Estado Absolutista é um Estado de transição: sua estrutura prepara o advento do Estado Liberal, fundado no modo de produção capitalista. Embora a organização absolutista comporte matizes marcadamente capitalistas, a burguesia não é ainda, necessariamente, a classe política e economicamente dominante.” Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. P. 25.

Felipe, o Belo, negou obediência à encíclica pontifícia *Unam Sanctam*, promulgada por Bonifácio VIII em 1302. Deu-se aí a emancipação da monarquia francesa em relação ao papado e o começo do processo de secularização que levaria à Reforma, a qual trouxe como conseqüência “a emancipação total e definitiva do poder do Estado em relação à Igreja, inclusive nos Estados católicos”.³⁹ Também a atividade intelectual – até então obra essencialmente dos clérigos – foi renovada, passando a se laicizar, ainda que parcialmente, com o Renascimento italiano, que desabrochou no séc. XV, inspirando-se sobretudo na Antigüidade pagã. Em conseqüência, nas Universidades as ciências profanas passaram a concorrer com a teologia, e a Guerra dos Cem Anos (1337-1453), que opôs a França à Inglaterra, consagrou a implosão da cristandade e a eclosão da idéia de nação.

Nesse quadro de intensas e variadas transformações verificadas no seio do Feudalismo, era evidente o crescimento das monarquias no terreno político. A monarquia foi, paralelamente ao enfraquecimento do poder da Igreja e com o apoio da crescente burguesia, ficando cada vez mais robusta, passando a concentrar tanto o poder político até chegar à absoluta concentração. Iniciava-se a era da arbitrária personificação do governo numa única pessoa, legitimada, em última instância, apenas no poder divino. A sustentação teórica dessa maneira de exercer o poder vinha dos autores medievais, que tinham uma preocupação em glorificar os reis, compondo o inventário das prerrogativas reais e salientando que o príncipe, “imperador em seu reino”, era a imagem de Deus na terra. E mais: deu-se aí a identificação do Estado com o Monarca, de que o exemplo mais completo se encontra no rei francês Luís XIV, o Rei Sol, a quem se atribui a célebre frase *L'État c'est moi*: “o Estado sou eu”.

E foi assim que no campo político passava-se lentamente da “poliarquia medieval” ao Estado Moderno, que veio a ser também chamado de Estado Absolutista Monárquico, de Estado-Nação ou simplesmente Estado Nacional. Já se está, pois, tratando do *Stato*, conceito introduzido por Nicolau Maquiavel na literatura política, com sua obra “O Príncipe”, de 1513, embora com isso não se esteja vinculando o *Stato* de Maquiavel a uma forma específica de Estado. Para a formação desse Estado Absolutista Monárquico acabaram contribuindo também outros teóricos, embora guardando entre si algumas diferenças de abordagem, como é o caso de Bodin e de Hobbes, mas não é exagero dizer que foi com Maquiavel que se deu o nascimento da Ciência Política moderna. Ele, “maior do que Cristóvão Colombo”, chegou às margens do continente que seria o da modernidade política. Porém, conforme Manuel Pastor,

³⁹ Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 143.

dizer que foi ele um teórico do Estado Absoluto não deve ser entendido como se sua obra fosse uma apologia do absolutismo, senão que compreendeu e tornou inteligível a nova estrutura histórica do Estado moderno, em sua forma absoluta, “como uma necessidade das condições econômicas, sociais e culturais de sua época.”⁴⁰ Na verdade o *leitmotiv* de sua obra foi uma exortação à unidade italiana frente aos saqueadores estrangeiros, e o instrumento dessa unidade era o *Stato*, forte, centralizado, devendo toda a política inspirar-se na *ragione di Stato*.⁴¹

Em análise da obra de Maquiavel, Antonio Gramsci aduziu ser “O Príncipe” um livro “vivo, em que a ideologia política e a ciência política fundem-se na forma dramática do ‘mito’”,⁴² símbolo de uma vontade coletiva para um determinado fim político. Porém como o príncipe descrito não existia na realidade histórica em que o livro foi escrito, foi ele criado por Maquiavel como uma abstração doutrinária, símbolo do chefe ideal, que encarnaria a vontade de um Estado unificador da nação italiana.

Mas se por um lado a obra de Maquiavel justificou a organização das monarquias nacionais absolutistas, por outro não tratou do problema da “soberania”, devendo-se a primeira formulação sistemática desse conceito a Jean Bodin, em sua obra “Os seis livros da República”, de 1576. Em tais livros Bodin afirmava ser a soberania “o poder absoluto e perpétuo de uma república” e, por outro lado, dizia não ser ela limitada, “nem em poder, nem em responsabilidade, nem em tempo.”⁴³ Assim, para Bodin o problema era diferente daquele posto por Maquiavel: já não se tratava de criar um Estado, mas de conferir-lhe estabilidade.

⁴⁰ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 54.

⁴¹ Maquiavel via nos Médicis de sua época a esperança da emancipação italiana. Assim, com sua obra (que teve como nome original “Dos Principados”) ensinava ao Príncipe (Lorenzo de Médici) como tornar-se poderoso, conquistar e conservar um Estado. No 26º e último capítulo de sua obra revela o seu desejo mais íntimo: almejava armas e um exército nacional, não mercenário, para que com ele o príncipe pudesse, por amor à Itália humilhada, invadida e retalhada pelos bárbaros, unificá-la e torná-la uma Nação. Cf. MACHIAVELLI, Niccoló. *O Príncipe*. P. 148 e passim. Por Razão de Estado entende-se, em Ciência Política, uma questão que afeta aos interesses vitais do Estado. “Geralmente emprega-se o termo para justificar as medidas tomadas por um Governo contrárias à lei ou à justiça (supressão de determinados artigos da Constituição, instauração de leis repressivas etc.) que afetam diretamente a liberdade do indivíduo.” In: DICCIONÁRIO ENCICLOPÉDICO SALVAT. V. 22, p. 3.163. O termo, como se viu, foi elaborado por Maquiavel na Era Moderna para justificar ações imorais dos governantes, até porque naquela época não se imaginava que os soberanos deversem prestar contas de seus atos. Mais tarde estas teses do florentino foram levadas às últimas conseqüências pelos ideólogos do Estado da Prússia, sustentadores do Kaiser e de Bismarck, no início para sufocar rebeliões internas, depois para avançar sobre seus vizinhos. Sobre razão de Estado ver também HELLER, Hermann. Op. cit., p. 149. De resto, possibilitado o distanciamento histórico da origem do conceito, contemporaneamente há que se ter muito cuidado no exame dele em situações concretas, isto porque a Razão de Estado é muitas vezes a razão do estadista.

⁴² Cf. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. P. 3 e passim.

⁴³ Cf. BODINO, Juan. Los seis libros de la República. In: BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (Ed.). *El pensamiento político en sus textos – De Platón a Marx*. P. 137.

Segundo Ebenstein, citado por Manuel Pastor, o Estado de Bodin era forte, mas não agressivo; monárquico, porém não tirânico. “Neste novo Estado a burguesia aceitava de bom grado um governo forte sob um mandato régio, desde que se lhe permitisse fazer dinheiro e gozar de uma segurança legal e política razoável. Esta aliança duraria uns duzentos anos, até que a Revolução Francesa colocou a fundamental questão de se a soberania havia de residir no Rei ou no Povo.”⁴⁴

Bodin ficou, na verdade, na transição de duas eras, pois embora a obra de Maquiavel já existisse, as coisas não se davam assim tão automaticamente, e os sintomas daquilo que se pretendia por “modernidade” eram ainda muito tênues entre os autores da tradição jurídica francesa, eis que até a primeira metade do século XVI era muito difícil encontrar uma problemática jurídico-política unitária e, menos ainda, uma doutrina que manifestasse nitidamente a renovação da concepção do Poder. Em tal contexto, a obra de Jean Bodin (da segunda metade do século XVI), com a primeira teoria da soberania, parecia representar uma exceção, na medida em que formulava uma verdadeira “problematização do direito da República”. Foi com ele que, pela primeira vez na história da doutrina política, o conceito de soberania conotou a “essência da República”, sendo que o conceito não apenas definia a especificidade desta, distinguindo-a de qualquer outra comunidade, mas a designava como **Estado** no sentido moderno da palavra, o que quer dizer que fazia dela uma entidade política cuja **prerrogativa** já não era, como para os reis da Idade Média, jurisdicional, mas **legisladora**.⁴⁵

Neste ponto, conforme Simone Goyard-Fabre, Bodin deu um grande passo na “via moderna” tipicamente francesa:

Na encruzilhada da prática e da teoria, todas as suas análises – as fundamentais da lei, da magistratura, da cidadania, das quais decorrem todas as outras – convergem para a racionalização jurídica do Poder na República. Esse procedimento, que lhe permite sublinhar a indefectível unidade da soberania que caracteriza juridicamente o Estado moderno, é inteiramente novo. A esse respeito, pode-se então dizer que o espírito que preside o trabalho jurídico de Bodin é análogo ao espírito que anima o trabalho político de Maquiavel. **A partir daí, o Estado moderno encontrou sua forma e sua matéria ao mesmo tempo.**⁴⁶

⁴⁴ Apud PASTOR, M. Op. cit., p. 56.

⁴⁵ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. P. 21-3.

⁴⁶ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 24 (com grifos acrescidos).

No entanto, alerta a mesma autora, o lado filósofo de Bodin foi, sem dúvida, “menos moderno” do que o de Maquiavel, o que fez com que se mantivesse, na virada de duas eras, como o “filósofo da ambivalência”. Senão veja-se:

se, com sua teoria da soberania, Bodin coloca, como jurista, a pedra angular do *Estado moderno*, centralizador e administrativo, ele conjuga, não sem paradoxos, essa renovação da problemática fundamental das repúblicas com temas metajurídicos e metapolíticos que pertencem à *philosophia perennis*. Assim, o “governo de direito” da República não é concebível, segundo ele, sem a obediência às “leis de Deus e da natureza”, que constituem o pano de fundo de sua construção doutrinária. Nesse ponto ele não padece de dúvida alguma. Ao contrário, sua certeza é total: Deus, em sua onipotência e sua bondade, fez da Natureza o modelo das Repúblicas.⁴⁷

Pode-se ver que faltou um passo para que, com a racionalização do Direito do Estado se desse também a legitimação democrática da soberania, erradicando a então vigente maneira deísta de legitimar, que assim permaneceu concretamente até ser superada pela Revolução Francesa: pela teoria de Bodin a história “quase” teve tudo para “economizar” uns duzentos anos de opressão dos súditos em nome de um poder divino, vulgo representante de Deus na Terra.

Aquilata-se, assim, o quanto era difícil, no século XVI, consumir-se a ruptura mental que conduziria ao Direito Político moderno. Até aqui, frisa Goyard-Fabre, na História

é certo que Maquiavel e Bodin, reconhecendo a secularização e a nacionalização do Estado, insistindo naquilo que, na República, é necessariamente público, salientando a diferença entre a forma do Estado e a forma do Governo, enfatizando o império da lei, exterior ao direito natural etc., encaminham a doutrina política para a concepção do Estado moderno. Mas, se Maquiavel permanecia no limiar da modernidade jurídico-política deixando o movimento da História marcar com suas vicissitudes o exercício da potência do príncipe, Bodin, por sua vez, ainda não consegue pensar o direito político independentemente dos valores da tradição moral e não o concebe sem uma referência fundamental de natureza metapolítica, o que priva o Estado soberano de uma auto-suficiência autêntica e, portanto, da independência de seu conceito. Mesmo que a república reta já não se desenhe no horizonte da *respublica christiana*, ela continua tal que, para além da obediência dos súditos ao monarca, **a obediência do monarca às leis da Natureza desejadas por Deus conserva o valor de uma norma fundamental**. Nem um instante Bodin se pergunta o que aconteceria com a potência soberana se Deus não existisse.⁴⁸

⁴⁷ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 24-5.

⁴⁸ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 26 (com grifos acrescidos).

Já Thomas Hobbes (1588-1679), com sua mais importante obra de teoria política, “O Leviatã”, de 1651, parece ter ocasionado o segundo nascimento da política moderna, ou a “segunda onda da modernidade”. Mas embora seu inegável papel histórico nisso, sobretudo pelos pontos inovadores do gesto filosófico próprio do seu racionalismo, também nele a modernidade jurídico-política não encontrou sua realização, e tudo porque Hobbes pensou seu “deus mortal”, que era a República, sob o “Deus Imortal”. Assim, “o direito político, cujo esquema racional ele traça, deita suas raízes nas ‘leis naturais’ e na normatividade da obrigação que elas envolvem em conformidade com a vontade divina.”⁴⁹

Hobbes inicialmente admitiu o papel da violência e da coação em toda relação de poder, donde a coexistência natural dos indivíduos era comparável à dos lobos (*homo homini lupus*), não podendo ser mais do que uma relação de forças. A partir disso, apresentou a sua teoria do “contrato social”, o qual superaria a situação de “guerra de todos contra todos” presente no estado de natureza,⁵⁰ sendo o Estado nada mais do que um artifício pelo qual os indivíduos eliminariam a insegurança, ainda que para isso tivessem que abrir mão da sua liberdade.⁵¹ Essa necessária relação entre submissão e segurança para conservar em última instância a própria vida, própria da sua teoria, fica bem clara na linguagem metafórica que utilizou para descrever o Estado, o **Deus Mortal: Leviatã** era o monstro bíblico cujo poder não admitia paz na terra, representava um animal temido e cruel, mas que ao mesmo tempo era capaz de defender os peixes menores de serem engolidos pelos mais fortes. Dizia Hobbes a respeito do momento da constituição propriamente dita do Estado:

[...] à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Pois graças a esta **autoridade** que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: *Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*

⁴⁹ Ibidem, p. 33.

⁵⁰ As descrições da vida no estado natural, no qual “o homem é o lobo para o homem” e onde haveria “a guerra de todos contra todos”, bem como estas famosas máximas que sintetizam aquele estado natural em que viviam os homens, foram inicialmente cunhadas por Thomas Hobbes em sua obra “Sobre o Cidadão”, de 1642.

⁵¹ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. P. 103 e passim.

Aquele que é portador dessa pessoa se chama *soberano*, e dele se diz que possui *poder soberano*. Todos os restantes são *súditos*.⁵²

Veja-se a explicação para isso em outras palavras:

Vivendo no ponto decisivo da crise geral de soberania que marca a transição ao Estado Moderno, Hobbes viu na reconstrução geométrico-racional do Estado a única possibilidade de paz e de desenvolvimento. Convém aplicar ao corpo do Estado o método de Galileu: decomposição nos últimos elementos e recomposição de uma unidade racional. Este método leva à definição de um modelo lógico construído sobre a dicotomia entre estado natural e estado civil, que em forma diferenciada, será adotado por todo o jusnaturalismo. A hipótese lógica do estado natural é uma situação de isolamento absoluto dos indivíduos que, por ser uma condição de igualdade e de direito ilimitado de cada um sobre todas as coisas, tem como consequência a guerra de cada homem contra todos os homens. A única via de saída desta condição de guerra é a geração, precisamente, do estado entendido como a unidade real de todos os indivíduos, quer dizer, como entidade capaz de reduzir a pluralidade das vontades dos indivíduos a uma única vontade, através da concessão de todos os direitos do estado natural – entre os quais se encontra o direito à vida – à pessoa do *soberano* (homem ou assembléia de homens). A constituição do Estado não provém pois da condição natural do homem, como na tradição aristotélica que concebia o homem como ‘animal social’; deriva de um pacto, e por isso é artificial.⁵³

Conforme Goyard-Fabre, para Hobbes, erigir a estátua do Estado-Leviatã não foi um empreendimento pragmático, mas sim especulativo. “Além disso, quando Hobbes reconhece o poder do Estado como a fonte de todas as normas da experiência política, não é porque uma constatação empírica, e sim um raciocínio rigoroso o conduz a tal conclusão.”⁵⁴ Mas por sua criação teórica Hobbes foi acusado - como por Montesquieu, Locke Rousseau e Benjamin Constant - de ter colaborado concretamente para reforçar o Absolutismo Monárquico e o despotismo,⁵⁵ pois uma vez investido de poder o **soberano** não poderia ser destituído ou punido, **tendo ampla liberdade para ditar as leis sem qualquer limite expresso**; a própria

⁵² Cf. HOBBS, T. Op. cit., p. 105-6 (grifado originalmente e também com grifo acrescido em “autoridade”).

⁵³ Conforme o verbete “Hobbes”, in *Enciclopedia Garzanti di Filosofia* (edição espanhola). P. 450 (grifado no original).

⁵⁴ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 72.

⁵⁵ Renato Janine Ribeiro afirma que Locke converteu o soberano absoluto hobbesiano em “inimigo de todos, em besta merecedora da morte, porque desumanizada, déspota oriental ou Jaime II. Lockiano, Montesquieu critica Hobbes na abertura do *Espírito da Leis* (Livro I, cap. 2, p. 531), desmonta o despotismo oriental como alegoria do absolutismo [...]. A amoralidade hobbesiana, em política, resulta no despotismo – ou em seus equivalentes: Jaime II para Locke, Luís XV para Montesquieu.” Cf. RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. P. 41.

lei natural, que era uma espécie de limite, o era apenas para os súditos, nunca para o Rei.⁵⁶ Diante disso Goyard-Fabre assevera que:

Quaisquer que sejam as censuras político-ideológicas tão freqüentemente formuladas – com ou sem razão – contra Hobbes, apresentado como o ‘horrendo’ doutrinador do despotismo, o rigor da análise e o equacionamento lógico do poder descobrem as linhas mestras da teoria do Estado moderno: as capacidades de comando e de regulação do Poder procedem, no âmago do *humanismo* jurídico, de uma concepção *individualista e igualitarista* da existência pública, embasada num *racionalismo* estrito. Esses quatro filosofemas, que resumem a modernidade do pensamento hobbesiano, culminarão paradoxalmente, no século do Iluminismo, num discurso que, contudo, se pretenderá hostil ao tom ideológico que se acredita então discernir nela.⁵⁷

Com efeito, Hobbes é famoso em sua teoria da lei por sua opinião de que “a lei é a ordem do soberano”.⁵⁸ No entanto, Renato Janine Ribeiro faz a ressalva de que esta concepção de emanção da lei servia para enaltecendo a noção de “soberania”. Para o filósofo brasileiro o pensamento hobbesiano não é o do despotismo (à Montesquieu) nem só do absolutismo (à Luís XIV), mas sim da soberania: “reconhecer, no interior do corpo político, um poder soberano perante o qual nenhum privilégio localizado, nenhum direito adquirido subsista; fundar tal poder na representação, fazendo este foco central haurir dos súditos a sua força.”⁵⁹ Seguem-se outras explicações de Janine Ribeiro a esse respeito:

⁵⁶ Escreve César Arruda Castanho a respeito do Absolutismo: “É um regime político no qual o governante tem poderes absolutos, sem limites, independente de leis constitucionais efetivas. Baseia-se na doutrina do ‘Direito Divino’, a qual estabelece que os reis e quaisquer outros governantes legítimos têm sua autoridade outorgada diretamente por Deus. Assim, o governante, que exige obediência ilimitada de seus súditos, só presta contas a Deus. Os pensadores políticos medievais sempre insistiram na origem divina da autoridade real. Porém, não admitiam sem limites. Sua teoria era usada a fim de justificar sua resistência à interferência dos papas nos governos seculares e não como exigência de obediência absoluta ao soberano, por parte dos súditos. Somente nos séculos XVI e XVII, quando os governos absolutistas começaram a se firmar, após vencer a prolongada resistência dos senhores feudais, a antiga doutrina de que ‘toda autoridade emana de Deus’ começou a ser usada com o propósito de exigir obediência incondicional ao soberano. A Inglaterra foi o primeiro grande Estado europeu no qual o monarca tornou-se tão poderoso que se transformou virtualmente em príncipe absoluto. O rei James I, da Inglaterra, o francês Claude de Saumaise e Sir Robert Filmer foram os protestantes que mais defenderam a teoria absolutista, enquanto o maior expoente católico da doutrina foi o frade francês Jacques Bénigne Bossuet. Thomas Hobbes, filósofo inglês, famoso por sua teoria política, também defendeu o absolutismo, porém de forma diferente. Para ele, o governo devia ter autoridade absoluta sobre o povo, como num ‘contrato social’ onde a obediência só não era exigida quando a vida do indivíduo estivesse em jogo. Do contrário, o governo, mesmo egoísta e mau, ainda era melhor do que o ‘estado natural’ que significa a anarquia. Suas doutrinas foram impopulares tanto entre os apologistas dos reinados como os dos parlamentos, pois elas se aplicavam a toda forma de governo reconhecidamente estabelecido.” Cf. CASTANHO, César Arruda. *Dicionário universal das idéias*. P. 10-11.

⁵⁷ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 75-6 (grifado no original).

⁵⁸ Cf. PETERS, R. S. Hobbes. In: URMSON, J. O (Dir.). *Enciclopedia concisa de Filosofia y Filósofos*. P. 186.

⁵⁹ Cf. RIBEIRO, R. J. Op. cit., p. 43.

Hobbes libera a vontade tanto do indivíduo quanto do soberano. Todo poder só pode fundar-se na submissão. Antes de fazer-se súdito, um homem é sujeito, definido por uma autonomia menos moral que emocional. Individualismo tão irrestrito não contradiz, porém, o absolutismo – porque nada limita, tampouco, a vontade do soberano. A lei positiva não está subordinada à divina ou à natural – controles medievais; liberando o direito do indivíduo, Hobbes também solta a lei que o governante edita fundado no seu direito natural. O soberano é o indivíduo cujo direito pleno às coisas e corpos se ampara, *de facto*, na força que lhe é emprestada pelos súditos. É ‘deus mortal’, por ser ‘homem artificial’: sobre a natureza de homem, igual aos demais, incidem as muitas renúncias, realizando-o como indivíduo quase-perfeito. O corpo político resulta da quase-imortalização de um corpo natural, efetuada pelas vontades renunciantes; a soberania é o individualismo consumado. Articulando estes dois conceitos, Hobbes revela-se, mais que absolutista, teórico da soberania e, antes disso, radical individualista.⁶⁰

A respeito da criação legislativa e da obediência à legislação criada pelo soberano – o que impediria a rebeldia, a divergência por parte dos súditos - leiam-se as seguintes palavras:

As regras do mecanicismo estatal são as leis civis e o único legislador é o soberano. ‘A lei’, escreve Hobbes, ‘é o mandamento dessa pessoa, cujo preceito contém a razão da obediência.’ (*De cive* XIV, 1). A razão da obediência não se encontra pois na *própria coisa* que é mandada, mas na *forma* do mandamento enquanto expressão da vontade do soberano. Não existe para Hobbes um critério de justiça natural independente do Estado, que fundamenta a possibilidade de uma crítica do indivíduo nas leis do soberano; esta possibilidade significaria a dissolução do Estado. A lei natural em Hobbes, de modo diferente que nos outros jusnaturalistas, não tem este valor, porém se converte realmente em lei somente através da interpretação decidida da vontade do soberano, que, enquanto único legislador, é *legibus solutus*.⁶¹

Desse modo, a nova palavra “Estado” passou a designar algo totalmente novo no continente europeu, eis que as poliarquias que até então tinham um caráter impreciso no aspecto territorial e cuja coerência era fraca e intermitente, converteram-se em unidades de poder contínuas e organizadas, com um só exército permanente e com uma hierarquia de funcionários e uma ordem jurídica unitária que impunha aos súditos o dever de obediência com caráter geral. E como consequência desta concentração dos instrumentos de mando - militares, burocráticos e econômicos - em apenas uma unidade de ação política, surgiu o monismo de poder.⁶²

Não muito tempo depois, como uma maneira de enfrentamento a esse monismo de poder, quando ele já extrapolava ao absoluto em detrimento dos direitos dos indivíduos, surgiram no curso da História as denominadas “**revoluções burguesas**”, que tiveram um

⁶⁰ Cf. RIBEIRO, R. J. Op. cit., p. 179.

⁶¹ Cf. o verbete “Hobbes”, in *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*. Op. cit., p. 450 (grifado no original).

⁶² Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 48.

papel decisivo na imposição de limites aos Governos Monárquicos Absolutistas, o que provocou inclusive a mudança do próprio paradigma de Estado, conforme se verá no item abaixo.

1.1.3 - O papel das Revoluções Burguesas na formação do Estado Liberal Clássico da Idade Contemporânea

A burguesia, gestada na Baixa Idade Média (período compreendido entre o ano 1000 e o século XV), surgiu como uma força na sociedade feudal, e com o crepúsculo do Feudalismo passou a ser a nova classe da qual em breve dependeriam todas as demais, inclusive os monarcas. Recorda Max Weber que foi da coalizão necessária do Estado-Nação com o capital que surgiu a classe burguesa nacional, ou seja, a burguesia no sentido moderno do vocábulo.⁶³ Embora no século XV certamente a maior parte da sociedade permanecesse rural, a burguesia das cidades já era forte, ativa, realista, individualista, encarnando as idéias que triunfariam no século seguinte.

Acabou-se de ver, no item acima, que a Europa foi o berço do Estado Nacional; foi no Velho Continente que surgiram as nações e os nacionalismos, em seguida exportados para todo o planeta. E a formação do Estado Nacional europeu envolveu um longo percurso histórico que, iniciado no Renascimento (século XV), completou-se, em termos gerais, apenas no século XIX, com as unificações alemã e italiana. Contudo, antes e mesmo depois da formação do Estado-Nação já se viam aspirações burguesas sobretudo nos campos econômico, político e jurídico. Isto contribuiu para que os destinos dos Estados Absolutistas europeus fossem diferentes entre si: alguns, como o dos Países Baixos, o da Inglaterra e o da França, foram derrocados por revoluções burguesas vindas de baixo; outros, como os principados italianos e alemães, no século XIX, foram eliminados por revoluções burguesas vindas de cima. Fora da Europa houve ainda o caso da Monarquia Russa, no século XX, que foi destruída por uma revolução proletária, a revolução soviética de 1917. Neste item interessa pôr em relevo o papel desempenhado perante o Estado pelas revoluções de cunho burguês.

Neste sentido, a ação da burguesia foi fundamental para o surgimento do que se conhece como Estado Liberal no Ocidente, ou seja, o Estado Liberal Clássico. Vem de Perry

⁶³ Cf. WEBER, M. *Economía y sociedad*. P. 1.047.

Anderson a afirmação de que este Estado é o resultado da “desconhecida e desconcertante história das sucessivas revoluções burguesas”.⁶⁴

A primeira grande derrota sofrida pelo Absolutismo Monárquico por conta de uma ação burguesa ocorreu no século XVI, quando o absolutismo espanhol foi vencido nos Países Baixos. A partir daí observou-se um processo de desenvolvimento desigual e combinado na transição capitalista e na revolução burguesa, perfazendo um período de aproximadamente três séculos, ao longo dos quais essa revolução adotou diversas vias, tais como a inglesa, a americana, a francesa e a prussiana. Deste modo, o Estado Liberal, como conceito geral, “é a abstração de uma série de formas políticas que se geram no seio do capitalismo ocidental entre os séculos XVI e XIX, durante o processo secular que vai do mercantilismo à livre concorrência, processo durante o qual os diversos absolutismos, antes de seu desaparecimento, foram realizando algumas funções parciais na *acumulação originária* necessária para o triunfo final do modo de produção capitalista.”⁶⁵ E a burguesia em ascensão encontrou no Liberalismo e no Iluminismo a expressão ideológica e cultural para fazer frente à aristocracia e ao clero, minando assim os suportes culturais do Estado Absoluto. Os teóricos do nascente Estado Liberal foram: na Inglaterra, Locke, Smith, Bentham e Ricardo; na França, Montesquieu e Voltaire; na Alemanha, Wolff e Kant; e na América do Norte, Jefferson e os federalistas.

Importa salientar, por fim, que os **dois modelos característicos do Estado Liberal** – o **parlamentarismo** e o **presidencialismo** – foram produzidos pela Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra, e pela Revolução de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776. Por outro lado, no conflito entre o poder real e o parlamento na Inglaterra do século XVII, a solução liberal de John Locke fez uma releitura das idéias de seu conterrâneo Thomas Hobbes, que, como já se viu, optava pelo fortalecimento extremado da autoridade. A história registra que em 1689 as forças liberais que predominavam no Parlamento inglês derrotaram definitivamente o poder real, “instituinto a separação e a autonomia dos poderes, fazendo prevalecer a mentalidade civil, admitindo a pluralidade de confissões religiosas e proporcionando a liberdade de pensamento e de expressão.”⁶⁶ O documento *Bill of Rights*, de

⁶⁴ Apud PASTOR, M. Op. cit., p. 58.

⁶⁵ Cf. Perry Anderson, citado por PASTOR, M. Op. cit., p. 59.

⁶⁶ Cf. “Hobbes – vida e obra” – introdução a HOBBS, Thomas. Op. cit., p. xviii.

1689, foi um pacto entre o rei Guilherme de Orange e o povo⁶⁷ inglês representado no Parlamento, superando-se assim as cartas ou decretos medievais que emanavam unilateralmente dos monarcas, mas carecendo ainda de garantias suficientes e juridicamente institucionalizadas para o pactado, o que só iniciaria nos textos constitucionais dos séculos XIX e XX.

Mas foi com a Revolução Francesa de 1789 que, ainda no campo político, a burguesia lutou pela máxima racionalização e delimitação legal da autoridade, sendo que este novo Estado teve como grande inovação em relação ao Estado Absolutista a **supressão total do poder absoluto, operada por meio da divisão do poder conforme as três funções estatais** que no Antigo Regime se achavam unificadas na figura do Rei: a função executiva, a judiciária e a legislativa, com predomínio desta, conforme se verá no segundo item deste capítulo. Aqui apenas lembra-se, mais uma vez, que para Max Weber o Estado, no sentido de “Estado racional”, é um produto da cultura ocidental, e se baseia numa burocracia profissional e em um direito racional.⁶⁸

Foi o abade Emmanuel Joseph Sieyès que, às vésperas da Revolução a qual mudaria tudo, declarou que uma máxima do direito universal diz: “não há falta maior que a falta de poder”, acrescentando ser por isso imperativo que uma sociedade política possuísse uma Constituição estabelecida pela nação.⁶⁹ Este e outros requerimentos que ele fazia em seu opúsculo escrito ainda em 1788 e divulgado em janeiro de 1789, *Qu'est-ce que le tiers état?* (“O que é o Terceiro Estado?”), foram efetivamente concretizados e constitucionalizados na Constituição Francesa de 1791, assim como sua obra tornou-se um clássico, não só a respeito do Poder Constituinte.

Coube, portanto, a Sieyès estabelecer um vínculo entre governo representativo e Estado-Nação, não considerando, é verdade, os deputados como mandatários privados, já que teriam a incumbência de se exprimir em nome da nação toda. Com efeito, em 3 de setembro

⁶⁷ Naquele contexto histórico “povo” deve ser entendido numa acepção restrita, tendo em vista as restrições então reinantes em relação à representação popular, especialmente o caráter censitário e masculino do voto. Com efeito, as mulheres inglesas apenas em 1928 alcançaram a plena igualdade de direitos políticos com os homens. Confirmam-se detalhes em BESTER, Gisela Maria. *Direitos políticos das mulheres brasileiras – aspectos históricos da luta sufrágica e algumas conquistas políticas posteriores*. Dissertação (Mestrado em Direito), UFSC, 1996. 182 p.

⁶⁸ Cf. WEBER, Max. *Economía y sociedad*. P. 1.047.

⁶⁹ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qué es el Estado Llano?* P. 126 e passim. “Nação” era para Sieyès o Terceiro Estado na ordem dos “Estados Gerais” (os Três Estados em que do ponto de vista jurídico se dividia a França até a eclosão da Revolução Francesa eram a Nobreza, o Clero e o Terceiro Estado), composto pela burguesia, pelos artesãos, camponeses e operários, estes últimos a imensa maioria.

de 1791, o legislador francês, em conformidade com a tese de Sieyès, escreveria: “A Constituição francesa é representativa”,⁷⁰ o que permitiu, deste modo, superar uma incerteza conceitual que até então impedia o estabelecimento de qualquer relação entre “representação” e “democracia”. Ele via na representação uma idéia que, correspondente à “marcha da razão”, deveria inserir-se no dispositivo jurídico do Estado. Em assim sendo e conforme Goyard-Fabre, aquela espécie de representação do Antigo Regime, fundada no mandato, já não passaria mais de uma recordação histórica, uma vez que os privilégios de uns, que significavam as servidões dos outros, não deveriam mais ressurgir, pois a “Nação toda”, em princípio, deveria fazer ouvir sua voz.⁷¹

O que ocorreu foi que “o princípio de autoridade do Poder, a partir de Hobbes e graças a ele, apesar das variações distantes da literalidade de suas próprias teses, havia de alguma maneira mudado de campo: encontrava-se não na vontade ‘arbitrária e absoluta’ do monarca, mas, a partir daí, pertencia ao corpo do povo, tornado o centro de gravidade da autoridade do poder estatal.”⁷² Essa releitura, feita por Simone Goyard-Fabre, permite fazer justiça a Hobbes no sentido de reconhecer naquele que foi acusado por Benjamin Constant de ser o “protetor do despotismo”, uma grande contribuição para o direito político ao ponto de, em grande parte, “a doutrina constitucional, que começou a se consolidar no fim do século XVIII, trazer como que em filigrana e à sua revelia, a marca das idéias de Hobbes.”⁷³

E ainda, com muita propriedade, Goyard-Fabre observa que:

⁷⁰ Conforme aquela Constituição, art. 2º, título III.

⁷¹ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 93.

⁷² Idem.

⁷³ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 94-5. De fato, apesar do alerta que a autora faz no sentido de que seria absolutamente temerário e certamente errado deduzir que os homens da Revolução Francesa foram seguidores de Maquiavel ou de Hobbes, e mesmo que esses filósofos tenham sido tão malquistos e frequentemente condenados por suas idéias políticas, muitas vezes mal entendidas e com interpretações deformantes, foram eles que abriram caminhos e criaram perspectivas que os pensadores do século XVIII não poderiam ignorar. Enquanto Maquiavel, de modo geral, é amaldiçoado por ter louvado, afirma-se, com uma precipitação suspeita, as benesses do cinismo na política, Hobbes desencadeia a enxurrada da controvérsia por um curioso contra-senso: ele despertava medo porque assemelhava a capacidade normativa do Poder à arbitrariedade do absolutismo. “A teoria da representação esboçada por Hobbes foi, de modo geral, mal compreendida ou simplesmente ignorada, em seu tempo, por seus leitores. Contudo, teve um alcance decisivo, a ponto de constituir, desde o século XVIII, com numerosas variantes, um dos temas essenciais da filosofia do direito político. Rousseau não se enganou a esse respeito: ‘A idéia dos representantes’, escreveu ele, ‘é moderna. [...] Nas antigas repúblicas e mesmo nas monarquias, jamais o povo teve representantes; não se conhecia essa palavra.’ É verdade que Rousseau atribui a origem dessa idéia ao ‘governo feudal’ e quase só pensa, no caso, na ‘idade de ouro’ dos Estados Gerais da antiga França. Sem se referir a Hobbes, cuja dialética do autor e do ator parece ignorar, nem sequer a Montesquieu que, observando a Constituição da Inglaterra, tinha compreendido que o Parlamento era o órgão representativo da nação e, como tal, tinha a incumbência de servir de obstáculo aos eventuais abusos de poder do monarca, Rousseau condena categoricamente a representação pelo fato de que ela romperia a unidade indivisível da soberania do povo.” Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 92 e passim.

Daí em diante, na via aberta por Hobbes e na qual o século XVIII avançou sem saber realmente o que devia ao autor malquisto do *Leviatã* e modificando consideravelmente sua concepção, a **representação** devia aparecer como um processo de racionalização e, com maior ou menor nitidez, de **democratização do poder**: no mínimo, estava-se cada vez mais firmemente convencido de que o regime representativo constituía ‘uma garantia contra a aventura’, na medida em que, de um lado, diminuindo a distância entre governantes e governados, devia permitir temperar o exercício do Poder e em que, do outro, compensava a impossibilidade da democracia direta no mundo moderno em que a demografia começava a aumentar.⁷⁴

A partir daí, este Estado Liberal, já entendido como “Estado de Direito” – o Estado Liberal de Direito, expressão jurídica da democracia liberal durante todo o século XIX e primeiros decênios do século XX -, deveria assumir, conforme Elias Díaz, as seguintes características gerais, ou exigências básicas e indispensáveis a todo autêntico **Estado de Direito**:

- a) o Império da Lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) a Divisão de Poderes: legislativo, executivo e judiciário;
- c) a Legalidade da Administração: atuação segundo a lei e com suficiente controle judicial;
- d) os Direitos e as liberdades fundamentais: não só a garantia jurídico-formal mas também a efetiva realização material.⁷⁵

Sob outro aspecto, porém, este Estado, também dito “Estado Não-Interventor” ou “Estado Gendarme” na acepção de Kant (“*État-gendarme*”, “Estado Polícia”, “Estado Segurança” ou “Estado Guarda-Noturno”) deu livre passagem ao fortalecimento do capitalismo e do mercado, tendo como divisa o aforismo econômico *laissez faire, laissez passer* (“deixai fazer, deixai passar”) criado pelos fisiocratas do século XVIII, apenas regulando as formas pelas quais as relações se davam na sociedade. Paulo Bonavides ensina que a cláusula kantista “do respeito mútuo da liberdade de cada um” converteu-se em domínio das aptidões individuais, e pois, do individualismo. Por isso mesmo, segue o

⁷⁴ Ibidem, p. 93 (grifou-se).

⁷⁵ Conforme DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. P. 44. Praticamente estas mesmas características são referidas por Ari Sunfeld como alicerces do Estado de Direito, “esse novo modo de conceber as relações entre os indivíduos e o Estado”, quais sejam: “a) a supremacia da Constituição; b) a separação dos poderes; c) a superioridade da lei; e d) a garantia dos direitos individuais.” Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. P. 40.

constitucionalista brasileiro, foi um Estado ridicularizado por Ferdinand Lassalle, por ser “demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum.”⁷⁶ Segundo Eros Roberto Grau a este Estado “estava atribuída, fundamentalmente, a produção do direito e segurança”, não se admitindo que interferisse na “ordem natural da economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade”.⁷⁷ Garantia e fazia valer os direitos à liberdade e à propriedade - os que mais interessavam à classe burguesa - sem se importar com as necessidades prementes das parcelas desfavorecidas da população, isto é, com a efetiva realização material dos direitos ligados ao princípio da igualdade. Embora isso, anote-se que com aquele Estado também surgiram os “direitos do homem” e a “soberania popular”.

Esta e algumas outras incongruências apresentadas no processo de desenvolvimento formal das instituições do Estado Liberal foram apontadas por Kühnl em sua obra “Liberalismo e Fascismo: duas formas de domínio burguês”, conforme segue:

- a) a limitação aos direitos civis, limitando os direitos eleitorais pelos critérios censitário e capacitário, o que requereu uma longa e difícil luta pelo sufrágio universal;
- b) a divisão dos poderes foi, em seu início, o resultado de um equilíbrio transitório entre a burguesia e a aristocracia, o qual se romperia com a aparição em cena das classes populares e suas demandas de participação política, de controle da administração e da justiça, sendo que a partir daí a independência do Poder Executivo serviu para escapar de tais controles, convertendo-se progressivamente no baluarte da classe dominante;
- c) a problemática relação entre direitos fundamentais e soberania popular, pois sendo, conforme Locke, o fundamento do Estado Liberal a necessidade de garantir a propriedade, este direito contradizia a soberania da imensa maioria - o povo não-proprietário - que cada vez aumentava mais em função do próprio mecanismo intrínseco de concentração da propriedade que gera o capitalismo;
- d) o sistema representativo reduziu ao mínimo a interdependência entre eleitores e eleitos, uma vez que a partir de Rousseau o Estado Liberal havia instituído a democracia indireta;
- e) o sistema bicameral, que inicialmente resultou de um compromisso entre a burguesia e a aristocracia, progressivamente foi-se convertendo num sistema de contenção ou moderação das câmaras baixas;

⁷⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. P. 28.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. P. 14.

f) e, por fim, a tensão permanente entre “liberdade” e “igualdade” fez com que esta fosse reduzida a uma simples “igualdade perante a lei”, desprovida de qualquer conteúdo social.⁷⁸

Esta última incongruência do Estado Liberal acabaria por ameaçá-lo em suas próprias bases e fundamentos, o que se deu por meio da reação dos aliados do poder e do gozo de seus direitos, em sua esmagadora maioria proletários. Na análise de Eros Grau foram as "imperfeições do liberalismo" (resumidas estas "no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital x trabalho"), "associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados" que "conduziram à atribuição de nova função ao Estado".⁷⁹ Que função foi essa e como se deu tal processo é o que se verá a seguir.

1.1.4 - O Estado Social, Intervencionista ou Providência

O Estado Liberal visto acima, plasmado juridicamente no Estado de Direito, foi uma construção burguesa caracterizada pela importância concedida à liberdade pessoal e econômica, à propriedade privada e à segurança e certeza jurídicas. Com sua postura de mero vigia, apenas atuando para a manutenção da ordem pública, mas sem interferir na ordem econômica e social para realizar os direitos sociais decorrentes do postulado “igualdade”, este Estado acabou entrando em crise conforme o acirramento das disparidades entre as classes sociais ocasionadas justamente pela elevada proteção ao direito de propriedade privada e pelo abandono da vida sócio-econômica para que fosse livremente regida segundo a lei da oferta e da procura.

Desde a inauguração do Estado Liberal, o princípio da igualdade ficou confinado ao nível da mera declaração formal, sem uma maior transcendência do que a proibição de que a

⁷⁸ Cf. R. Kühnl, citado por PASTOR, M. Op. cit., p. 60. Com efeito, pela análise feita resta claro que da tríade *Liberdade-Igualdade-Fraternidade*, bandeira da principal revolução liberal (a Francesa), foi sem dúvida o refrão da Liberdade o mais declamado pela burguesia da época. Para os burgueses de então indispensável era a liberdade dos mercados, pouco lhes interessando a igualdade ou a fraternidade em relação ao lumpesinato que também compunha o Terceiro Estado. Uma análise mais abrangente do ideal de liberdade fixado desde as primeiras formas de oposição ao Absolutismo pode ser vista em SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. P. 116-7.

⁷⁹ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 15.

lei estabelecesse discriminações contrárias ao seu caráter de norma geral e abstrata.⁸⁰ Somando-se a isso o livre jogo das relações econômicas, que pressupunha a ausência de regulamentação estatal das condições de trabalho, o resultado foi uma exploração sem precedentes dos trabalhadores: com uma abundante mão-de-obra, os empregadores ofereciam salários vis e impunham um desumano regime de trabalho para homens, mulheres e crianças. Localizam-se aí as principais causas que promoveriam a transformação da estrutura e do funcionamento do Estado Liberal. No entanto, é preciso advertir que tal transformação não se deu por meio de uma ruptura traumática, tendo-se ela limitado a adequar à nova situação social os princípios e institutos jurídico-políticos do liberalismo e aperfeiçoando-os tecnicamente em alguns casos.⁸¹ É dizer: a transformação operada não desprezou os princípios firmados pelo Estado Liberal, antes exigiu justamente o cumprimento deles, em especial daqueles que eram respeitados apenas formalmente.

O proletariado, que surgiu e se consolidou como nova classe social com as várias etapas da Revolução Industrial, viu na associação e no direito ao sufrágio as armas para melhorar sua situação, já que elas permitiriam organizar partidos e sindicatos de massas. Por essa razão é que a história do século XIX foi a de uma luta constante pela conquista desses direitos, ao mesmo tempo que se foi consolidando uma teoria - o socialismo - que justificava o protagonismo social e político dos trabalhadores, tendo alcançado na obra de Karl Marx⁸² a sua fundamentação científica.

Tão logo conquistados os direitos acima referidos, produziram-se mudanças notáveis na estrutura do Estado Liberal, uma vez que, embora a burguesia continuasse controlando o poder estatal, já não era a única classe representada nos órgãos constitucionais, tendo que dividir o espaço de atuação nos Parlamentos com as minorias representantes da nova classe social em ascensão. Estes fatos contribuíram sobremaneira para pôr em relevo a chamada "questão social", que inicialmente se concretizou na necessidade de regulamentação da vida

⁸⁰ Para Eros Grau esta igualdade, que alcançou concreção exclusivamente no nível formal (conforme o princípio: "todos são iguais *perante a lei*"), era uma igualdade "à moda do porco de Orwell", no bojo da qual havia "os iguais" e os "mais iguais". Para ele o próprio enunciado do princípio já denunciava sua "inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais." Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 16.

⁸¹ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 61.

⁸² Ao averiguar as bases ideológicas do Estado Social, embora reconhecendo que Marx e Engels tenham sido a maior expressão da indignação quanto aos privilégios da burguesia capitalista nos tempos da Revolução Industrial, Paulo Bonavides afirma que houve a prevalência do pensamento rousseauiano sobre o marxista no que tange aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A liberdade individual do Estado Liberal passou a ter uma compreensão social com a doutrina da *volonté générale* de Rousseau. Cf. BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. P. 173 e passim.

sócio-econômica, a começar pelas relações trabalhistas. Na esteira desta incipiente intervenção estatal, veio o instituto da expropriação forçada por utilidade pública, dando contornos ao princípio da função social da propriedade e, já no século XX, uma série de prestações sociais por parte do Estado, assumindo este a função de agente econômico. No âmbito jurídico esta corrente foi inicialmente recolhida pelos textos constitucionais do México (1917), de Weimar (1919) e da Espanha (1931), passando portanto pela crise econômica de 1929 e pelo *New Deal*, vindo a generalizar-se depois de 1945, impondo-se como vigente em grande parte dos países ocidentais desenvolvidos (Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França, Itália etc.), conforme se verá mais abaixo. Ia assim, o Estado realizando progressivamente dois importantes princípios: o democrático e o da igualdade.

Como bem adverte Pablo Lucas Verdú, o qualificativo “social” faz referência à “correção do individualismo clássico liberal através de uma afirmação dos chamados direitos sociais e de uma realização de objetivos de justiça social”.⁸³ Passa a configurar-se o Estado “material” de Direito, frente ao seu caráter até então meramente formal.

Assim, com o Estado Providência, surgiu inicialmente uma nova problemática dos direitos, pondo em evidência o homem, que transformaria a relação do Estado com o Direito; com ele tocou-se a base, o sustentáculo do Estado. Com efeito: “À visão tradicional dos direitos-liberdades, consagrados face ao poder, vem superpor-se a idéia de *direitos-créditos* reconhecidos aos indivíduos, e que se traduzem por um poder de exigibilidade em relação ao Estado: enquanto as liberdades clássicas estabeleciam limitações para as ações do Estado, esses novos direitos pressupõem, ao contrário, para a sua realização, a mediação estatal; e seu caráter indefinidamente extensível justifica a ampliação ilimitada do Estado na vida social.”⁸⁴

Na verdade o novo tipo de Estado assume várias denominações, como “Estado Social” ou “Estado Social de Direito”, “Estado Intervencionista”, “Estado Democrático”, “Estado Social-Democrático” (esta devida a Boulding, como um tipo de Estado interessado no bem-estar e duplamente oposto aos Estados comunista e autoritário), “Estado Providência”, “Estado de Bem-Estar”, ou *Welfare State*, daí derivando também para “Estado do Bem-Estar Social”. Tem-se que a expressão foi inicialmente forjada na França (*État Providence*), durante o Segundo Império, por pensadores liberais como Émile Olivier, em busca de um terceiro caminho entre estatismo e individualismo. Posteriormente, na Alemanha, o termo

⁸³ Mencionado em DÍAZ, Elías. Op. cit., p. 102.

⁸⁴ Conforme o verbete “Estado Providência”. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 320.

Wohlfahrtsstaat seria usado pelos “socialistas da cátedra”, notadamente por Alfred Wagner, já com uma conotação mais nitidamente antiliberal. E, finalmente, o termo *Welfare State* surgiu nos anos quarenta do século XX na Grã-Bretanha, com relação à análise keynesiana, sendo usado em geral de maneira livre e tornando-se amplamente difundido tanto nos círculos jornalísticos quanto acadêmicos depois da Segunda Guerra Mundial. Visava a descrever um Estado que, em contraposição ao acima mencionado “Estado do vigia noturno”, próprio do século XIX e preocupado essencialmente com a proteção da propriedade, “utilizaria o aparato do governo para conceber, implementar e financiar programas e planos de ações destinados a promover os interesses sociais coletivos de seus membros.”⁸⁵ Destruiria, assim, os “cinco males gigantes”, conforme William Beveridge, quais sejam, a escassez, a doença, a ignorância, a miséria e a ociosidade.

Este o Estado Intervencionista, que, como o nome já diz, interviria deliberadamente para “limitar ou modificar as conseqüências da livre operação das forças de mercado em circunstâncias nas quais indivíduos e famílias fossem confrontados com contingências sociais consideradas como demasiadamente fora de seu controle, em especial o desemprego, a doença e a velhice.”⁸⁶ Seria mais, no entanto, do que um mero “estado de serviço social”, eis que, além de serviços sociais relacionados mais especificamente à saúde e à educação, tal Estado ofereceria a todos os seus cidadãos, de forma abrangente, os melhores serviços disponíveis, sem fazer distinção quanto a *status* ou classe. E mais: por meio dos impostos apresentaria um caráter redistributivo da renda. Assumia assim o Estado o papel de agente regulador da economia.

Deste modo, as origens do Estado de Bem-Estar remontam à criação de “serviços sociais”, fornecidos pelo Estado na esteira da industrialização do século XIX, com particular ênfase na Alemanha de Bismarck, e à Grã-Bretanha dos primórdios do século XX. Nasceu, assim, com a finalidade imediata de socorrer aos necessitados. Mas durante a Segunda Guerra Mundial acabou perdendo esse estrito caráter de ajuda aos pobres, justamente pela mobilização de todos os cidadãos, demonstrando uma estreita ligação entre os esforços de guerra e a preocupação com o bem-estar. Este “tipo” de Estado foi defendido academicamente, entre outros, pelo sociólogo inglês T. H. Marshall, para quem o Estado de

⁸⁵ Cf. o verbete “Estado de Bem-Estar”. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom et al. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. P. 260; e, também, conforme verbete “Estado Providência”. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 319 e passim.

⁸⁶ Cf. o verbete “Estado de Bem-Estar”. In: OUTHWAITE, W. et al. Op. cit., p. 261.

Bem-Estar era a “culminação de um longo processo que havia começado com a afirmação dos direitos civis, passando pela luta pelos direitos políticos e terminando com a identificação e o estabelecimento dos direitos sociais.”⁸⁷ Seguindo a perspectiva britânica, Marshall explicava a ascensão do Estado de Bem-Estar evidenciando ser mais importante a ampliação do ideal de cidadania do que o aumento do âmbito de poder do Estado.⁸⁸

No entanto, já no final dos anos 50 do século passado começaram a aparecer amplos indícios de problemas ligados à economia e à política do Estado de bem-Estar, indícios que passaram a embasar críticas acadêmicas ao próprio conceito do mesmo, provindas tanto da esquerda quanto da direita. Essas críticas, já não só ao conceito como também à prática (em especial a questões gerenciais), perduraram por toda a década de 60 e desembocaram na chamada “crise do Estado de Bem-Estar” que eclodiu nos anos 70, crise esta tanto de valores quanto de finanças e gerenciamento, e que perdurou pela década de 80, pelo menos na Grã-Bretanha. Esse questionamento ao papel “social” ou de “agente regulador da economia” que o Estado vinha desenvolvendo tornou-se mais vigoroso a partir dos anos 80 do século passado em virtude da “afirmação dos discursos da *desregulação* e do *neoliberalismo*.”⁸⁹

Pode-se dizer que este modelo de Estado ainda sobrevive, procurando, com dificuldades, resistir à onda neoliberal, pelo menos em alguns países europeus, mas é bem verdade que não goza de boa saúde financeira e seu papel social já está bastante amenizado em relação a como era no período histórico em que surgiu. Ofegante, recebe o aceno da falsa saída imposta pelo neoliberalismo. Por outro lado e em paralelo, renova suas esperanças nas recuperações da social-democracia na direção de importantes governos europeus e em âmbitos culturais pluralistas e de progresso radicalmente críticos do denominado “pensamento único”, caracterizador do Estado de tendências neoliberalizantes.

Mas o neoliberalismo tende a fortalecer o império das leis do mercado com sua proposta de um Estado mínimo, e já vem não só semeando suas “boas” sementes como colhendo frutos para que não se produzam as transformações históricas eficazes que incorporariam amplas massas sociais no desfrute de razoáveis níveis de bem-estar e liberdade.⁹⁰ Eis o que se verá no próximo item.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Cf. o verbete “Estado de Bem-Estar”. In: OUTHWAITE, W. et al. Op. cit., p. 261. Neste sentido vide também a clássica obra do sociólogo T. H. Marshall: *Cidadania, Status e Classe Social*.

⁸⁹ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 30.

1.1.5 - O Globalismo e o “Estado Globalizado” ou “Estado Neoliberal”

Viu-se anteriormente que o Estado-Nação, criado na Europa ocidental com o capitalismo, ou com a revolução burguesa, converteu-se num “modelo” imposto ou adotado nos quatro cantos do mundo. Pois essa longa história acompanhou o mercantilismo, o colonialismo e o imperialismo,⁹¹ e ainda está se desdobrando no “globalismo”. O que vem ocorrendo neste entreposto do final do século XX e do início do XXI, com o desenvolvimento desigual e combinado, intensivo e extensivo do capitalismo pelo mundo afora, como modo de produção e processo civilizatório, abrindo ou reabrindo fronteiras, “é a emergência de uma configuração geo-histórica original, dotada de peculiaridades especiais e de movimentos próprios, que se pode denominar *global, globalizante, globalizada ou globalismo.*”⁹²

O que se costuma chamar de “Estado Neoliberal” aproxima-se de uma volta à face liberal do Estado, inicialmente como um contraponto ou até mesmo uma tentativa de combate ao Estado Social ou, no caso de um país como o Brasil (que nunca chegou realmente a ter um Estado Social e cuja maior chance de tê-lo dar-se-ia somente a partir de 1988, pelos princípios condensados na atual Constituição Federal), visando erradicar a sua já parca parcela intervencionista. O “neoliberalismo” também visou, em seus primórdios, atacar os Estados ditos totalitários (comunistas, nazistas e fascistas).

⁹⁰ Esta análise é muito bem desenvolvida por LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Yo, el Estado*. P. 9 e ss.

⁹¹ Considera-se “mercantilismo” a doutrina econômica que caracterizou o período histórico da Revolução Comercial (séculos XVI-XVIII), marcado pela desintegração do feudalismo e pela formação dos Estados Nacionais, defendendo o acúmulo de divisas em metais preciosos pelo Estado por meio de um comércio exterior de caráter protecionista. Cf. SANDRONI, Paulo (Org.). *Dicionário de Economia*. P. 197. Por “colonialismo” deve-se entender o “sistema de relações econômicas, políticas, sociais e culturais que tornam dependente uma sociedade (a colônia) em relação a outra (a metrópole). Pressupõe assim a perda da autonomia de territórios colonizados, sob ocupação militar e totalmente subordinados à metrópole. Nesse sentido, o colonialismo apresenta-se como um fenômeno resultante da Revolução Comercial européia (séculos XV e XVI), que atingiu o apogeu no século XIX e o prolongou até os anos imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial. Durante esse período, utilizando formas diferentes de dominação, Portugal, Espanha, Holanda, Bélgica, Alemanha, França e Inglaterra construíram seus impérios coloniais.” Cf. SANDRONI, P. (Org.). *Op. cit.*, p. 53. E por “imperialismo” entende-se a “política de dominação territorial e/ou econômica de uma nação sobre outras”, sendo que o conceito passou a ser difundido em fins do século XIX, com a expansão econômica e política da Grã-Bretanha, representando, à época, “o desejo de cada uma das nações mais desenvolvidas de adquirir, administrar e explorar economicamente territórios menos avançados, com a finalidade principal de comércio, mas algumas vezes para eliminar um risco estratégico em sua competição mútua.” Cf. SANDRONI, P. (Org.). *Op. cit.*, p. 146.

⁹² Cf. IANNI, Octávio. A era do globalismo. In: OLIVEIRA, Flávia A. M. de (org.). *Globalização, Regionalização e Nacionalismo*. P. 20.

Mas, afinal, o que se considera e como surgiu o Neoliberalismo? Delineou-se este como um desafio teórico⁹³, como uma crítica a qualquer forma de intervencionismo estatal, fosse reacionário, progressista, democrático ou totalitário, nos primórdios dos anos vinte do século XX, tendo como pedra fundamental a obra “A Economia Comunal”, de Ludwig von Mises; mas foi com o seu discípulo Friedrich August von Hayek que, em 1944, com a obra “O Caminho da Servidão”, operou-se a sistematização dessa crítica à proteção dos interesses coletivos, ao planejamento estatal e, de modo geral, ao Estado Providência. De posicionamentos teóricos isolados, individuais, passaram a ter uma grande penetração em vários meios intelectuais e econômicos (agregando-se aí o economista Milton Friedman, da Escola de Economia de Chicago) até chegarem, com a crise fiscal do Estado nos anos mil novecentos e setenta, a firmar-se como a sustentação – enquanto força jurídica, política e econômica - de um novo modelo de Estado, o Estado que aqui se aborda como sendo o “Globalizado” ou “Neoliberal”. E para o êxito da socialização deste pensamento, por alguns tachada de “nova direita”, seguramente em muito auxiliou o fato de Von Hayek ter sido agraciado, em 1974, com o Prêmio Nobel de Economia. Depois foi fácil: uma vez as idéias neoliberais tendo conquistado o grande público, puderam as forças políticas de direita entrar em cena real, as quais, por meio dos partidos políticos conservadores, levaram ao poder representantes dessas idéias, o que se deu inicialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, em 1979 e 1980, respectivamente. No Brasil a bandeira da retórica neoliberal chegou ao poder com a eleição de Fernando Collor de Mello para a Presidência da República, isso em 1989. Depois prosseguiu mais fortemente nas duas gestões do Presidente Fernando Henrique Cardoso, uma delas ainda em curso.⁹⁴

Na prática, um dos principais sintomas desse fenômeno globalizador-neoliberal é o que se chama de “encolhimento” do Estado, caracterizando o “Estado mínimo”, isto é, a progressiva retirada do Estado do campo social-econômico, como se retornasse aos

⁹³ Pode-se entender por “neoliberalismo” a doutrina político-econômica que “representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno” e que, tendo se estruturado no final da década de 30 do século passado, acredita, tal qual a escola liberal clássica, que a vida econômica é regida por uma “ordem natural” formada a partir das livres decisões individuais e cuja mola propulsora é o mecanismo dos preços. A partir daí os neoliberais defendem o “disciplinamento” da economia de mercado, não para asfixiá-la, mas para garantir-lhe sobrevivência, uma vez que, ao contrário dos antigos liberais, não acreditam na autodisciplina espontânea do sistema. Esse disciplinamento da ordem econômica deve ser feito pelo Estado para combater os “excessos” da livre-concorrência, objetivo que deve ser perseguido também pela criação dos chamados “mercados concorrenciais”, do tipo “Mercado Comum Europeu”. Conforme o verbete “Neoliberalismo”. In: SANDRONI, Paulo (org.). *Dicionário de Economia*. P. 214.

⁹⁴ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 36-7.

postulados do Estado Liberal Clássico. Tudo de acordo com a máxima neoliberal: “menos Estado, mais mercado”. Isso é feito, em regra, por um profundo corte nos gastos sociais e por programas nacionais de “desestatização”, o que equivale a dizer “privatizações”, não só de bens do patrimônio estatal, mas inclusive dos serviços públicos. Nesse processo são desprezados os ingressos dos contribuintes por décadas e décadas para a formação de um patrimônio e de uma estrutura estatal que pudesse atender às necessidades básicas (saúde, educação, esgoto, água potável, energia, habitação, transporte público), ou pelo menos subsidiá-las àquela imensa parcela da população que mais delas precisa. O resultado é quase sempre invariável: aumento do hiato que separa as camadas mais abastadas da população das mais pobres.⁹⁵

Neste emaranhado de conceitos, talvez a nomenclatura mais acertada seja “**Estado Globalizado**”, ou “globalismo”, tratando-se, conforme Octávio Ianni, “de uma formação social global, desigual e problemática, mas global; uma configuração geo-histórica, social, econômica, política e cultural contraditória, ainda pouco conhecida em sua anatomia e em sua dinâmica”.⁹⁶ O fato de muitos autores utilizarem o qualificativo “**Neoliberal**” para a fase atual do Estado na maior parte do mundo, é porque embora tal formação social global esteja impregnada de tendências ideológicas várias, de diversas correntes de pensamentos, de diversificados grupos e movimentos sociais, de múltiplos partidos e correntes de opinião política, é o neoliberalismo a corrente de opinião pública “que parece predominante nos anos pós-guerra fria”, ao ponto de ser, nos países dominantes, a “ideologia oficial”.⁹⁷

Este **Estado**, também dito “**Gestor**” ou “**Gerencial**”, é um fenômeno das últimas décadas do século XX, inserindo-se na “nova ordem internacional”, entendida “ordem internacional” como o “conjunto de características geopolíticas e econômicas mundiais reveladoras de uma situação de equilíbrio de poder, em certo momento da história”, donde a nova ordem internacional “foi deflagrada pela disparidade tecnológica e econômica entre o mundo capitalista e socialista, os dois pólos de poder da Ordem Internacional da Guerra Fria”, servindo a queda do Muro de Berlim, em 1989, como seu marco inicial. Embora isso, as

⁹⁵ Nicolás María López Calera é um dos autores que atesta que “as leis do mercado, caminhando sob o manto dos Estados mínimos, não servem para produzir um bem-estar em igualdade e em liberdade”. Cf. LÓPEZ CALERA, N. M. Op. cit., p. 10.

⁹⁶ Cf. IANNI, Octávio. Op. cit., p. 22.

⁹⁷ Idem.

origens dessa "nova ordem" podem ser vistas muito antes, ainda que de forma tênue.⁹⁸ Enquanto antigas potências da Guerra Fria, Estados Unidos da América do Norte e Rússia fizeram pesados investimentos na corrida armamentista e aeroespacial no segundo meio século XX. Isso acabou favorecendo os países capitalistas, que se constituíram num peso para os socialistas, ocasionando tensões e dificuldades econômico-políticas; neste contexto, a crise do socialismo que atingiu a Europa do leste a partir do início da década de 80 foi consequência direta desses fenômenos. Como resultado, o mundo foi conduzido a novas formas de relações internacionais, alterando de maneira profunda a ordem que vigia desde a Segunda Guerra Mundial; o rompimento da hegemonia da União Soviética acabou inclusive "redesenhando" o mapa-múndi, pelo surgimento de um grande conjunto de novas nações.⁹⁹

Findo esse conflito ou bipolaridade ideológica Leste-Oeste, foi o mesmo substituído pelo conflito econômico Norte-Sul, tendo-se acirrado as desigualdades econômicas entre os ditos países centrais e periféricos da nova ordem. Neste sentido mais atual de "nova ordem", Eros Grau entende que "o capitalismo, inicialmente 'ordenado' no interesse de cada Estado, vai à busca de uma 'ordenação internacional' - a *ordem econômica internacional* - que enseja aos Estados desenvolvidos recolher nos subdesenvolvidos as parcelas de mais-valia já não coletáveis internamente de modo intenso."¹⁰⁰ É a era dos megablocos econômicos regionais, da globalização e de globalismos, da ideologia neoliberal como uma espécie de volta aos antigos princípios do Estado Liberal, porém com nova roupagem, talvez mais perversa para os países de periferia, como é o caso de todos os da América Latina em relação ao poderio dos Estados Unidos. E embora a existência de outros blocos econômicos (União Européia, Tigres ou "Dragões" Asiáticos, Mercosul), são mais uma vez os Estados Unidos, que por meio do Nafta (Acordo de Livre Comércio da América do Norte, integrando EUA, Canadá e México)

⁹⁸ Teoricamente o assunto passou a ser tratado nos anos setenta do século passado, por autores como o holandês Jan Tinbergen (economista e estatístico ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1969). Por sua vez o conceito "nova ordem econômica internacional" foi "proposto pelos países em desenvolvimento para a reestruturação das relações econômicas internacionais numa base de justiça e igualdade". Esta exigência foi pela primeira vez formulada na IV Conferência de Chefes de Estado e de Governos dos Países Não Alinhados, em Argel, no ano de 1973. Cf. o verbete "Nova Ordem Econômica Internacional" do DICIONÁRIO DE POLÍTICA INTERNACIONAL, p. 267-8.

⁹⁹ Cf. SCALZARETTO, Reinaldo; MAGNOLI, Demétrio. *Atlas Geopolítica*. P. 50.

¹⁰⁰ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 22 (grifado no original).

e pelo Consenso de Washington,¹⁰¹ firmado em 1989, pretendem e de certa forma conseguem comandar a cena.

Do *Consenso de Washington*, diz Luiza Moll, emanaram medidas de política econômica, de macroeconomia, "pensadas do centro para a periferia do sistema econômico mundial, que tinham em vista primordialmente preservar a saúde da economia dos Estados Unidos."¹⁰² Segundo ela, fez parte deste receituário o esforço para a austeridade e o equilíbrio fiscal ao máximo, o que passou e passa inevitavelmente por um programa de reformas fiscais, administrativas e previdenciárias, todas visualizando corte violento no gasto público. Por outro lado, aquelas medidas implicaram a abertura irrestrita dos mercados terceiromundistas, a desregulamentação da economia, a privatização dos serviços públicos estratégicos por via da venda das empresas estatais para grupos de capitais privados, além do enquadramento numa moldura dada pela aprovação da Lei de Patentes e do tratamento paritário do capital estrangeiro com o nacional.¹⁰³

Mas há que se ter em conta a importante observação de Octávio Ianni, segundo a qual o "globalismo não se reduz ao neoliberalismo e muito menos se expressa apenas nessa ideologia. Tanto compreende o neoliberalismo como o socialismo. Pode ser e tem sido o cenário de outras tendências ideológicas, tais como o social-democratismo e o nazismo."¹⁰⁴

¹⁰¹ Luiza Helena Moll esclarece que embora toda esta fase de reforma do Estado atualmente vivenciada nos marcos da onda neoliberal, da globalização dos mercados e da internacionalização da economia, possa parecer "um fenômeno desencadeado naturalmente, como uma força inelutável, na verdade faz parte de um projeto de governo implementado a partir de um conjunto de diretrizes definidas pela conferência de 1989, realizada em Washington por economistas, organizada pelo *Institute for International Economics* daquela metrópole americana, diretrizes que se tornaram conhecidas por 'Consenso de Washington' (expressão cunhada há 10 anos por John Williamson). Não se tratou, como muito bem afirma José Luís Fiori, economista professor da UFRJ, de uma maçonaria conspiratória, mas de um conjunto de idéias comungadas pelos quadros burocráticos de grandes organismos internacionais e americanos, como o FAD, o BID, o FMI, o BIRD e até as Nações Unidas e a OMC, todos pensando as mesmas soluções para a crise dos estados das 77 economias da periferia do Capitalismo, primordialmente as da América Latina, mergulhadas na estagnação econômica provocada pela inflação, recessão, dívida externa, déficit público, para que tais economias pudessem retomar o crescimento, o desenvolvimento econômico e, quiçá, realizar a justiça social." A professora aponta estas razões como sendo as expressas, fazendo menção a outras, latentes, "que dizem respeito ao interesse específico da economia dos Estados Unidos". Cf. MOLL, Luiza Helena. Uma experiência de ensino do Novo Direito Econômico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 38, p. 396. Para ter-se uma idéia mais completa a respeito deste assunto vide a última edição da obra de Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, especialmente os capítulos 1 e 2, que concernem aos temas do neoliberalismo, da globalização e das privatizações. Vide também: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*, e TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*.

¹⁰² Cf. MOLL, L. H. Op. cit., p. 397.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Cf. IANNI, Octávio. Op. cit., p. 22.

É o globalismo, por assim dizer, a face atual do Estado, a que se passou a viver nas últimas décadas do século XX, adentrando o século XXI. E na base daquela ruptura operada quando do desabamento do mundo bipolarizado em capitalismo e comunismo, ruptura esta de amplas implicações teóricas e práticas, que abalou não apenas a geografia e a história, mas também o direito, a economia, a sociologia e outras ciências no apagar do século XX, está precisamente a **globalização do capitalismo**. O Estado na globalização¹⁰⁵ pode coadunar-se com qualquer tipo de ideologia, como se acabou de ver acima. Prova disso é que ele já mostra seus tentáculos até naqueles países que se organizavam nos moldes socialistas, tudo facilitado pela transnacionalização do capitalismo, por organizações multilaterais e pela generalização dos meios de comunicação, sintetizando as estruturas de dominação política e apropriação econômica que o caracterizam. Tanto é assim que, quando “as estruturas globais de poder se formam, se desenvolvem e se generalizam, nessa época alteram-se, reduzem-se ou mesmo podem anular-se as condições de soberania e hegemonia que se haviam constituído com base no parâmetro representado pela sociedade nacional, pelo estado-nação ou pelo nacionalismo.”¹⁰⁶

Ao tratar da ameaça que o fenômeno globalizador ou a mundialização impõem à soberania, Jacques Chevallier relembra aquelas “fronteiras” estabelecidas quando da instalação do Estado, que circunscreviam e delimitavam o espaço sobre o qual ele poderia exercer uma plena soberania. Eram “fronteiras que marcavam para o Estado absolutista os limites de difusão do poder real; fronteiras simbolizando dentro do Estado-Nação a identidade da coletividade nacional; fronteiras permitindo ao Estado Providência exercer seu protetorado econômico e social.”¹⁰⁷ Em seguida o autor observa que esta construção está a caminho de ser diluída pela mundialização. As fronteiras, diz ele, físicas e simbólicas, “que delimitavam a esfera de influência, a superfície de dominação do Estado, tornaram-se fluidas, porosas: os Estados são atravessados por *fluxos* de toda ordem, que eles são incapazes de controlar, de canalizar, embora a necessidade de represar; sua capacidade de regulação torna-se, ao mesmo

¹⁰⁵ Note-se que a globalização é um fenômeno relativamente recente e em desenvolvimento, e nele, embora o Estado esteja sofrendo modificações nos seus contornos, ainda não perdeu seu caráter original. Reafirma-se, no entanto, que “Estado globalizado” já é uma expressão utilizada por Octávio Ianni, conforme anteriormente demonstrado acima, no corpo do texto.

¹⁰⁶ Cf. IANNI, O. Op. cit., p. 24.

¹⁰⁷ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État*. P. 104 (grifado no original).

tempo, aleatória, e os equilíbrios econômicos e sociais escapam, desta maneira, largamente, ao seu comando.”¹⁰⁸

Na seqüência, o **processo globalizador** é magistralmente sintetizado por Jacques Chevallier:

A globalização tem então, um *efeito corrosivo* sobre o Estado, ao solapar os fundamentos mesmos de sua identidade. Este processo apresenta, entretanto, muitos aspectos contrastados, e mesmo contraditórios: enquanto que a Oeste o Estado sofre uma perda de substância, o objetivo é, para ser preciso, o de construir um verdadeiro Estado ao Leste e o de restaurar um Estado completamente decadente ao Sul; a mundialização do modelo estatal se persegue então, notadamente através da difusão do Estado de direito e da democracia pluralista, no mesmo momento em que, paradoxalmente, esse modelo se desagrega no seu berço originário. Resta que se trata mais propriamente de um reajustamento no Estado do que de uma desordem.¹⁰⁹

Em suas lúcidas análises refere-se Jacques Chevallier a um “Estado modesto”, visando indicar o movimento geral que o Estado atual conhece no sentido de uma retração, reduzindo a sua influência sobre a vida social. O autor indica também a fragmentação dos aparelhos do Estado pela implantação do modelo britânico das “**Agências Executivas**”, as quais tendem a se difundir no mundo ocidental,¹¹⁰ privando os governantes dos meios de ação tradicionais pelos quais dispunham sobre os serviços administrativos, o que conduz a uma espécie de “governo à distância”.¹¹¹ O autor alerta, por fim, para o fenômeno de “banalização” do Estado, pelo qual a por muito tempo certa e evidente separação público/privado, implicando sistemas de valores e dispositivos normativos diferentes, passa a ser comprometida pelo esfumaçamento das fronteiras e pelo apagamento dos sinais distintivos que marcavam a

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Cf. CHEVALLIER, J. Op. cit., p. 112.

¹¹⁰ Veja-se atualmente (junho de 2001) no caso brasileiro a existência das seguintes agências - ditas "de regulação dos mercados" - no âmbito federal: a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo), a ATP (Agência Nacional de Transportes), a ANA (Agência Nacional de Águas) e a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), esta última em fase de discussões do Projeto de Lei que a institui no Congresso Nacional, podendo ainda ser incluído entre elas o próprio CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que regula a concorrência e para o qual também há projeto tramitando com vistas a convertê-lo em agência. Conforme Luiza Helena Moll são atividades destas agências: "a regulação dos preços, a fiscalização da qualidade dos serviços prestados, o cumprimento dos contratos de concessão, a continuidade na prestação, a economicidade do modelo de prestação adotado, o respeito ao direito dos consumidores", dentre outras. Para saber mais vide MOLL, L. H. Op. cit., p. 400, e também COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/1994*, conforme referências bibliográficas *in fine*.

¹¹¹ Confira-se na realidade brasileira o próprio atual Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, gabando-se e fazendo a defesa de tais agências executivas reguladoras. Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. *Notas sobre a reforma do Estado. Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, p. 10.

especificidade do público. Isso atinge, em última instância, a constituição simbólica do Estado.¹¹²

Enfim, atualmente a globalização do capitalismo está em praticamente todos os países e nacionalidades, independentemente de seus regimes políticos e de suas tradições culturais. E identificar se um Estado Globalizado traz consigo a experimentação concreta dos postulados do Neoliberalismo é fácil: basta verificar, em primeiro lugar, as inversões de capitais e inovações tecnológicas promovidas por corporações transnacionais e associações destas com empresas nacionais estatais; em seguida, é só perceber que, paralelamente, são realizadas no país reformas institucionais, compreendendo a desestatização de empresas, a paulatina desregulação da economia, a diminuição da verba estatal para as questões sociais, a mudança da legislação trabalhista para flexibilizar as relações de trabalho.¹¹³ É dizer: opera-se um processo de “desconstitucionalização” marcado por reformas constitucionais que visam retirar do texto constitucional importantes direitos sociais arduamente conquistados na fase do Estado Social, e promove-se a abertura dos mercados, facilitando a formação de trustes, cartéis e monopólios também transnacionais.

Para finalizar, apresenta-se uma síntese das propostas liberais, as quais, com a escola austríaca do economista Friedrich von Hayek, estabelecem que “o mercado e a liberdade de iniciativa econômica, a operar sem interferência do Estado, são motores intocáveis do dinamismo capitalista e da prosperidade social”. E têm como cartilha: a “estabilidade monetária”, o “equilíbrio fiscal”, a “desregulamentação” e a “ampla privatização”.¹¹⁴

Foi assim que o Estado do fim do século XX passou a deixar, aos poucos, de ser ator protagonista, de intervir economicamente, passando a ser um “gestor”, mero coadjuvante na atuação das forças econômicas do livre mercado.

¹¹² Cf. CHEVALLIER, J. Op. cit., p. 112-6.

¹¹³ O FMI (Fundo Monetário Internacional) já há um certo tempo recomenda claramente que os países membros tornem livres as demissões por justa causa e também não só diminuam os valores, como privatizem as aposentadorias, alegando que um sistema de “proteção social” destrói oportunidades de criação de empregos. Cf. CAMDESSUS, Michel. *La cooperación internacional para lograr un crecimiento de alta calidad: el papel de FMI a los 50 años de su creación*. P. 22 e ss.

¹¹⁴ Cf. OLIVA, Luiz Antonio Lucena de. *Ética, utopia e globalização*. P. 59.

1.1.6 - A Democracia, o Estado Constitucional de Direito e o Estado Democrático de Direito

Já se viu em item anterior o que se entende por Estado. Resta agora delinear o significado de Estado de Direito, para o que é preciso reportar-se à cultura alemã do século XIX visando lá captar rigorosamente seu sentido original. Depois se chegará ao "Estado Constitucional de Direito" e a um passo adiante: o "Estado Democrático de Direito".

Encontra-se o surgimento do termo "Estado de Direito" na doutrina jurídica alemã da segunda metade do século XIX, sendo a tradução literal da palavra *Rechtstaat*. Mas a aliança entre as duas palavras *Recht* e *Staat* teria sido operada antes, precisamente em 1798, com Johann Wilhelm Petersen, que a aplicava à doutrina do direito de Kant. De fato, a idéia do *Rechtstaat* surgiu para fazer oposição à idéia do *Obrigkeitsstaat*, que se traduz de maneira muito aproximada por "Estado de Polícia". Na verdade Kant, autor de *Rechtslehre* (1796), em nenhum de seus escritos empregou a palavra em tela, mas o estatuto que dava ao Estado tornava este inseparável das estruturas jurídicas que, pela institucionalização da *trias politica* (os três poderes), tornavam possível a coexistência das liberdades. E como a idéia racional prática de liberdade era para Kant o princípio regulador do Direito Político, o Estado, em seu próprio conceito, implicaria a recusa da autoridade absoluta e arbitrária do Poder. Diz Simone Goyard-Fabre que para Kant a coerção, "que é o critério do direito e o caracteriza como ordem, cria no Estado um obstáculo a tudo que cria obstáculo à liberdade."¹¹⁵ No entanto, o destino infeliz da referida obra de Kant e o seu desgaste enquanto intelectual na época em que a redigiu, explica em grande parte o porquê de nem o tema do Estado de Direito, nem o termo terem-se firmado na imediata descendência do filósofo.

Assim, sempre na Alemanha, os primeiros teóricos que deram forma científica à teoria do *Rechtstaat* foram o liberal Robert von Mohl (1799-1875) - com sua obra "A ciência policial segundo os princípios do Estado de direito", de 1832 - e o conservador Friedrich Julius Stahl (1802-1861), sendo que a doutrina só se firmou no fim do século XIX com os escritos de Gerber, Ihering, Laband e Jellinek, embora o significado de "Estado de Direito" ainda se mantivesse impregnado de muita imprecisão. De lá, conforme Jacques Chevallier, foi ganhando progressivamente espaço na doutrina jurídica francesa, notadamente por meio dos

¹¹⁵ Cf. GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 312-4.

escritos de Carré de Malberg, para quem “o Estado de Direito é inicialmente um Estado regido pelo direito; mas é também um Estado submetido ao direito”.¹¹⁶

Em suas reflexões em torno à noção de Estado de Direito, por volta de 1920, Carré de Malberg conseguiu aclarar principalmente dois pontos importantes. Primeiramente precisou a oposição entre Estado de Direito e Estado de Polícia, explicando fundamentar-se este “na idéia de que o fim justifica os meios”, realizando a dominação.¹¹⁷ Já em relação àquele, ao contrário, ao não se atribuir como critério a capacidade de dominação, e sim uma soberania enraizada no contrato social, é um Estado que, “em suas relações com seus súditos e para a garantia do estatuto individual deles submete-se a si mesmo a um regime de direito, e isso na medida em que sujeita sua ação sobre eles por regras”.¹¹⁸ Em segundo lugar, precisou as diferenças entre os dois perfis do Estado, que são de um lado o Estado de Direito (como acaba de caracterizá-lo acima), e de outro o Estado Legal. Este, que poderia vir a ser denominado Estado do Direito, vincular-se-ia “à concepção política da organização fundamental dos poderes segundo a qual a autoridade administrativa é, em todos os casos, subordinada ao órgão legislativo”.¹¹⁹

Para Hans Kelsen “o Estado de Direito - *the rule of law* - ou o império da lei viria a caracterizar-se por admitir um Estado onde todos se submetem à lei, limitando-se terminantemente o poder dos governantes.”¹²⁰

Ocorre que Kelsen, ao identificar Estado e Direito fez parecer redundante a expressão Estado de Direito, porquanto todo Estado seria um Estado de Direito.¹²¹ Isso passou a justificar todo tipo de Estado como sendo um Estado de Direito, fosse ele democrático ou ditatorial, o que rendeu severas críticas ao mestre da Escola de Viena, principalmente à época do Estado nazista. Segundo seu monismo Estado-Direito, ninguém poderia dizer que aquele

¹¹⁶ Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État*. P. 42.

¹¹⁷ Vide CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. P.7 e ss.

¹¹⁸ Apud GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 316.

¹¹⁹ Ibidem, p. 317. Esta mesma distinção, feita porém com diversa nomenclatura por outros autores como Norberto Bobbio e trabalhada por Antonio Peña, é apresentada por Sérgio Cademartori como **governo per leges** e **governo sub lege**, sendo que a primeira equivaleria ao **Estado de Direito** e a segunda ao **Estado do Direito**, conforme a concepção de Carré de Malberg. Cf. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. P. 19 e ss.

¹²⁰ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. P. 327.

¹²¹ Veja-se a apreciação crítica de José Eduardo Faria a esse respeito: “Graças à conceituação altamente abstrata das explicações kelsenianas sobre Estado de Direito, esta idéia acaba podendo ser aplicada a qualquer tipo de regime jurídico. É este o motivo pelo qual ela já não serve mais como critério distintivo entre as diferentes formas de organização estatal.” Cf. FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo. Estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. P. 45.

Estado alemão não era um Estado de Direito. O constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho qualificou os regimes nazi-fascistas como a institucionalização de Estados de não Direito, primeiros momentos de negação do Estado de Direito.¹²² José Afonso da Silva diz que a doutrina de Kelsen converteu o Estado de Direito em “mero Estado Legal”, destruindo em verdade “qualquer idéia de Estado de Direito”.¹²³

Antonio Peña, referido por Sérgio Cademartori, é um dos autores que refutou essa assimilação kelseniana entre os conceitos de Estado e de Direito. A partir das razões apontadas pelo autor espanhol, Cademartori aceita que Estado e Direito são duas realidades diversas. Veja-se: “A existência de uma zona de sombra entre Direito e Estado sugere que o âmbito dos dois conceitos não é plenamente coincidente nem são duas realidades situadas em planos totalmente diversos, mas que ocupam espaços próximos embora diferenciados.”¹²⁴ A partir daí, segundo o autor brasileiro, o dito “governo **per leges**” (um dos componentes do Estado de Direito) apresentaria três características: “a generalidade da norma, na medida em que esta apresenta-se conectada a todos os sujeitos do ordenamento”; “a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei”, supondo que esta deverá se referir a situações normativas nas quais qualquer pessoa possa se encontrar; e, além disso, “a **norma deve ser fruto da vontade geral**, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressem através de normas gerais e abstratas possam ser considerados Estados de Direito.”¹²⁵

Portanto, após os desdobramentos iniciais da teoria do Estado de Direito passa-se a ver doravante a associação deste conceito com um outro de importância nuclear para esta tese, qual seja, o de Democracia.

Todo Estado é organizado por certas leis, funciona tendo por base um sistema jurídico-normativo, porém nem todo Estado em que exista o Direito e a obediência a este pode ser chamado de Estado de Direito. Residiriam aí as diferenças entre os aspectos formal e material da presença das leis em um Estado. O primeiro caso - o da mera presença do aspecto formal das normas - é o caso das **ditaduras**, dos **governos de exceção**: ninguém dirá que neles não haja o império da lei. Mas precisamente aí está o grande detalhe que os impede de serem

¹²² Para o autor, três idéias bastam para caracterizar um “Estado de não Direito”: “(1) É um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a ‘razão do Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.” Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. P. 12 e 16.

¹²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 115.

¹²⁴ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. Op. cit., p. 21.

tomados como Estados de Direito: o déficit democrático, que faz toda a diferença! Nestes Estados existe sim o império da lei, mas tão-somente isso, pois nunca o mero império da lei, sem que esta tenha nascido democraticamente, significará um Estado de Direito. Não se trata portanto de qualquer “império da lei”, eis que os ditadores e os chefes de regimes totalitários, com doutos e dóceis juristas a seu serviço, podem alegar o indiscutível império da lei, servindo-se sempre do medo, do terror, da mentira, da censura e da falta de liberdade para converter arbitrariamente em leis suas vontades e decisões. Podem inclusive alegar que seus poderes estejam regulados pelo Direito (por si próprios criados) e submetidos a (suas próprias) leis, mas isso não chega a configurar um autêntico Estado de Direito. Leonel Severo Rocha qualifica esse tipo de direito como “avesso do Direito”: “O Direito do autoritarismo, o Direito ilegítimo, é de alguma maneira o avesso do Direito. O Avesso do Direito é o Direito posto a serviço do poder, quando o Direito abandona sua função de **freio do poder e suporte da Democracia liberal**.”¹²⁶

Logo, segundo Elías Díaz, o que definitivamente diferencia de maneira radical e substancial o Estado de Direito é “o império da lei como expressão da vontade popular”. E assim, “quanto maior e melhor, em quantidade e qualidade” seja a participação popular nas decisões, “maior legitimação e melhor legitimidade terão essa **democracia** e esse Estado de Direito.”¹²⁷

Neste sentido, o Estado de Direito enquanto Estado com poder regulado e limitado pela lei, contrapõe-se a qualquer forma de Estado absoluto e totalitário, precisamente porque estes possuem poderes ilimitados, isto é, não controlados juridicamente ou pelo menos insuficientemente regulados e submetidos ao Direito. Seria no entanto simplista demais desconsiderar-se que outras formas de controle ao poder do Estado existiram em todas as épocas, inclusive na época em que predominaram os Estados Absolutos, haja vista que no Antigo Regime o absolutismo do Príncipe estava limitado pelo respeito e obediência que todos deviam a alguns preceitos religiosos, à eterna lei de Deus, à lei moral e inclusive à lei jurídica natural. Mas tais controles – limitações de caráter religioso, ético ou jusnaturalista – são insuficientes e não autorizam a falar-se de tais situações como sendo Estados de Direitos, fundamentalmente porque estes só surgem com a emanção da lei “positiva”, posta como

¹²⁵ Ibidem, p. 23 (grifou-se).

¹²⁶ Cf. ROCHA, Leonel Severo. O Avesso do Direito. In: LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo. Estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. P. 129 (grifou-se).

¹²⁷ Cf. DÍAZ, Elías. Op. cit., p. 12.

expressão da “vontade geral” (conforme os artigos 3 e 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), na condição de disposições emanadas da Assembléia Nacional.

O Estado de Direito é pois o império da lei, exigindo que à lei se submetam, se subordinem todos os poderes do Estado, bem como todos os poderes não estatais (sociais, econômicos, culturais, políticos etc.), e também todos os cidadãos individualmente considerados. Assim sendo, conforme Elías Díaz, o **Poder Legislativo** resulta ser o **poder prevalente em um Estado de Direito**, pela razão de ser o Parlamento o órgão que **por excelência representa o povo**, em quem reside a soberania, e por ser quem, de acordo com a Constituição, fabrica, muda e derroga as leis.¹²⁸ É neste sentido que, conforme Paloma Biglino Campos, “a doutrina costuma atribuir ao princípio democrático” o papel de “ordenador da elaboração da lei”.¹²⁹ E este postulado deve valer não somente no âmbito nacional e estadual, mas também no transnacional. Em tal quadro, salienta Elías Díaz, os Poderes Executivo e Judiciário devem atuar nos seus limites, dentro da legalidade, com possíveis restritas zonas de discricionariedades, nunca de arbitrariedades.¹³⁰ Contudo, embora o Princípio da Legalidade seja um importante elemento de qualquer Estado de Direito, este não se realiza completamente naquele. Daí não se perder de vista a advertência de José Afonso da Silva de que não se deve cair naquela “redução deformante” de “Estado de Legalidade”.¹³¹

Assim, **uma das principais características de um verdadeiro Estado de Direito é a origem democrática da lei que o organiza e o mantém, bem como da democrática composição dos Poderes nele instituídos.** É por esse critério também que se optou por não tratar, nesta tese, dos Estados Totalitários (seja o soviético,¹³² seja o nazista alemão ou o fascista italiano). E procurou-se mesmo fugir das análises marxistas a respeito do Estado e do fim deste, porque essencialmente far-se-á de início a defesa da teoria da separação dos

¹²⁸ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 11.

¹²⁹ Cf. BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. P. 73.

¹³⁰ Cf. DÍAZ, Elías. Op. cit., p. 11.

¹³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 115.

¹³² Na verdade embora em seu desenvolvimento histórico também tenha assumido traços totalitários, deve-se ressaltar que o Estado socialista, do qual seu mais emblemático exemplo é o Estado Soviético, guardou significativas diferenças em relação aos demais Estados totalitários, fundamentalmente porque os outros eram capitalistas, com alguma ou outra variante. Em primeiro lugar, foi o único Estado que surgiu de um propósito teórico concreto pois, em qualquer de suas formas, o Estado socialista remeteu-se sempre às doutrinas de Marx, Engels e Lênin. Enquanto Estado obreiro, posterior ao capitalismo, seria intermediário, uma forma política provisória, uma “ditadura do proletariado”, até que fosse possível estabelecer uma sociedade sem classes (única maneira de acabar com a exploração de uma sobre as outras) e onde o Estado já não seria mais necessário. Por outro lado, tal Estado era baseado em três princípios constitucionais radicalmente distintos dos do constitucionalismo liberal tradicional, a saber: a) o centralismo democrático na organização dos aparatos do Estado (com hierarquia de funcionamento, da informação de baixo para cima e da tomada de decisões de cima para baixo, com mando único em cada nível); b) a função diretiva do Partido Comunista, que por isso mesmo aparece como um órgão do Estado; c) a concepção do Estado como elemento dinamizador da realidade econômica, política, social e cultural da sociedade. Este último princípio foi mais tarde recolhido por algumas Constituições liberais do ocidente (v.g. pela Constituição Italiana de 1947 e pela Constituição Espanhola de 1978). Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 78 e passim.

poderes como princípio constitucional fundamental, e esta exige precisamente a existência do Estado para nele se instalar e funcionar.

Salienta-se ainda que o primeiro Estado de Direito, como construção histórica e lógica, foi o Estado Liberal Clássico (Estado Liberal de Direito), tendo também merecido este *status* o Estado Social (Estado Social de Direito), porque ambos são Estados de Direito frente a qualquer ditadura, no sentido de que neles se institucionalizaram certas fases da “evolução democrática” e neles se protegem, ainda que com diferenças de universalidade (abrangência), importantes direitos fundamentais. Mas não se pode furtar a observar que o Estado Liberal de Direito em seus primórdios apenas formal e precariamente realizou o império da lei, pois devendo esta ser fruto da “vontade geral”, era apenas a vontade “da burguesia”. Por outro lado, tantos outros modelos de Estado podem ser tidos como Estado de Direito, desde que, por óbvio, assumam os postulados básicos que o definem. Neste sentido é importante ressaltar que **a vinculação de modo necessário do Estado de Direito à democracia** enfeixa nele algo mais profundo: a inacabável e imprescindível tarefa de construir uma sociedade democrática.

E por fim, se o Estado de Direito – democraticamente entendido – é o império da lei, torna-se evidente que o império é e haverá de ser acima de tudo o império daquela lei que é fundamental, que é o vértice da hierarquia normativa, isto é, o império da Constituição. Conforme Antonio Peña, referido por Cademartori, a própria lei fica “submetida a uma relação de adequação, e portanto subordinação, a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição.”¹³³ Assim, é quase tautológico afirmar que todo Estado de Direito é “Estado Constitucional de Direito”. Neste sentido o Poder Legislativo (e não somente ele), que é o prevalente conforme foi afirmado acima, enquanto poder constituído é subordinado à Constituição, sujeito portanto ao controle de constitucionalidade. Este poder está e deve estar subordinado em última instância ao Poder Constituinte, que é o supremo poder soberano.

Logo, firmado o Estado Constitucional de Direito, alguns dos mais importantes estudiosos contemporâneos do Estado, como Nelson Saldanha, Elías Díaz, Canotilho, Jacques Chevallier, José Afonso da Silva, propugnam que deu ele um passo adiante, qual seja, o encampamento do qualificativo Democrático.

Nelson Saldanha explica que dentro da experiência dos últimos séculos a idéia de democracia deixou de ser apenas um conceito político para, em função das relações entre as estruturas políticas contemporâneas e o Estado de Direito, ser entendida também como

¹³³ Apud CADEMARTORI, S. Op. cit., p. 27.

fenômeno jurídico. Para ele “o problema da democracia é, contemporaneamente, um problema de organização constitucional.”¹³⁴ Logo, a democracia é entendida “em relação com o constitucionalismo, relação que se desdobra em dois lados, o da legalidade e o da legitimidade.”¹³⁵ Neste sentido, explica o autor, “o Estado absoluto, pré-democrático, teve seu ordenamento jurídico, inclusive com suas leis fundamentais; mas a idéia da democracia, que se espalhou como uma espécie de exigência política por todo o Ocidente desde o fim do século XVIII, tende a considerar que só é direito aquele que provier de competências legítimas e de autoridades cujo poder (poder ‘racional’ no sentido de Max Weber) tenha raízes populares.”¹³⁶

Neste sentido também pronuncia-se Sérgio Cademartori: “[...] A culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da idéia política de democracia representativa - cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo - dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como ‘Estado Democrático de Direito’”.¹³⁷

Jacques Chevallier assevera que após ter sofrido certas inflexões no século XX, a teoria do Estado de Direito recebeu uma nova dimensão, mas esta abordagem constitui menos uma versão radicalmente nova que um “*descortinamento das fundações liberais sobre as quais a teoria do Estado de Direito se edificou.*”¹³⁸ Segundo ele:

Hoje, como ontem, a teoria do Estado de Direito repousa basicamente sobre a idéia de limitação do poder, pelo jogo triplo da proteção das liberdades individuais, do **sujeitamento à Nação**, e da atribuição de um campo restrito de competências: a estrutura da ordem jurídica não é senão um meio para assegurar e garantir essa limitação, através de mecanismos de produção do direito. **O Estado de Direito abrange, no fundo, uma concepção das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado**, que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.¹³⁹

De Canotilho colhem-se amplos ensinamentos a respeito de um “Estado dotado de qualidades”, dentre as quais está a democracia. Para ele: “O Estado constitucional responde ainda a outras exigências não integralmente satisfeitas na concepção liberal-formal de Estado de Direito. Tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem

¹³⁴ Cf. SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política*. P. 70.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Cf. CADEMARTORI, S. Op. cit., p. 32.

¹³⁸ Cf. CHEVALLIER, Jacques. Estado de Direito. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 319.

de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.”¹⁴⁰ Na seqüência o constitucionalista alerta para o fato de que há quem não veja com bons olhos a associação de Estado de Direito e democracia, dizendo não faltar mesmo quem considere antinômicos os valores e princípios transportados pelo Estado de Direito e os valores e princípios conformadores da democracia. Nesta discussão o autor diz que o “Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito.”¹⁴¹ Mas segundo ele, “alguma coisa faltava ao Estado de Direito Constitucional – a *legitimação democrática do poder*.”¹⁴² Veja-se sua explicação:

O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de Direito; (2) outra é a *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político* no Estado democrático. O Estado ‘impolítico’ do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular, segundo o qual ‘todo o poder vem do povo’, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da *soberania popular* concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charmeira’ entre o ‘Estado de Direito’ e o ‘Estado Democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de Direito Democrático*.¹⁴³

O Estado brasileiro tal qual conformado pela Constituição Federal de 1988 é um Estado Constitucional deste tipo: um Estado Democrático de Direito. Trabalhar-se-á nesta tese sob esta perspectiva, ressaltando o fato de o modelo normativo Estado Constitucional de

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. P. 27.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² No quadro das persistentes angústias perante a “simbiose de Estado de Direito e Estado Democrático no Estado Constitucional” o constitucionalista refere o cisma instalado entre os “constitucionalistas” e os “democratas” nos quadrantes culturais norte-americanos, “para significar a opção preferencial ou a favor do Estado juridicamente limitado e regido por leis ou do Estado constitucional dinamizado pela maioria democrática”. Do mesmo modo refere as inúmeras controvérsias sobre as antinomias entre *Demokratie* e *Rechtsstaat* na Alemanha, lembrando ainda a célebre distinção feita na França por Benjamin Constant entre a “liberdade dos antigos” (“amiga da participação na cidade”) e a “liberdade dos modernos” (“assente no distanciamento perante o poder”). Ibidem, p. 28.

¹⁴³ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. P. 29-30 (grifado no original).

Direito ter sido adotado concretamente pelo ordenamento jurídico-político brasileiro na sua forma mais acabada, isto é, enquanto Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito foi acolhido pela CF/88 como “um conceito-chave do regime adotado”,¹⁴⁴ fundando-se no princípio da soberania popular. Mas o autor adverte que a configuração desse Estado “não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”¹⁴⁵ Para ele, entremostra-se aí “a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.”¹⁴⁶ Adverte ainda o autor que o emprego da expressão “democrático” no texto constitucional “qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.”¹⁴⁷

Em termos concretos da realidade brasileira a dimensão deste Estado Democrático de Direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional. Segue-se nesta tese o elenco de princípios indicado pelo constitucionalista José Afonso da Silva como sendo conformadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro atual, esclarecendo que será a partir deste balizamento inicial que se procurará verificar ao longo da tese a adequação ou não do uso prático das medidas provisórias a esse mesmo Estado Democrático de Direito. Para o constitucionalista brasileiro são nove os princípios do Estado Democrático de Direito, a saber:

- (a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) *princípio democrático*, que, nos termos da Constituição, há de construir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

¹⁴⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 113.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 119.

¹⁴⁶ *Idem* (grifado no original).

¹⁴⁷ Cf. SILVA, J. A. da. *Curso de Direito...* Op. cit., p. 120 (grifou-se).

- (c) *sistema de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);
- (d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social [...];
- (e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I);
- (f) *princípios da divisão de poderes* (art. 2º) e da *independência do juiz* (art. 95);
- (g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II);
- (h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI a LXXIII).¹⁴⁸

Delimitados estes conceitos básicos¹⁴⁹ para o presente estudo, passa-se ao segundo item deste primeiro capítulo, para ver como se dá, dentro de um Estado de Direito como o aqui entendido, a separação dos poderes instituídos.

1.2 - A separação dos poderes no Estado Contemporâneo – gênese, legitimação e atualidade

Não é ocioso dizer que o Estado Constitucional e Democrático de Direito contemporâneo resultou historicamente de um processo de transformações econômicas, sociais, políticas e jurídicas que foram se produzindo naquele modelo de organização política surgido na Europa e nos Estados Unidos desde os fins do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX. Tudo começou a mudar quando tomaram corpo as idéias daqueles pensadores (tão variados quanto Merchemont Nedham, Locke ou Rousseau) que já no século XVII revelaram-se hostis ao despotismo vigente no Estado Absoluto. Explicava-se tal hostilidade pela defesa da liberdade, uma vez que o despotismo, ao ser a concentração dos poderes na mão de um só e ao governar sem leis, submetia os homens aos caprichos do soberano, configurando a negação da liberdade política.

Em seus momentos iniciais, o novo modelo de Estado teve como postulados básicos a proclamação dos direitos fundamentais e a limitação do poder, sendo justamente este o conteúdo do sempre lembrado artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 122-3.

¹⁴⁹ Esclareça-se que ao oferecer o conceito de Estado de Direito se terá tido em vista o futuro desafio, nesta tese, de comprovar que ele foi violado nos governos que fizeram uso das medidas provisórias no Brasil de 1988 a 2001. Não se teve em vista, portanto, uma defesa em si do Estado de Direito ou a solução de seus problemas, como a sua legitimação. Para isto é de ver-se a obra já referida de Sérgio Cademartori, iluminada pelo traço garantista de Luigi Ferrajoli. Em suma, o que se quis foi apenas demonstrar minimamente o percurso da afirmação do conceito de Estado Constitucional de Direito - enquanto Estado Democrático de Direito -, dando-lhe conceito operacional para este trabalho.

determinada a separação dos poderes, carece de uma Constituição” (*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution*). E certo é que tais objetivos-princípios se imbricam, na medida em que a defesa dos direitos individuais supõe a limitação do poder, e a limitação do poder supõe a garantia daqueles. Vindo ao encontro do que aqui se diz, Pablo Pérez Tremps recorda uma frase pronunciada por Target na Constituinte francesa, no mesmo dia da aprovação da referida Declaração: “Os direitos do homem somente estarão assegurados se os poderes públicos estiverem sabiamente distribuídos.”¹⁵⁰

A técnica organizativa utilizada pelo Estado Liberal para conseguir implementar os dois princípios limitativos acima referidos foi a “teoria” ou “doutrina” da separação dos poderes, magistralmente engendrada por Montesquieu, sendo a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, a primeira que a acolheu expressamente em seu texto.¹⁵¹ Na seqüência, foi adotada pela Constituição Francesa de 1791, espalhando-se após por todos os países verdadeiramente democráticos. **Legitimou-se, assim, pela ampla constitucionalização alcançada nos Estados democráticos.** E a sua existência legítima propicia, por sua vez, a possibilidade de exercício do Princípio da Democracia Representativa.

Ainda segundo Pérez Tremps, a Constituição francesa de 1791, em que pese a sua escassa vigência, significou, juntamente com a Constituição Inglesa e a Americana, um paradigma do Direito Constitucional Comparado; as três formaram um manancial do qual tiveram que beber, de uma ou outra forma, todas as experiências constitucionais.¹⁵²

Não obstante sua distante formulação, tanto doutrinária quanto jurídica, o **Princípio da Divisão ou da Separação dos Poderes**¹⁵³ conserva ainda hoje uma importante vigência. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a exemplo de tantas outras, também

¹⁵⁰ Conforme sua apresentação à obra de DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. P. vii-viii.

¹⁵¹ Cf. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. P. 62.

¹⁵² Conforme a apresentação de PÉREZ TREMPs a DUGUIT, L. *La separación...* Op. cit., p. x.

¹⁵³ A doutrina divide-se quanto à terminologia, variando a mesma entre “separação de órgãos”, “divisão de funções”, “divisão de poderes”, “separação de funções”, “separação dos poderes” etc. Com efeito, Nuno Piçarra diz que “a separação dos poderes” tem sido tomada em múltiplas acepções, algumas incompatíveis entre si, o que a torna “um dos mais confusos termos do vocabulário do pensamento político e constitucional”. Cf. PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 12. É possível que isso se deva à grande controvérsia doutrinária e dogmática gerada em torno do princípio ao longo dos seus mais de dois séculos de existência constitucional, tendo a discussão ido da total rejeição à apologética. Não se vai aqui decidir a questão, apenas lembrar, com Nelson Saldanha, que o termo “poderes” tem prevalecido - e permanecido - sobre o termo “funções”, “tanto na linguagem científica e doutrinária quanto na dos políticos e dos jornalistas. A palavra *poderes* tem a finalidade de evocar fortemente o cunho dinâmico do problema: legislar, administrar, impor decisões de justiça são atividades que se situam em processos sócio-políticos bastante característicos.” Cf. SALDANHA, Nelson. *O que é poder legislativo*. P. 26-7. Nesta tese opta-se pela expressão **separação dos poderes**, até para seguir a terminologia utilizada pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 60, § 4º, III, identicamente a repete, bem como se refere a “poderes” em seu art. 2º. Mas esta opção é feita sem prejuízo das ressalvas de Clémerson Clève no sentido de que “o poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda diferentes funções.” Cf. CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. P. 27.

o acata e portanto prevê, ou mais que isso, ordena a sua realização prática, vindo ele expresso no artigo 2º como um dos Princípios Político-Constitucionais Fundamentais. Por outro lado, também é certo que muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos realizam certas “correções” institucionais e políticas no que se refere ao princípio em epígrafe. Por isso mesmo torna-se imprescindível o exame da sua **formulação original - clássica** -, para poder-se verificar seu alcance atual, como também para poder-se apreciar em que medida tem sido afetado pela progressiva evolução e complexificação da organização estatal.

Vea-se então, a seguir, como foi forjada a teoria clássica da Separação dos Poderes.

1.2.1 – Teoria clássica - De Locke a Montesquieu

Viu-se mais atrás que o Princípio da Separação dos Poderes foi gestado no contexto da luta burguesa contra as estruturas do Absolutismo Monárquico¹⁵⁴ e que foi elaborado sobre a base de vincular órgãos (de diferentes origens e independentes uns dos outros) e

¹⁵⁴ Embora isso, desde a Grécia clássica colocou-se o problema dos poderes. Coube ao gênio de Aristóteles, no século IV A. C. “delinear, pela primeira vez, o princípio político da separação dos poderes. Fê-lo em termos nítidos, com base na observação dos regimes constitucionais do mundo antigo.” Cf. SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional)*. P. 13. Com efeito, disse o filósofo na sua *Política*: “Todas as constituições tem três elementos... Um delibera sobre os negócios jurídicos; o segundo concerne à magistratura, tratando de matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la, e o terceiro corresponde ao poder judicante.” Cf. ARISTÓTELES. *Política. Libro VII*, 14, p. 193 e ss. Conforme Nelson Saldanha: “Para Aristóteles, havia no Estado determinados ‘ofícios’ a serem desempenhados por diferentes titulares. incluindo-se nesta distribuição as tarefas executivas, as judiciárias e as legislativas. Observe-se de passagem que o filósofo preocupou-se (muito em consonância com o próprio espírito grego) com a harmonia e o equilíbrio de forças dentro do Estado; e que fez, em capítulo famoso, o elogio da lei, como sendo preferível a qualquer arbítrio pessoal como forma de organizar a ordem.” Cf. SALDANHA, Nelson. *O que é poder legislativo*. P. 24 (grifou-se). Ocorreu, no entanto, que o tema foi deixado à margem por muitos séculos, tendo retornado apenas a partir de 1688, com a Monarquia constitucional inglesa e a exposição de Locke em sua obra de 1690. Esta relação entre as raízes históricas remota e próxima da doutrina da separação dos poderes é melhor explicada por Nuno Piçarra: “Tradicionalmente entendida como tendo por objetivo a limitação ou a moderação do poder político e a garantia da liberdade, a doutrina da separação dos poderes entronca perfeitamente numa das vertentes basilares da Filosofia Política e da Teoria do Estado ocidentais, a qual remonta à Antiguidade greco-romana. Mais concretamente, é a teoria da constituição mista que constitui a sua raiz histórica remota. Todavia, a doutrina da separação dos poderes, na parte em que envolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocadamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII. [a própria expressão *separation of powers* é dessa época]. Foi defendida, a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da *rule of law*. Esta constitui, portanto, a sua raiz histórica próxima.” Cf. PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 17-8. Finalmente, veja-se a lição de Carré de Malberg, que esclarece que embora Aristóteles tenha discernido as formas de manifestação da potestade estatal, não se referiu a que as mesmas devessem implicar divisão de funções ou serem exercidas por órgãos diferentes para conter o poder. Cf. CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. P. 741. Por sua vez, a constituição mista é aquela “em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento).” Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 52.

competências, de maneira que a cada um deles correspondesse uma das funções fundamentais do Estado: legislar, administrar, julgar.

Foi na Inglaterra que surgiram as primeiras elaborações teóricas desse princípio e, de acordo com o caráter empírico do pensamento inglês, configuraram o resultado da observação do ordenamento lá desenvolvido imediatamente após a Revolução Gloriosa de 1688. E é justamente essa circunstância que vem explicar porque as formulações inglesas contêm alguns aspectos que se diferenciam da tripartição clássica.

Deste modo, a primeira concepção da separação dos poderes nasceu tendo por base uma Monarquia Constitucional, sendo que John Locke (1632-1704) e Henry Bolingbroke (1678-1751) foram os seus primeiros teóricos.

A Locke coube distinguir três poderes, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Federativo, referindo-se este último às relações entre “as gentes”. Note-se aqui, que não considerou o Poder Judiciário, isto porque na Inglaterra o exercício da função jurisdicional correspondia em parte a um órgão legislativo (a Câmara dos Lordes, juiz em última instância na aplicação da *common law*).¹⁵⁵ As idéias anti-absolutistas¹⁵⁶ de Locke podem ser vistas em sua obra fundamental – “Dois Tratados sobre o Governo Civil” – de 1690, onde encontra-se a filosofia política do princípio da liberdade, condensado nos regimes de liberdade individual e de equilíbrio político que procuravam proteger o homem contra os abusos do poder. Os ensaios do autor configuram uma das mais vigorosas críticas à Monarquia Absoluta, cuja repulsa se fundamentava na idéia da necessária **subordinação dos governantes ao consentimento popular**.

Locke foi um dos maiores teóricos clássicos do liberalismo político, tendo proposto uma rigorosa articulação dos temas liberais fundamentais: “a igualdade natural dos homens, a defesa do regime representativo, a exigência de uma limitação da soberania fundada sobre a defesa dos direitos subjetivos dos indivíduos.”¹⁵⁷ A teoria de Locke representou uma originalidade entre as concepções do século XVII, eis que não se confundiu com a de Hobbes (que identificava o contrato social com a formação do poder soberano), tampouco com outras

¹⁵⁵ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p.65.

¹⁵⁶ Afora o ataque ao fundamento filosófico do absolutismo, Locke conseguiu assinalar nele uma contradição interna irresolúvel: “se o soberano absoluto tem, como tal, todo o poder, então está em estado de natureza em relação aos demais: não há lei que o refreie desde uma autoridade superior. Porém, sendo homem – e portanto afetado por paixões negativas – submeterá aos demais mil vexações e exações e tudo isso com instrumentos (exército e polícia) muito mais poderosos que os que poderia ter no primitivo estado natural.” Cf. ARNAU, H.; BRIA, L.; SANJUAN, A. et al. *Temas y Textos de Filosofía*. P. 188-9.

¹⁵⁷ Cf. CHATELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER, E. *Dicionário das Obras Políticas*. P. 670.

doutrinas que, como a de Pufendorf, distinguem entre um pacto de associação e um de submissão: para ele o vínculo existente entre o soberano e o povo não era um *contrato*, mas um *trust*,¹⁵⁸ ou seja, uma missão de confiança ou um cargo que o povo confia àqueles que o representam. Os governantes detêm apenas o poder que lhes é “confiado”. A partir disso, “Os Dois Tratados” passaram a configurar uma das grandes teorias do regime representativo, eis que o povo não está subordinado aos governantes, mas é antes a instância suprema para estimar a ação desses governantes. Para melhor entender-se o funcionamento dessa teoria faz-se necessário retornar ao requisito do “consentimento” por Locke apregoado.

Foi no Segundo Tratado sobre o Governo, intitulado como um “Ensaio referente à verdadeira origem, extensão e objetivo do Governo Civil”, que John Locke explicitou, ao tratar do início das sociedades políticas, o requisito “consentimento”. Para ele, sendo todos os homens “naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu próprio *consentimento*.”¹⁵⁹ Prosseguia dizendo que quando um número qualquer de homens tivesse formado, pelo consentimento de cada indivíduo, uma comunidade, confeririam a esta um poder de agir como um corpo único, o que se daria apenas e tão-somente pela vontade e determinação da maioria. Então: “sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento de seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o *consentimento da maioria*”.¹⁶⁰ Por conseguinte, “o que inicia e de fato *constitui qualquer sociedade política* não passa do consentimento de qualquer número de homens livres, capazes de uma maioria no sentido de se unirem e incorporarem a uma tal sociedade. E é isso, e apenas isso, que dá ou pode dar *origem* a qualquer *governo legítimo* no mundo.”¹⁶¹

Mais adiante, ao tratar dos fins da sociedade política e do governo, Locke explicita que quando os homens se unem em sociedade, nas condições acima, o fazem para a mútua conservação “de suas vidas, liberdades e bens”, aos quais atribui o termo genérico de “propriedade”, um conceito básico na sua teoria. Portanto, para ele o “fim maior e principal

¹⁵⁸ Este termo foi decisivo para Locke, podendo ser traduzido, no caso de *trustee*, por “fiel depositário”, vindo a significar que “o governante não é proprietário, mas fiel depositário do que seus súditos lhe confiam.” Também caberiam outras traduções, como “encargo”, “encargo confiado”, “mandato”. Cf. Introdução a LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. P. 158.

¹⁵⁹ Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. P. 468 e 491 (grifado no original).

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 469 (grifado no original).

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 472 (grifado no original).

para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo” é “a *conservação de sua propriedade*”,¹⁶² porque para tal fim o estado de natureza em que viviam carece de uma série de fatores, não obstante todos os privilégios que nele tinham. Assim, é a busca pela preservação da propriedade que leva cada qual a renunciar a seu poder individual de castigar as transgressões de terceiros para refugiar-se sob as leis estabelecidas para tal por um governo. Precisamente aí são encontrados o “*direito original e a origem dos poderes legislativo e executivo*”,¹⁶³ bem como dos governos e das próprias sociedades.

Contudo, asseverava Locke que quando os homens “entram” em sociedade entregam nas mãos desta a igualdade, a liberdade e o poder executivo que possuíam no estado de natureza, para que deles disponha o Poder Legislativo segundo o exija o bem da sociedade. Mas ao fazê-lo, cada indivíduo o faz com a intenção de melhor conservar a si mesmo, a sua liberdade e propriedade, uma vez que “não se pode supor que uma criatura racional mude propositadamente sua condição para pior”. Tem-se assim que “o poder da sociedade ou o legislativo por esta constituído *jamais pode supor-se estenda-se para além do bem comum.*”¹⁶⁴ Deste modo, para ele

todo aquele que detenha o poder legislativo, ou supremo, de qualquer sociedade política está obrigado a governá-la segundo as leis vigentes promulgadas pelo povo, e de conhecimento deste, e não por meio de decretos extemporâneos; por juizes imparciais e probos, a quem cabe solucionar as controvérsias segundo tais leis; e a empregar a força da comunidade, no solo pátrio, apenas na execução de tais leis, e externamente, para evitar ou reprimir injúrias estrangeiras e garantir a comunidade contra incursões ou invasões. E tudo isso não deve estar dirigido a outro fim a não ser a paz, a segurança e o bem público do povo.¹⁶⁵

Locke já insistia em que **o poder supremo da sociedade política residia sempre no Legislativo**, pois em sendo este escolhido e nomeado pelo público, **fazia com que sempre se conferisse à lei algo absolutamente necessário, qual seja, o consentimento da sociedade.**¹⁶⁶ Mas para ele esta proeminência do Legislativo não permitiria fosse este “arbitrário sobre a vida e os haveres do povo”, pela simples razão de ser ele o depositário do poder que as pessoas detinham no estado de natureza. E como ninguém pode transferir a outrem mais poder

¹⁶² Ibidem, p. 495 (grifado no original).

¹⁶³ Ibidem, p. 497 (grifado no original).

¹⁶⁴ Ibidem, p. 499.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 499-500 (grifado originalmente - em itálico - e também com grifos acrescidos).

¹⁶⁶ Ibidem, p. 503.

do que ele próprio possui, tampouco dispõe de um poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre um terceiro para destruir sua própria vida ou tomar de outrem a vida ou a propriedade; limita-se o Poder Legislativo ao “*bem público* da sociedade”. Daí que as leis não devem destinar-se a outro fim que não o “bem do povo”.¹⁶⁷

A delegação legislativa era vedada por Locke, não podendo o Legislativo transferir o poder de elaborar leis para outras mãos justamente porque nele residia um poder delegado pelo povo, e quem apenas detém o poder não pode transmiti-lo a outros. Assim, somente ao povo é facultado designar a forma da sociedade política, que se dá por meio da constituição do legislativo, e indicar em que mãos este será depositado.

E quando o povo disser: submeter-nos-emos às regras e seremos governados pelas *leis* estabelecidas por tais homens e sob tais formas, ninguém mais poderá dizer que outros homens devam *elaborar* leis para o povo, e tampouco pode ser este submetido a nenhuma *lei*, senão àquelas promulgadas pelos indivíduos escolhidos e autorizados para formular as leis da sociedade. Uma vez que o poder do legislativo deriva do povo, por uma concessão ou instituição positiva e voluntária, não pode ser ele diverso do poder transmitido por tal concessão positiva, que é apenas o de elaborar *leis* e não de fazer *legisladores*, de sorte que não pode ter o legislativo nenhum poder de transferir sua autoridade de elaborar leis e colocá-la em mãos de terceiros.¹⁶⁸

Ainda em relação ao Poder Legislativo, Locke ressaltou a importância da sua composição colegiada, dizendo que nas sociedades políticas bem ordenadas, nas quais o bem do todo recebe a consideração devida, o poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, reunidas em assembleias, têm em si mesmas ou em conjunto com outras o poder de elaborar leis, sendo que depois de as terem feito separam-se novamente e ficam elas mesmas sujeitas às leis que formularam. Para Locke não era necessário, nem tão conveniente, que o Legislativo estivesse sempre em função, pois nem sempre é preciso elaborar novas leis.

Já o Poder Executivo teria que ser permanente, para cuidar da execução das leis que, após elaboradas, permanecem vigentes, com força constante e duradoura; em outras palavras, sempre há a necessidade de execução das leis já elaboradas. E além deste Poder Executivo haveria um Poder Federativo, assim entendido aquele que trata das relações da sociedade política com todos os demais Estados, ou seja, com as pessoas que são externas à própria sociedade política (ou porque dela não fazem parte por pertencerem a outra, ou porque dentro dela não fazem parte da “maioria” antes referida). Conteria este o poder de guerra e paz, de

¹⁶⁷ Ibidem, p. 504-5 e 513 (grifado originalmente).

¹⁶⁸ Ibidem, p. 513.

firmar acordos e promover alianças e transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas. Tais poderes, o Executivo e o Federativo, embora distintos entre si, quase sempre estariam unidos, depositados nas mãos das mesmas pessoas, compreendendo um a “*execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias*”.¹⁶⁹

É fundamental ressaltar ainda, para a melhor compreensão da teoria de Locke, a importância do poder depositado no Executivo para reunir e dispensar o Legislativo, sem que isso conferisse àquele uma superioridade sobre este, mas sim um “encargo fiduciário” àquele confiado para a segurança do povo. Realmente, em se tratando de uma Monarquia Constitucional, na Inglaterra o poder de convocar o parlamento, quanto à ocasião, local e duração, é uma prerrogativa do Rei, embora sempre ditada pelo encargo de que seja usada para o bem da nação.¹⁷⁰

E, por fim, um tema diretamente ligado a imperfeições na aplicação prática da separação dos poderes foi a diferenciação que Locke fez entre “usurpação” e “tirania”. A **usurpação** seria o exercício de um poder a que outro tem direito. Já a **tirania** seria o exercício do poder além do direito, a que ninguém pode ter direito, consistindo em “fazer uso do poder que alguém tenha nas mãos não para o bem daqueles que estiverem submetidos a esse poder, mas para sua vantagem própria, distinta e privada; quando o governante, seja lá que título tenha, não faz da lei, mas de sua vontade, a regra, e suas ordens e ações não estão dirigidas à conservação das propriedades de seu povo, mas à satisfação de sua própria ambição, vingança, cobiça ou qualquer outra paixão irregular.” Onde termina a lei, começa a tirania, dizia Locke, sendo um equívoco pensar que tal imperfeição possa ocorrer apenas nas monarquias.¹⁷¹

Viram-se assim, ainda que de maneira um tanto fragmentária, os principais pontos da doutrina de Locke quanto à separação dos poderes.

Lord Bolingbroke, por sua vez, partiu das formulações de Locke para enfatizar a exigência da separação entre os poderes e a necessidade de uma diferente base social em cada poder para com isso assegurar seu controle recíproco. Apesar disso, foi a teoria política dos “Dois Tratados” que conquistou maior lugar no pensamento de outros grandes pensadores do

¹⁶⁹ Ibidem, p. 516-7, 521 (grifado no original).

¹⁷⁰ Ibidem, p. 524 e 534.

¹⁷¹ Ibidem, p. 560, 561 e 563.

Direito, da Filosofia Política e da Teoria Política e Constitucional, como Montesquieu, Rousseau, Burke e Jefferson.

Assim, foi na França, quase um século depois, a partir da obra de Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de Montesquieu (1689-1775),¹⁷² que se conseguiu plasmar o Princípio da Separação dos Poderes de maneira que o mesmo passasse a ser uma das chaves essenciais do ordenamento do Estado Liberal num primeiro momento, e, depois, do Estado Democrático em suas mais variadas manifestações. Seu trabalho representou a superação daquilo que ainda em sua época era muito presente na França, qual seja, a absoluta discricionariedade do monarca, sendo que a concentração de todas as funções do Estado nas mãos do rei foi a regra essencial do Direito Público francês praticamente até às vésperas da Revolução de 1789. A mais pura expressão disso são as célebres fórmulas que então ainda vigiam: *Qui veult le roi, si veult la loi* ("o que quer o rei quer a lei"), *Toute la justice émane du roi* ("toda a justiça emana do rei"), *Quod principi placuit legis habet vigorem* ("vigora a lei que agrada ao príncipe").

A elaboração da teoria ou doutrina de Montesquieu deu-se no Capítulo VI do Livro XI da clássica obra do jurista e filósofo político sobre o tema, "Do Espírito das Leis",¹⁷³ publicada pela primeira vez em Genebra, em 1748. Desenvolveu ele suas análises da

¹⁷² Com efeito "o oráculo sempre consultado e citado a respeito [da separação dos poderes] é o famoso Montesquieu", já dizia Madison no *Federalista* (n. 47), mas esta associação automática da doutrina da separação dos poderes ao nome do autor é diluída pela própria epígrafe do Capítulo VI do Livro XI do seu *Do Espírito das Leis*, qual seja, *De la Constitution d'Angleterre*, a qual por si só evidencia ter sido seu autor influenciado na exposição da doutrina tanto pelos autores ingleses que já a haviam divulgado na Inglaterra (sobretudo Locke e Bolingbroke), quanto pela própria realidade constitucional inglesa que lhe havia dado alguma concretização. Sublinhe-se que alguns anos depois (1762) Jean-Jacques Rousseau também "concebeu" uma teoria da separação dos poderes, desenvolvida no Capítulo I ("Do governo em geral") do Livro III do seu "Contrato Social". Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Del contrato social - Discursos*. P. 61-7.

¹⁷³ O livro, que lhe tomou quatorze anos até ficar pronto, tão logo apareceu foi o "maior acontecimento literário europeu do século das Luzes", tendo sido, no conjunto, considerado uma obra-prima, e isto porque, antes de ser inovador por sua teoria, ele o foi por seu método e por seu objeto. Contrariamente à tradição jusnaturalista que vigia até então, pela primeira vez teve-se como objeto exclusivo o estudo do direito positivo dos governos estabelecidos. Montesquieu foi considerado não apenas jurista e teórico do direito, mas também precursor da sociologia, podendo ser visto inclusive como o fundador do Direito Comparado. Uma das suas inovações epistemológicas teria sido a procura da explicação das leis não dentro de um fator único (a vontade do soberano ou a religião etc.), mas dentro de uma combinação de fatores (o clima, a religião, as leis, as máximas de governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras: disso tudo se formaria um "espírito geral" que governaria os homens). Mas a verdadeira revolução que provocou foi a de postular que há uma razão no direito positivo, ao supor, como se lê no seu Prefácio, que os homens "dentro dessa infinita diversidade de leis e costumes, não eram unicamente conduzidos por suas fantasias", ou seja, supôs ser possível encontrar "princípios" no conjunto das regularidades. Assim, pode-se falar em inovação metodológica porque, até Spinoza, a filosofia do direito racional se dava pelo método dedutivo (raciocinava-se sobre essências e se procedia por dedução) e Montesquieu fez o contrário: não partiu dos princípios, mas sim dos fatos, para a partir destes procurar descobrir os "princípios" que os explicassem. Cf. o verbete "Montesquieu – O Espírito das Leis", de Michel Troper. In: CHATELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER, E. Op. cit., p. 843-5.

Constituição Inglesa após ter estado em Londres (onde inclusive assistia às sessões do Parlamento e lia a imprensa, que conhecia nesse momento seu verdadeiro início com o *Craftsman* de Lord Bolingbroke). Mas como também se serviu dos estudos da acima referida obra de Locke, há quem diga que na verdade este teria sido “copiado” por aquele. Não obstante as várias coincidências entre os escritos de ambos os autores, também existem muitas diferenças, de modo que neste estudo prefere-se considerar que com Montesquieu houve o aperfeiçoamento daquele sistema iniciado por Locke. Com Montesquieu deu-se de modo mais completo e refinado a sistematização da teoria da separação dos poderes.

Partiu Montesquieu, e o fez já no Capítulo IV do Livro XI, da constatação de que “é uma experiência eterna, que todo homem que tem poder sente a inclinação a dele abusar, indo até onde encontre limites. [...] Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”¹⁷⁴ (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Precisamente esta célebre técnica da contenção do poder pelo poder foi adicionada por Montesquieu, configurando uma de suas inovações em relação às primeiras formulações do filósofo inglês.

É importante observar que o intento de se “frear” o poder do monarca já pode ser visualizado no século XVI, pelos intelectos de Claude de Seyssel e Charles Du Moulin, os quais deram uma tonalidade política mais matizada ao Absolutismo Monárquico ao insistirem sobre a necessidade de “freios” e de “moderações” para a monarquia. Na obra *La Grand' Monarchie de France*, de 1519, Claude de Seyssel esboçou uma sistematização institucional da monarquia moderada, na qual “a religião, a justiça e a polícia” deveriam “regular e refrear o poder”. Já Charles Du Moulin, quatro décadas depois, em sua obra *Traité de l'origine, des progrès et excellence du royaume et monarchie des Français*, destacou a importância das leis fundamentais e dos regulamentos no reino, sustentando que o poder real era “mais moderado do que absoluto”.¹⁷⁵ No entanto, essas tentativas de freagem do poder não dispunham ainda da originalidade da técnica desenvolvida no século XVIII por Montesquieu, qual seja, a possibilidade de o poder ser freado não por outros fatores ou mecanismos a ele estranhos, mas sim internamente, pelo próprio poder.

Retornando à obra de Montesquieu, foi no Capítulo V do Livro XI, ao analisar o fim dos distintos Estados, que ele afirmou que embora “todos os Estados tenham, em geral, o mesmo fim, que é o de se manterem, cada um tem, no entanto, um que lhe é particular.”¹⁷⁶ E

¹⁷⁴ MONTESQUIEU. *Del Espiritu de las Leyes*. P. 114.

¹⁷⁵ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 21.

¹⁷⁶ Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 115.

localizou, no “mundo” de então, uma nação cuja Constituição tinha como objeto direto a “liberdade política”. Daí sua decisão de examinar os princípios nos quais se fundava a liberdade política apregoada pela Constituição Inglesa.

Foi no famoso Capítulo VI, dedicado à análise da Constituição da Inglaterra, que Montesquieu contemplou sua teoria propriamente dita, dizendo haver em cada Estado **três classes de poderes**. Estes seriam o **Legislativo** (pelo qual o “príncipe”, ou o “magistrado”, promulgaria leis para certo tempo ou para sempre, e emendaria ou derogaria as existentes); o **Executivo** que trataria dos assuntos que dependem do Direito das “Gentes” (equivalente ao Poder Federativo, de Locke, disporia sobre a guerra e a paz, enviaria ou receberia os embaixadores, estabeleceria a segurança, preveniria as invasões), e o Executivo, dos que dependem do Direito Civil (castigaria os delitos ou julgaria as diferenças entre os particulares). E como este último era um poder substancialmente equivalente ao Poder de Julgar, chamou-o de **Poder Judiciário**, e àquele outro, simplesmente **Poder Executivo do Estado**.¹⁷⁷ Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário praticamente representava ser uma dependência do Poder Executivo.

A preocupação primeira de Montesquieu centrava-se na “liberdade política do cidadão”, que dependeria “da tranqüilidade de espírito que nasce da opinião que cada um tem de sua segurança”. Sublinhou então que “tudo estaria perdido, se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de pessoas da realeza, da nobreza ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou as diferenças entre particulares”.¹⁷⁸ E foi após isso que Montesquieu viu na distribuição destes três mandados em três grupos de órgãos diferentes e independentes uns dos outros, o método mais idôneo para realizar o equilíbrio entre as forças sociais de sua época (o rei, o povo – aí incluída a burguesia - e a aristocracia).

Para ele não haveria a referida liberdade política quando o Poder Legislativo estivesse unido ao Poder Executivo, na mesma pessoa ou no mesmo corpo, porque se poderia temer que o Monarca ou o Senado promulgassem leis tirânicas e as fizessem ser cumpridas também tiranicamente. E tampouco haveria liberdade se o Poder Judiciário não estivesse separado do Poder Legislativo nem do Executivo, pois se unido ao Legislativo o juiz seria ao mesmo

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Idem.

tempo legislador, o que geraria um poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; e se estivesse unido ao Poder Executivo isso poderia acarretar ao juiz a força de um opressor.

Pela sua construção teórica o rei ostentaria o Poder Executivo, e a aristocracia e a burguesia comporiam o Poder Legislativo,¹⁷⁹ tendo um lugar secundário o Poder Judiciário, devendo-se isto a ser típico no constitucionalismo francês uma exaltação à lei enquanto mandato racional e abstrato que emana da vontade popular e prevê as distintas hipóteses que de fato possam surgir; logo, se a própria lei já oferece a solução a cada conflito, é compreensível que para Montesquieu o Poder Judiciário seja de alguma maneira, “nulo”,¹⁸⁰ dado que o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei (conforme a melhor tradição da “Escola da Exegese”). Na verdade, esta postura de Montesquieu estava de acordo com a idéia racionalista da lei, que imperava entre os teóricos franceses do Estado Liberal. Mas para esse menosprezo aos juizes e ao poder de julgar também contribuíram as más lembranças deixadas pelas arbitrariedades dos parlamentos judiciais do Estado Absoluto nas memórias dos ilustrados e revolucionários.

O objetivo buscado pela engenhosa construção de Montesquieu era conseguir o **equilíbrio entre os poderes**, o que se produziria como um resultado mecânico da própria exigência de cada um deles de atuar satisfatoriamente para a consecução de seus fins, na medida em que para consegui-lo deviam manter-se na esfera a cada um atribuída para evitar a oposição que viria dos outros quando um deles invadisse seu campo de atuação. Da dupla faculdade atribuída a cada poder (*de statuer et d'empêcher*: “de estatuir e de impedir”, ou seja, ordenar, decidir a respeito da sua função e impedir a oposição que viria das outras funções, neste caso, defendendo-se)¹⁸¹ resultaria o equilíbrio dos poderes (*la balance des pouvoirs*), ou, também dito, **balanço dos poderes**, suficiente para assegurar o funcionamento regular do Estado.

¹⁷⁹ São palavras textuais do pensador: “O poder legislativo será confiado ao corpo de nobres e ao corpo que se escolha para representar o povo; cada um deles reunir-se-á em assembleias e deliberará com independência em relação ao outro, e ambos terão visões e interesses separados.” Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 118.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Segundo palavras textuais do autor: “Chamo *faculdade de estatuir* o direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir o que foi ordenado por outro, e chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por outro, o que constituía a potestade dos tribunos em Roma. Ainda que aquele que tem a faculdade de impedir tenha também o direito de aprovar, esta aprovação não é, neste caso, mais que a declaração de que não faz uso de sua faculdade de impedir, e deriva-se desta mesma faculdade.” Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 118.

Veja-se a descrição desse sistema nas próprias palavras de Montesquieu:

Eis aqui, pois, a constituição fundamental do Governo a que nos referimos: o corpo legislativo está composto de duas partes, cada uma das quais terá sujeita a outra, pela mútua faculdade de impedir [vetar], e ambas estarão freadas pelo poder executivo, que o estará por sua vez pelo legislativo.

Os três poderes permaneceriam assim em repouso ou inertes, porém, como pelo movimento necessário das coisas estão obrigados a moverem-se, ver-se-ão forçados a fazê-lo de comum acordo.¹⁸²

Assinala-se, assim, na construção jurídico-política de Montesquieu, a manifestação das idéias da física newtoniana predominante em seu tempo, precisamente neste sistema de *checks and balances*, expressão cunhada pelos norte-americanos. O “**sistema de freios e contrapesos**” foi pela primeira vez realizado na Constituição Norte-americana de 1787, com a rígida interpretação do princípio da separação dos poderes, trasladando os princípios mecânicos ao campo da Teoria do Estado e da Constituição.

Mas qual é o real significado para este estudo dessa ineludível exigência de um regime de divisão ou separação dos poderes para um Estado de Direito? **Se a função legislativa** (de criar as leis) **corresponde ao Poder Legislativo, quer isso dizer, fundamentalmente, “que não poderão ser considerados legisladores, em sentido estrito e formal, os órgãos executivos**, apesar de suas faculdades normativas, nem tampouco os órgãos judiciais do Estado”.¹⁸³ Esta é a concepção clássica, pela qual também os titulares do poder legislativo e executivo não poderão julgar, nem imiscuir-se indevidamente na função judicial, bem como os encarregados da função executiva não suplantarão os órgãos legislativos e judiciários. Assim foi formulada, pelo controle mútuo de um poder sobre o outro, a **garantia contra o absolutismo e a ditadura**.

Com efeito, a separação dos poderes constituiu o resultado histórico da luta contra o absolutismo dos reis em nome dos direitos do povo.¹⁸⁴ Chegou-se a um Poder Legislativo popular tentando limitar o poder onímodo do Executivo, em ampla medida dominado pelo Rei, com a paralela luta pela independência da função judicial. É por isso que o Legislativo é o poder que prepondera na nova fórmula. “**O sentido histórico e ideológico do princípio da**

¹⁸² Ibidem, p. 121.

¹⁸³ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 48 (com grifos acrescidos).

¹⁸⁴ Precisamente porque Montesquieu concebeu sua doutrina dos três poderes tendo em vista primordialmente a liberdade de cada cidadão é que não se trata ela “de uma discussão abstrata sobre como organizar o governo, mas sim de como melhor garantir a liberdade dos indivíduos contra os abusos do poder.” Cf. MACHADO, Mário Brockmann. Separação dos poderes e controle externo do Judiciário. RT, n. 9, p. 82.

separação dos poderes é, assim, evitar a concentração de poder em mãos, sobretudo, do titular do executivo, a fim de lograr o respeito aos direitos e liberdades dos cidadãos que, representados democraticamente, constituem agora o poder legislativo.”¹⁸⁵

Passados mais de duzentos anos, diz Pérez Tremps estar claro que a interpretação do princípio da separação dos poderes formulada por Montesquieu, levada a cabo pela Assembléia Constituinte francesa que redigiu a Constituição de 1791, foi uma leitura “desequilibrada”¹⁸⁶ em favor do Legislativo, atribuindo a causa básica para esse desequilíbrio justamente a especial força com que a Revolução Francesa afirmou a “soberania nacional”, tendo essa concepção de “nação” como titular da soberania popular marcado todo o constitucionalismo francês.

É possível notar grande semelhança entre as teses lockeanas do “consentimento” dos indivíduos e as da “representação popular” de Montesquieu. Dizia este: “Posto que num Estado livre, todo homem, considerado como possuidor de uma alma livre, deve governar-se por si mesmo, seria preciso que o povo pessoalmente desempenhasse o **poder legislativo**. Porém como isso é impossível nos grandes Estados, e como está sujeito a mil inconvenientes nos pequenos, o **povo deverá realizar por meio de seus representantes** o que não pode fazer por si mesmo.”¹⁸⁷ Gestavam-se, assim, as concepções da Democracia Indireta ou Representativa.

Ainda quanto à função legislativa, dizia Montesquieu que “o corpo representante não deve ser eleito tampouco para tomar uma resolução ativa, o qual o faria bem, mas para promulgar leis ou para ver se as que promulgou têm sido cumpridas adequadamente, coisa que não só pode realizar muito bem, como somente ele pode fazer.” E quanto à titularidade dos Poderes Executivo e Legislativo e suas respectivas implicações, fazia as seguintes considerações:

O poder executivo deve estar em mãos de um monarca, porque esta parte do Governo, **que necessita quase sempre de uma ação rápida**, está melhor administrada por uma só pessoa do que por várias; e ao contrário, as coisas concernentes ao poder legislativo ordenam-se melhor por vários do que por um só.

Se não houvesse monarca e se confiasse o poder executivo a certo número de pessoas do corpo legislativo, a liberdade não existiria, pois os dois poderes estariam unidos, já que as mesmas pessoas participariam em um e outro.

¹⁸⁵ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 47 (com grifos acrescentados).

¹⁸⁶ Cf. sua apresentação a DUGUIT, Léon. Op. cit., p. ix.

¹⁸⁷ Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 117 (com grifos acrescentados).

Se o corpo legislativo não se reunisse em assembléia durante um considerável espaço de tempo, não haveria liberdade, pois sucederia uma destas duas coisas: ou não existiriam resoluções legislativas, em cujo caso o Estado cairia na anarquia, ou ditas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo, que se faria absoluto.¹⁸⁸

No entanto, embora pareça curioso aos olhos de hoje, Montesquieu entendia que o “corpo legislativo” não deveria reunir-se por sua própria vontade e iniciativa, pois supunha que dito corpo somente possuiria vontade quando já estivesse reunido em assembléia; assim, pois, era preciso que o Poder Executivo, segundo as circunstâncias que conhecia, regulasse o momento da celebração e da duração de tais assembléias. Nisto assemelhou-se o autor francês à teoria de Locke. Mas esta não seria a única interferência do Executivo no Legislativo, eis que já se previa a possibilidade do veto, senão veja-se: “O poder executivo não pode entrar no debate dos assuntos, pois somente forma parte do legislativo por sua capacidade de impedir [divergir, vetar]. Nem sequer é necessário que proponha, pois como possui o poder de desaprovar as resoluções, pode rechaçar as decisões das propostas que houvesse desejado não se fizessem.”¹⁸⁹

Por outro lado, é com certo assombro que também se percebe na teoria de Montesquieu outra exceção ao que seria uma separação rígida, absoluta, entre os poderes. Desta vez dá-se entre o Judiciário e o Legislativo. Conforme seus escritos, ainda que em geral o Poder Judiciário não devesse estar unido a nenhuma parte do Poder Legislativo, **haveria três exceções**, assentadas no particular interesse da pessoa a ser julgada. A primeira delas dizia que os nobres não deveriam ser julgados nos tribunais ordinários da nação, mas sim na parte do Poder Legislativo composta igualmente de nobres, e isto porque “os grandes”, que sempre estariam expostos à inveja, correriam “perigo” se fossem julgados pelo povo, além de que não seriam julgados por seus iguais, “privilégio que tem até o menor dos cidadãos em um Estado livre”. Em segundo lugar, quando a lei fosse demasiado rigorosa a ponto de merecer uma “moderação” (casos de anistia), para isso não seriam aptos os juízes da nação, visto que não eram mais que o “instrumento que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor da lei”, tarefa que novamente tocaria à parte do corpo legislativo antes assinalada. E a terceira exceção ocorreria quando algum cidadão violasse os direitos do povo em algum assunto público e cometesse delitos que os magistrados não pudessem ou não quisessem castigar (seriam os casos de processos políticos). Nestes

¹⁸⁸ Ibidem, p. 118-9 (com grifos acrescidos).

¹⁸⁹ Ibidem, p. 121.

casos a solução se daria outra vez no seio do Poder Legislativo, porém atuando uma câmara (a baixa, do povo) contra a outra (alta, da nobreza), até porque se em princípio os legisladores não poderiam castigar, muito menos o poderiam fazer contra a parte interessada, o povo, a quem representavam; seriam os legisladores da câmara baixa os acusadores perante a câmara alta, ou seja, a parte legislativa do povo acusando ante a parte legislativa dos nobres, a qual não possuía os mesmos interesses nem as mesmas paixões daquela.¹⁹⁰

E mais uma vez realçando a proeminência do Poder Legislativo na manutenção da liberdade política de um Estado, finalmente aduziu: “Como todas as coisas humanas têm um fim, o Estado de que falamos, ao perder sua liberdade, também perecerá. Roma, Lacedemônia e Cartago pereceram. **Este Estado morrerá quando o poder legislativo estiver mais corrompido que o executivo.**”¹⁹¹

Enfim, as teses de Montesquieu tiveram grande difusão e aceitação nos círculos ilustrados e entre os revolucionários burgueses, a ponto de o princípio da separação dos poderes vir a ser considerado um dos princípios dogmáticos do Estado Liberal. Deram provas disso não só a primeira realização prática com o texto constitucional norte-americano, mas também a acolhida no famoso e antes já mencionado artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como no texto da Constituição Francesa pós-revolucionária, a de 1791. É importante destacar que no seio revolucionário francês o princípio da separação dos poderes contou com um aliado que entraria para a História como um dos principais formuladores da **noção moderna de Constituição**: Sieyès. Em seu libelo, já antes mencionado nesta tese, e que poderia ter passado por uma obra de circunstância, um dos maiores méritos do autor foi esboçar uma resposta à problemática da fundação do poder estatal, compreendendo que “os poderes públicos eram juridicamente ligados à Constituição”, decorrendo tal vínculo jurídico precisamente da hierarquia das regras pelas quais o Poder organiza os poderes.

Não é demasiado dizer, assim, que depois da expansão do Liberalismo durante o século XIX, a separação dos poderes consagrou-se como um dos princípios constitucionais fundamentais do Estado de Direito.

No entanto, algumas censuras, críticas e adaptações a essa concepção dogmática da teoria da separação dos poderes foram feitas, mormente para questionar a pureza da separação

¹⁹⁰ Ibidem, p. 120.

¹⁹¹ Ibidem, p. 122 (com grifos acrescentados).

e em que medida as transformações sofridas pelo Estado contemporâneo repercutiriam sobre o princípio. É o que se verá a seguir.

1.2.2 – A separação dos poderes na atualidade: as críticas e as adaptações à teoria clássica

Como não é possível se estender muito por razões de delimitação metodológica do assunto, não se levantarão aqui todas as críticas feitas à teoria da separação dos poderes, o que seria muito abrangente; trar-se-á à colação, no entanto, as principais, mescladas com os desdobramentos ou adaptações feitos em cada um dos poderes com o passar do tempo, o que vem a auxiliar inclusive a melhor compreender a concepção original da teoria. Adverte-se que isto será feito primeiramente sob uma perspectiva **orgânica**, deixando-se para mais adiante a apresentação da perspectiva **material** dessas críticas.

Inicialmente, numa **perspectiva orgânica**, não se pode deixar de mencionar as observações de Benjamin Constant à teoria de Montesquieu. Dizia ele que na verdade “os poderes constitucionais são o real, o executivo, o representativo e o judicial”,¹⁹² aos quais se poderia ainda acrescentar o municipal. Em sua formulação, o tal “**Poder Real**” – que inclusive foi adotado na primeira Constituição Brasileira, a de 1824, confiado ao Imperador sob a denominação de “**Poder Moderador**”, conforme arts. 98 a 101 dessa Constituição – seria uma espécie de força que resolveria qualquer conflito havido entre os demais poderes políticos, mantendo o equilíbrio entre eles. Essa “força”, para cumprir sua missão, deveria ser neutra, e não poderia residir em nenhum dos outros três poderes porque assim destruiria aos demais; por outro lado, pertenceria à Coroa, a qual desempenharia esse poder neutro, “de arbitragem e moderação”, tudo isso dentro de uma Monarquia Constitucional. Constant gestava assim, já nos primeiros momentos do século XIX, a tarefa básica do Chefe de Estado nos sistemas parlamentaristas, que progressivamente iam se formando na Europa: a de desempenhar uma função moderadora.

É importante ressaltar que esse novo elemento levantado por Constant, embora não estivesse presente no princípio clássico da separação de poderes - adiante se verá o porquê - teve sobre ele uma importante incidência. E isto porque com ele lançavam-se as bases teóricas das transformações que sofreriam os sistemas parlamentaristas europeus, com a

¹⁹² Cf. CONSTANT, Benjamin. Princípios de política (fragmentos). In: SUBIRATS, Joan; VILANOVA, Pere. *La evolución del Estado en el pensamiento político*. P. 137.

independência das suas formas de governo, ou seja, pela separação entre Chefia de Estado e Chefia de Governo (sendo esta o Poder Executivo propriamente dito, e aquela a responsável pela “arbitragem”, exercida por meio de seu prestígio moral, praticamente desprovida de faculdades juridicamente efetivas).

Não obstante a importante contribuição de Benjamin Constant, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o fato de a doutrina da separação dos poderes não ter previsto qualquer mecanismo para resolver o problema de eventuais conflitos entre os três poderes não configura uma deficiência da teoria de Montesquieu, muito menos a sua incapacidade para resolver uma tal eventualidade. A aparente omissão de tal mecanismo na verdade

inscreve-se como uma peça fundamental no sistema de freios e contrapesos que o mestre desejou criar. De fato, esse conflito, em princípio insolúvel, é o modo pelo qual o poder detém o poder. A discordância entre poderes, os quais, aliás, têm esferas definidas e independentes de competência, significa paralisar a atuação do Estado num determinado campo. Ora, esta paralisia é exatamente a maneira pela qual se impedirá a imposição de leis tirânicas, se evitará o cumprimento de decisões arbitrárias, se despirão de eficácia sentenças injustas.¹⁹³

E como já foi visto em item propriamente destinado à análise do Estado Liberal clássico, em sua essência não-interventor, é natural que, para Montesquieu e os homens de seu tempo, o mundo caminhasse por si, cabendo àquele Estado apenas manter a ordem. Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho que por isso nenhum prejuízo maior para a comunidade resultaria da referida paralisiação. Mas reconhece o constitucionalista brasileiro que Montesquieu realmente subestimou o aspecto político de que poderia revestir-se o conflito entre os poderes, pelo qual um deles poderia visar à hegemonia, caso em que a “paralisia” antes mencionada poderia resultar numa explosão que destruísse a própria Constituição. E foi exatamente isso que ocorreu na França logo após a constitucionalização do princípio da separação dos poderes, sendo que, pelo conflito entre o Executivo e o Legislativo deu-se a reabertura do processo revolucionário e a conseqüente derrubada da Constituição de 1791. Acrescentando-se que este tipo de conflito continuou acontecendo nos anos subseqüentes, tem-se aí a motivação para que Benjamin Constant acenasse com um quarto poder, o qual arbitraría os conflitos com a sua neutralidade. Mas não apenas isso, pois só por existir, tal poder já provocaria a erradicação da razão do principal conflito entre o Poder Legislativo e o

¹⁹³ Cf. o verbete “Poder Moderador”, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 59, p.144-5.

Executivo, uma vez que sendo depositado nas mãos do monarca, faria com que o Executivo (que até então representava a vontade do príncipe) também proviesse da representação popular, a exemplo do Legislativo, que era eleito desde o início, retirando suas forças da vontade popular.¹⁹⁴

Mas de maneira geral parece que a maior crítica que a teoria recebeu nas questões orgânicas, diz respeito à **infravaloração do Poder Judiciário** por Montesquieu (e isso que este já tratou a idéia do poder de julgar explicitamente, enquanto em Locke a mesma estava implícita).¹⁹⁵ Acima já se viu quais foram as razões contextuais e filosóficas naquele momento histórico que justificaram a redução da função jurisdicional a uma tarefa meramente mecânica de aplicar a solução legal para cada caso. Mas esta concepção acabou entrando em crise com a paralela quebra do dogma da onipotência da lei, evidenciando a transcendência do labor judicial para o bom funcionamento do sistema constitucional. É que com o passar do tempo e com o desenvolvimento do Constitucionalismo foi-se percebendo que a função judicial, embora fosse realizada conforme critérios técnicos e não participasse diretamente da dinâmica das relações Executivo-Parlamento (o que implicava sua não participação no processo de orientação política), contribuía sim para proteger e assegurar a vigência do ordenamento estatal. Conforme Manuel Pastor, deu-se que:

Ao aplicar as leis aos casos concretos, interpretando-as e harmonizando suas possíveis antinomias, ao dirimir os conflitos que os cidadãos, seus grupos ou mesmo o Estado suscitam, ao pretender cada qual que suas pretensões sejam as tuteladas pelo Direito, os juizes e tribunais realizam a ordem que supõem as normas jurídicas. Convertem-se, deste modo, num elemento garantidor do mesmo e, em consequência, da estabilidade e permanência das relações sociais. A jurisdição é, pois, uma função essencial que integra, junto com a de elaborar as leis e a que se preocupa com aplicá-las e executá-las, o conjunto de atividades necessárias para a manutenção e desenvolvimento da vida estatal: por essa mesma razão, é um atributo à soberania, e o conjunto de órgãos que integram o Poder Judiciário participa da mesma e, conseqüentemente, adquire uma transcendência constitucional de primeira ordem.¹⁹⁶

Após essa inicial tomada de consciência a respeito do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, cada vez mais o mesmo foi adquirindo importância, sobretudo nas últimas décadas

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Esta infravalorização do Poder Judiciário deu-se apesar do fato de que historicamente o juiz surgiu antes do que o legislador, haja vista a presença dos árbitros (sacerdotes, pajés, anciãos) nas sociedades primitivas. Cf. CINTRA, Antonio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. P. 25.

¹⁹⁶ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 71.

do século XIX e ao longo do século XX, com o aparecimento e o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade das leis. Para isso também contribuiu a conquista de certas garantias fundamentais para assegurar a independência da magistratura, tais como a da inamovibilidade, a da vitaliciedade e a da irredutibilidade de vencimentos. Esse desenvolvimento histórico foi sendo incorporado no conteúdo do princípio da separação dos poderes dos Estados democráticos atuais, mormente porque o evitar abusos contra os juízes não significa benefícios apenas a estes, mas para a sociedade inteira, ao facilitar a boa administração da justiça, e, também, porque paralelamente às garantias, atribuem-se aos mesmos alguns impedimentos, visando manter a sua imparcialidade na defesa das liberdades e dos direitos individuais e coletivos.

Como a função substancial do Poder Judiciário é “executar” as leis, no sentido de aplicá-las aos casos concretos, foi necessário evidenciar que sua função era distinta da dos demais poderes do Estado, diferenciando-o particularmente do Poder Executivo, cuja função primordial é “executar” e administrar. Para isso foi-se firmando o entendimento de que, diferentemente do Poder Executivo, o Judiciário somente “administra” a justiça, ou “executa” as leis, se e quando provocado, isto é, de maneira “contenciosa”. “Os juízes e tribunais só podem agir se algum interessado tomar a iniciativa de trazer perante ele um pleito sobre questão concreta, para que a decida, ouvidos os demais interessados.”¹⁹⁷ Assim, a função judiciária não se confunde com a administrativa, até porque está o Poder Judiciário apto a agir, a decidir, a aplicar a lei contra o próprio Estado, contra o governo e a administração, pois não se pode olvidar que o fundamento último de toda a teoria da separação dos poderes reside em pôr limites ao Estado frente aos direitos e liberdades dos indivíduos.

O **Poder Executivo** foi historicamente o primeiro a aparecer, mesmo antes da formulação da teoria da separação dos poderes, englobando também as atividades da justiça e da legislação. Concentrava todas as funções, como se viu anteriormente. Ensina Pinto Ferreira que, desde o início da teoria em estudo, é geralmente o Poder Executivo atribuído à pessoa ou agente político que representa a unidade do Estado: o Rei nas Monarquias; o Presidente nas Repúblicas. Mas tanto nas Monarquias quanto nas Repúblicas, entende-se que os ministros, agindo como conselheiros, também façam parte do Poder Executivo. “Assim o rei e os ministros, como o presidente e os ministros, formam a instituição específica do governo no

¹⁹⁷ Cf. o verbete “Poder Judiciário-II”, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 59, p. 136.

sentido restritivo da expressão.”¹⁹⁸ Ainda segundo o mestre brasileiro, Léon Duguit distinguiu os agentes do governo entre “agentes políticos” (eleitos pelo povo nas democracias) e “agentes administrativos” (que formam o grande corpo burocrático do Estado).

Na atualidade, segue ensinando Pinto Ferreira,¹⁹⁹ a maneira como o Poder Executivo é exercido em suas relações com a legislatura deu margem a que se formassem três espécies básicas de regimes. Tais regimes seriam: o **governo colegial (ou diretorial)**,²⁰⁰ na Suíça, e em certo tempo no Uruguai; o **governo parlamentar**, originário da Inglaterra e adotado por vários países europeus e também de outros continentes, e o **governo presidencial**, elaborado nos Estados Unidos da América do Norte, na sua Constituição de 1787. Este último depois se propagou pela América Latina, inicialmente nas emancipadas colônias espanholas, e depois para o Brasil em 1889 (fugiram a este modelo a Constituição do Uruguai de 1952 e as cartas políticas de algumas ditaduras paternalistas da América Central, afora a ditadura proletário-camponesa estabelecida por Fidel Castro em Cuba desde 1959).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dos três poderes que na doutrina clássica dividem entre si as funções do Estado, o **Executivo é hoje o mais diverso**. Lembra o autor que, entre os pais da separação dos poderes, a idéia de força era inseparável da concepção que faziam do **Poder Executivo**; daí terem apregoado ao mesmo um uso da força limitado pela lei, vindo a ser o “gládio a serviço da lei”,²⁰¹ fiscalizando a execução desta e muitas vezes a executando propriamente. Seu papel era, pois, subordinado à lei, e sua ação tinha o rumo traçado pelo Legislativo, cabendo-lhe zelar para que as resoluções do poder legislador fossem acatadas e cumpridas, sob coação, se preciso. Não poderia ser diferente numa época histórica em que o Executivo era detido pelo Rei, e em que se queria, por isso mesmo, exaltar a representação popular. Por outro lado, essa inicial pequena dimensão do Poder Executivo coincidia com as idéias do *laissez-faire*, pois era a maneira de excluir do campo econômico e social o único poder que neles tinha condições de interferir. Para a doutrina clássica do século XIX, cabia-lhe, portanto, a dupla missão da defesa externa e da manutenção da ordem interna, o que implicava a chefia da administração e a gestão das relações exteriores, da burocracia,

¹⁹⁸ Cf. o verbete “Poder Executivo-II”, de Pinto Ferreira. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 59, p. 110.

¹⁹⁹ *Idem*.

²⁰⁰ Esta forma concentra as funções de Chefia de Estado e Chefia do Governo em um “único órgão colegiado, cabendo a personificação da chefia rotativamente a seus membros.” Cf. o verbete “Poder Executivo-I”, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Op. cit.*, p. 106.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 102-3.

das forças armadas, da polícia e do funcionamento dos grandes e indispensáveis serviços públicos. Mas com o passar dos tempos a transformação do perfil do Estado, passando de não-interventor a intervencionista, por exemplo, foi acarretando novas e complexas missões ao Poder Executivo, o que também certamente foi lhe dando maior destaque na estrutura estatal.

O detalhamento dessas modificações será visto no segundo capítulo. Aqui há a preocupação apenas de destacar que aos poucos o real poder político foi se deslocando do Legislativo para o Executivo, bem como passou este a direcionar a vida econômica da sociedade, pelo controle do câmbio, do fisco, dos meios de pagamento. Ainda segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho essa mudança no caráter fundamental do poder, na sua missão, tornou imprópria a designação “Executivo”, pois este, na verdade, governava. Reconhecendo isso, várias constituições contemporâneas (como a Constituição Francesa atual, art. 20; a Constituição Italiana em vigor, Tít. III, 2ª Parte; a Lei Fundamental de Bonn, art. 62) substituíram a designação tradicional “Poder Executivo” pela de “Governo”, vindo a tornar-se comum na doutrina a referência a um “poder governamental”.

Por fim, um último aspecto no que refere às alterações encontradas atualmente no Poder Executivo centra-se no fato de nem sempre o Chefe do Estado ser o Chefe do Governo. Por tradição derivada dos tempos monárquicos, é no supremo órgão do Poder Executivo que se encontra a Chefia do Estado, a sua representação nas relações internacionais, ainda que o órgão disso incumbido não seja, muitas vezes, o mesmo que governa. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho “o Poder Executivo compreende o governo, que é sua cabeça, e a administração, que consiste em seu tronco e membros. O primeiro é o órgão ou conjunto de órgãos a que pertence a representação do todo e a tomada das decisões fundamentais, no que é de sua competência. A segunda é o conjunto de órgãos que propriamente acompanham a execução das leis e decisões em geral que a preparam; ou ainda que as executam por si. Compreende tanto o serviço civil, ou burocracia, como as forças armadas, o seu braço militarizado.”²⁰² Neste quadro, apresenta o Governo algumas figuras básicas, cuja combinação, ou fusão, dependendo do caso, estrutura suas formas. Essas figuras são o Chefe de Estado e o Chefe do Governo (que são os atores principais) e os Ministros (auxiliares e às vezes co-titulares).²⁰³

²⁰² *Ibidem*, p. 104.

²⁰³ Geralmente os Ministros são os auxiliares graduados do Chefe do Governo, a quem prestam assessoria e aconselhamento. No entanto, podem vir a ser co-titulares do poder governamental, o que, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “sucede quando este cabe a um órgão coletivo, caso em que não há um chefe do governo, mas apenas um primeiro-ministro, porta-voz do órgão coletivo”. Cf. seu verbete “Poder Executivo-I”. *Op. cit.*, p. 105.

Por **Chefia de Estado** entende-se, em última análise, “a representação tanto externa quanto interna da unidade do Estado. O titular dessa chefia é quem simboliza, aos olhos dos estrangeiros, o Estado; aos olhos do cidadão, a unidade nacional, o passado, o presente e o futuro comuns. Personalizando a permanência e a integridade do Estado, é o guardião dos interesses perenes, dos valores tradicionais.”²⁰⁴ Por sua vez, o caráter da função recomenda que o Chefe de Estado seja sempre uma pessoa cuja circunscrição e equilíbrio estejam acima de qualquer suspeita. Por isso, excluindo-se o caso nato das monarquias, nos demais Estados onde essa função não está fundida com a de Chefe do Governo, **a escolha do seu titular é geralmente feita de forma indireta**, como por exemplo na Alemanha.

Por **Chefia do Governo** entende-se, ainda conforme o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a liderança na política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa. É o chefe do governo o guia da nação em busca de um alto destino, como cabeça de sua estrutura política. É a mola de sua marcha para a conquista dos objetivos de cada dia, sem os quais não se vive. A ele compete a primeira palavra na determinação e condução na política nacional.”²⁰⁵ **A escolha do Chefe do Governo geralmente é direta**, feita pelo povo em eleições amplas e pelo voto popular, ou também pode ser feita por um colégio representativo do povo, mas sempre, nas democracias, deve ele exprimir a vontade política do soberano, que é o povo. A primeira fórmula – escolha direta – é típica do Presidencialismo, e a segunda – escolha indireta ou de segundo grau – é mais comum no Parlamentarismo.

Das muitas alterações que possa ter sofrido o **Poder Legislativo** a partir da clássica formulação de Montesquieu, a mais visível e incontestável é a **perda** daquele **protagonismo** com o qual havia nascido. E isto é obra principalmente do século XX, quando, aos poucos, foi se passando do ideal de supremacia do Legislativo, tal como se praticava na Inglaterra, à predominância efetiva do Poder Executivo. Esta mudança substancial, com algumas variantes, operou-se tanto no Parlamentarismo quanto no Presidencialismo, sobretudo porque deveu-se à mudança do próprio papel do Estado, que foi deixando de ser liberal para assumir uma conotação intervencionista, conforme já foi visto acima. **“Reconhecem-se hoje as urgências do Executivo, a inevitabilidade de que disponha de iniciativa legislativa que lhe permita**

²⁰⁴ Ibidem, p. 104-5.

²⁰⁵ Ibidem, p. 105.

agir de acordo com as imposições que nem sempre podem ser compreendidas, ou compreendidas a tempo, por quem não tem que tomar as decisões diretamente.”²⁰⁶

Neste aspecto do **engrandecimento do Poder Executivo em relação aos demais poderes do Estado**, é preciso, no entanto, ter muito cuidado para não relevar ações empreendidas pelo Executivo em nome das necessidades do povo, como o faria um autêntico Estado Social Intervencionista, quando na verdade possam as mesmas não ter tanto cunho social assim, vindo a ser meras figuras de retórica e configurar, portanto, um claro **abuso de poder**. Este questionamento e esta preocupação motivam em grande parte esta tese, e serão melhor trabalhados em itens e capítulos específicos abaixo.

A esse respeito apenas assinale-se que, se por um lado tal fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Legislativo aconteceu em ambos os sistemas de governo, pelo menos no Parlamentarismo parece haver maior garantia de possibilidades de gestão negociada, mormente pelos instrumentos de controle político que apresenta.

Já no **aspecto material das funções do Estado**, Léon Duguit teve um importante papel na crítica à formulação do princípio em análise. Em sua clássica obra “A separação de poderes e a Assembléia Nacional de 1789”, publicada em 1893, selecionou as intervenções, quase sempre textuais, dos protagonistas do importante momento vivo em que foi discutido e implantado o princípio da separação dos poderes na França, quais sejam, os debates dos primeiros constituintes, ocorridos de 1789 a 1791. Das raízes do Direito Público contemporâneo o autor resgatou o pensamento dos autênticos constituintes revolucionários. Analisando-os afirmou ser a separação dos poderes uma “ilusão” que não poderia ser concebida do ponto de vista lógico, porque para ele qualquer manifestação de vontade do Estado exigiria o “concurso de todos os órgãos que constituem a pessoa Estado”, e não ações em separado. Manteria por toda a sua vida o rechaço à separação dos poderes tal qual ele a entendeu, quer dizer, como uma separação rígida e absoluta de poderes. Defendia ele não uma “separação dos poderes”, mas um sistema que repousasse na “colaboração” e na “solidariedade” entre os poderes.²⁰⁷ Ainda em 1921, na obra “Manual de Direito Constitucional”, lia-se em Duguit:

Se há muitos órgãos de representação, a soberania não pode ser dividida em muitos elementos e não se pode atribuir, com o nome de *poder*, a cada um destes órgãos, um elemento parcial da soberania, a qual permanece, e não pode menos

²⁰⁶ Cf. KEINART, Rubem Cesar. *O que é Parlamentarismo*. P. 80 (com grifos acrescentados).

²⁰⁷ Cf. DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. P. 3-4.

que permanecer, apesar desta divisão, una e indivisível. A soberania é, efetivamente, a vontade da nação-pessoa; toda pessoa é indivisível; toda vontade que dela emana também o é. Este conceito de um poder soberano, a um mesmo tempo uno e trino, que sem deixar de ser uno, se descompõe em três poderes independentes, é um conceito metafísico, análogo ao mistério cristão da Trindade, e que seduziu os espíritos, às vezes quiméricos, dos homens da Assembléia de 1789, porém que é inadmissível quando se trata de uma Constituição verdadeiramente positiva do direito público. Quando há muitos órgãos de representação, todos eles colaboram forçosamente em tudo o que constitui a atividade geral do Estado, porém seu modo de participação é naturalmente diferente, achando-se regulado pela Constituição peculiar de cada país, de sorte que o que impropriamente se chama separação de poderes, não é mais que a diversidade de participação, o diferente modo de atuar dos diversos órgãos, na atividade geral do Estado.²⁰⁸

Em todo caso, a crítica ao princípio da separação dos poderes não foi uma postura isolada ou singular de Duguit. Anos antes da publicação de seu trabalho, outros teóricos questionaram o sentido e a validade prática do dogma revolucionário (como E. Fuzier-Herman e A. Saint Girons, quando nos marcos das leis constitucionais de 1875 tentava-se consolidar um regime parlamentarista de colaboração de poderes). No entanto, foram as observações de Duguit que se converteram em elementos centrais da discussão sobre o tema durante os últimos anos do século XIX e os primeiros do XX, ao ponto de dois dos grandes teóricos do juspublicismo francês da época, Esmein e Carré de Malberg, terem feito eco de suas críticas.

De certa maneira isso foi retomado muitos anos depois por Hans Kelsen, o qual ao tratar do papel histórico da separação de poderes advertiu que o princípio da separação dos poderes não poderia ser entendido rigidamente como se as três funções de um mesmo Estado constituíssem compartimentos isolados, incomunicáveis entre si. Para ele, mais acertado seria falar em “divisão” e não em “separação” dos poderes, pois entendia que “as funções originalmente combinadas na pessoa do monarca não foram ‘separadas’, mas antes divididas entre o monarca, o parlamento e os tribunais. Os ‘poderes’ legislativo, executivo e judiciário, que os que formularam o princípio de separação tinham em mente, não são três funções do Estado distintas logicamente, mas as competências que o parlamento, o monarca e os tribunais adquiriram ao longo da história na chamada monarquia constitucional.”²⁰⁹ Kelsen via o significado histórico do princípio da separação dos poderes precisamente no fato de que dito

²⁰⁸ Cf. a apresentação de Pablo Pérez Tremps a DUGUIT, L. Op. cit., p. xv.

²⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. P. 274.

princípio operava "**antes contra uma concentração que a favor de uma separação de poderes**".²¹⁰

Ao abordar em sua obra a questão do "poder do Estado", entendendo a "soberania" como a característica definidora desse poder, disse Kelsen que "embora se sustente que a unidade do poder é tão essencial quanto a unidade do território e do povo, pensa-se, não obstante, que é possível distinguir três diferentes poderes componentes do Estado: o poder legislativo, o executivo e o judiciário."²¹¹ Esclareceu o autor que quando se fala dos "três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado".²¹²

Também Louis Althusser, servindo-se da tese do jurista Charles Eisenmann, referiu-se criticamente ao que denominou "mito da separação de poderes". Iniciou sua análise por duas indagações: "Quem não conhece a teoria que pede que em todo bom governo se distinga rigorosamente o *legislativo* do *executivo* e do *judiciário*? Que se deve assegurar a *independência* de cada poder para receber desta *separação* os benefícios da *moderação*, a *segurança* e a *liberdade*?"²¹³ Para ele, Eisenmann havia conseguido demonstrar que a **rigorosa e pura separação de poderes simplesmente não existia** em Montesquieu, uma vez que um poder tinha ingerências sobre o outro. Exemplos seriam o fato de o Executivo poder interferir no Legislativo pelo poder de veto, ou o fato de o legislativo poder inspecionar o Executivo, posto que controla a aplicação das leis que votou e também pode pedir contas aos ministros sem que isso seja questão de "responsabilidade ministerial", e por fim, os casos de interferência do Poder Legislativo no Judiciário (já levantados no item anterior deste estudo).

Viu-se, assim, que em geral Montesquieu foi mais fortemente censurado porque sua teoria apregoaria uma **separação branda ou moderada dos poderes, e não uma separação rígida e totalmente independente** como o queriam os seus intérpretes puristas. Parece que inclusive aqui faz-se necessário ponderar apelando para o "equilíbrio" entre ambas as interpretações, eis que provavelmente a sua teoria não foi gestada nem para ser tão rígida, nem para ser tão branda. Explica-se: se tivesse sido criada para ser tão "moderada", não se justificariam as tantas exceções localizadas em seu texto original, justamente porque se assim fosse, elas poderiam ser a regra, e não a exceção, caso em que o pretense "princípio" da

²¹⁰ Idem (com grifos acrescidos).

²¹¹ Ibidem, p. 250.

²¹² Idem.

²¹³ Cf. ALTHUSSER, Louis. El mito de la separación de poderes. In: SUBIRATS, Joan et al. Op. cit., p. 102.

separação dos poderes estaria vazio de conteúdo. Por outro lado, se, embora pretendendo manter composições e funções próprias para cada poder, com isso procurando manter a independência entre eles, admite a teoria as referidas exceções (que exatamente como exceções permitem a interferência de um poder sobre o outro), é preciso lembrar que isso se dá **em função da lei**: ou em torno da sua elaboração, ou da sua aplicação no julgamento de casos contenciosos, ou da sua execução na esfera da administração. E não se pode esquecer que, no fim e no início de toda essa concepção de Montesquieu, esteve sempre a questão da “liberdade política” das pessoas, embora não ainda a concepção moderna da liberdade, como autonomia dos cidadãos frente ao poder. A liberdade que ele procurou estabelecer foi a “liberdade política em sua relação com a constituição” (título do Livro XI), aquela que não consiste em se fazer o que se quer, mas em “fazer tudo o que as leis permitem.”²¹⁴ A liberdade política estaria assegurada, em última análise, pela lei, ou seja, desde que o cidadão obedecesse à lei, e só à lei.

Numa ou noutra versão, conforme as principais interpretações que dela se façam, criticada ou defendida, o que importa é que a separação dos poderes ocupou, e continua ocupando, mais de dois séculos e meio após a sua formulação, um lugar central na doutrina do Direito Público,²¹⁵ servindo ainda hoje de critério para a classificação mais difundida dos regimes políticos. “Poucas teorias resistiram no tempo, com tanta força, quanto a teoria da separação dos poderes” diz Vera Grillo.²¹⁶ Embora isso, adverte Jacques Chevallier ser vão e ilusório pretender erigir o princípio da separação dos poderes em critério de classificação dos regimes políticos de tipo liberal, isto porque o que difere de um regime ao outro não é a adesão ou a não adesão ao princípio, mas a interpretação que a ele é dada, através das condições concretas de organização das diferentes funções estatais.²¹⁷

Por fim, é preciso atentar para o seguinte: as duas doutrinas vistas acima foram criadas para realidades históricas concretas, embora a de Montesquieu tenha tido mais pretensões teóricas universais do que a de Locke. No entanto, a de Locke foi gestada tendo em vista uma Monarquia Constitucional Parlamentar e a de Montesquieu, embora tivesse se dirigido a uma

²¹⁴ Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 114.

²¹⁵ Em que pesem algumas opiniões doutrinárias de que o “mito” da separação dos poderes se tenha transformado numa técnica obsoleta e ultrapassada e a partir disso lhe serem apresentados novos rumos, a doutrina permanece no que lhe é primordial. Por esta razão nem serão analisadas aqui as novas propostas, como é o caso da divisão tripartida oferecida por Karl Loewenstein em sua *Teoria da Constituição*, que contemplaria: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*). Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. P. 62.

²¹⁶ Cf. GRILLO, Vera de Araújo. A teoria da separação dos poderes e a hegemonia do poder executivo. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. P. 113.

²¹⁷ Cf. CHEVALLIER, J. Op. cit., p. 56.

hipotética e logo depois nascente monarquia limitada constitucionalmente,²¹⁸ não contemplava, por exemplo, a “função de Governo”. A partir disso, interpreta-se que na prática os distintos sistemas de governo da atualidade devam fazer as “adaptações” ou “correções” à separação dos poderes,²¹⁹ sem, no entanto, desvirtuar o sentido clássico da teoria. Abaixo ver-se-á como se dá contemporaneamente, regra geral, a aplicação dessa teoria nos Estados que adotam sistemas ou formas de governo parlamentaristas ou presidencialistas.

1.2.2.1 – Funções típicas e atípicas dos poderes constituídos

Antes de passar a examinar as especificidades da aplicação da teoria da separação dos poderes conforme os Estados Parlamentaristas e Presidencialistas, parecem necessárias rápidas e gerais palavras acerca da definição do que seriam as funções típicas e atípicas de cada um dos três poderes instituídos por uma Constituição em qualquer Estado de Direito - o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.²²⁰ Optou-se por fazê-lo tomando por base as funções apregoadas pela teoria clássica, vastamente contempladas em item *supra*, a partir daí operando por exclusão, ainda que isso possa parecer simplista.

Assim, em que pesem as fundamentais diferenças entre Parlamentarismo e Presidencialismo, em cada um deles cada poder possui uma **função** que é a **típica**, a principal, que define e diferencia substancialmente um poder dos demais, mas também reúne algumas outras funções menores, secundárias, ditas **atípicas**. A partir disso, tudo o que não for estritamente “administrar” será considerado função atípica para o Poder Executivo, assim como tudo o que não for “criar legislação” (incluída aí a função constituinte) integrará a função

²¹⁸ “Inclinado para a monarquia constitucional, mas tolerante para as formas republicanas, Montesquieu defendeu a separação dos poderes como técnica para garantir a liberdade individual.” Cf. o verbete “Separação de Poderes-I”, de Djacir Menezes. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., vol. 68, p. 201 (com grifos acrescidos). Observe-se que sua teoria comprovou, na seqüência histórica, ser útil tanto à Monarquia Constitucional (Constituição Francesa de 1791), quanto à República (Constituição Americana de 1787).

²¹⁹ Infere-se isto até da lição de Konrad Hesse sobre a necessidade de flexibilização de toda Constituição que albergue tal princípio. Para ele, se uma Constituição “pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a **divisão de poderes** há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. **Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura**, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente - no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela **ultrapassou os limites de sua força normativa**. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados.” Cf. HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. P. 21 (grifou-se).

²²⁰ Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho poderes “instituídos” ou “constituídos” são todos os que o Poder Constituinte estabelece, costumando ser o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o próprio “Poder de Revisão”, ou “Poder Constituinte constituído”. Cf. seu verbete “Poderes Constituídos”. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. V. 59, p. 102.

atípica do Poder Legislativo e, por fim, tudo o que não for “julgar/aplicar as leis” (incluindo o controle de constitucionalidade), caracterizará a função atípica do Poder Judiciário.

Como cada poder exerce preponderantemente uma função, e secundariamente as duas outras, é da preponderância que advém a tipicidade da função, e da secundariedade, a atipicidade, conforme explicação de Michel Temer.²²¹ Dá-se assim o processo de “interpenetração dos poderes”,²²² na acepção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Deste modo,

O Poder legislativo se expressará preferentemente através da lei, a qual é um ato de inovação ou modificação do Direito, caracterizada por sua natureza abstrata e sua eficácia geral. O Poder executivo se expressará através dos atos administrativos que aplicam ou executam a lei imperativamente nos níveis concretos. Por sua parte a manifestação típica do Poder judiciário é a sentença, que é uma decisão imparcial que põe fim, também imperativamente, a um conflito de interesses suscitado por partes com pretensões contrapostas que buscam seu amparo jurídico ante os juízes.²²³

Há que se observar que esta seria a delimitação das funções típicas dos poderes em consonância com a teoria clássica, ou seja, seria a aplicação da “fórmula” teórica. Já determinar em última instância quais seriam todas as funções atípicas de cada poder requereria a análise detida da Constituição de cada Estado, sobretudo porque todos os poderes constituídos dela tiram sua força, recebendo dela também suas competências e limites. Na seqüência, serão apresentadas as individualizações de tais funções típicas e atípicas em três Estados, a saber: Espanha, Itália e Brasil.

Antes, porém, importa lembrar que embora seja possível essa “flexibilização” do princípio da separação dos poderes, é preciso manter-se o núcleo essencial das funções típicas de cada um dos três poderes. É precisamente esta a advertência de Canotilho, ao tratar da “teoria do **núcleo essencial**”, absolutamente protegido pela Constituição. “Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o **esvaziamento das funções** especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.”²²⁴ Daí decorre que uma atuação atípica constitucionalmente conferida a um poder não pode implicar usurpação dessa função do poder

²²¹ Cf. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*[a]. P. 129.

²²² Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional* [1987]. P. 126.

²²³ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 69.

²²⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 517 (grifou-se).

que a tem como própria, e isto porque o princípio da separação quer traduzir justamente a proibição do “monismo do poder”. Vale dizer, para o caso particular desta tese, que o Poder Executivo pode legislar, mas sem que isso importe uma apropriação da função legislativa, originariamente atribuída ao Poder Legislativo.

1.2.2.2 – Breves considerações acerca da separação dos poderes nos Estados Parlamentaristas em geral

Inicialmente, o que é o Parlamentarismo? Conforme Pinto Ferreira, em sua acepção ampliativa, é a **dominação política do Parlamento**, e em sua acepção técnica restritiva, é o **sistema de governo baseado na vinculação do Executivo ao Legislativo**, pela qual o Chefe do Executivo, em geral o Chefe do Gabinete de Ministros, depende da confiança do Parlamento (este o corpo colegiado dos representantes do povo). Para Léon Duguit, referido por Pinto Ferreira, deveria ser o Parlamentarismo entendido “como um equilíbrio, uma coincidência de vontades entre o gabinete e o Parlamento, de tal forma que, quando há uma desarmonia de vontades entre o gabinete e o Parlamento, o gabinete é obrigado a apresentar sua demissão”,²²⁵ e se não o faz, o próprio Parlamento, num caso extremo, pode decretar a sua queda. Mas por outro lado também o gabinete, isto é, o Governo, poderá usar contra o Parlamento uma arma drástica, que vem a ser o direito de dissolvê-lo, ou de pedir a sua dissolução ao Chefe do Estado. Logo, “o direito de dissolução do Parlamento é a prerrogativa que tem o Executivo de dissolver os corpos legislativos antes do término normal de suas funções, convocando novas eleições.”²²⁶ É assim que se constrói o **equilíbrio entre estes dois poderes** no sistema parlamentarista.

Pode parecer que a inicial não referência ao Poder Judiciário signifique um menosprezo desta função no Parlamentarismo, o que não é verdade, eis que o mesmo se dará quando da definição do Presidencialismo; significa apenas, como bem explica Gianfranco Pasquino, que a própria análise das Formas de Governo atende exatamente à “dinâmica das relações entre o poder executivo e o poder legislativo e respeita, em particular, as

²²⁵ Cf. o verbete “Parlamentarismo-I”, de Pinto Ferreira. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 57, p. 127.

²²⁶ *Ibidem*, p. 138.

modalidades de eleição dos dois organismos, ao seu título de legitimidade e à comparação das suas prerrogativas.”²²⁷

Historicamente o Parlamentarismo surgiu na Inglaterra, no século XVII, por ocasião da Revolução Gloriosa de 1688, embora tivesse raízes históricas mais antigas naquele país, remontando ao século XIII. De maneira geral, o Governo Parlamentar nasceu, se desenvolveu e atingiu sua mais elevada expressão nas monarquias constitucionais, especialmente no âmbito da monarquia britânica. Outro exemplo luminoso, citado por Gianfranco Pasquino é o das monarquias escandinavas. No entanto foi da Inglaterra que o modelo se distendeu por outros países, especialmente àqueles de língua saxônica, como as próprias ex-colônias inglesas, caso do Canadá, da Austrália, da Índia, entre outros.

O elemento diferenciador de maior relevo entre os vários tipos de Governo Parlamentar é apontado por Gianfranco Pasquino como sendo a natureza do sistema partidário, sublinhando que, de fato “onde existem só dois partidos, ou, então, um partido obtém sozinho a maioria absoluta das cadeiras, a Forma de Governo parlamentar apresenta características de solidez e de estabilidade maiores que quando o Governo é formado por coalizões de vários partidos.”²²⁸ O **modelo inglês**, dito **clássico**, enquadra-se no primeiro caso, pois apresenta dois únicos partidos com condições de obter a maioria absoluta das cadeiras do Parlamento e, em função disso mesmo, a incumbência de formar o Governo a partir das eleições é confiada automaticamente pelo Chefe de Estado (a Rainha) ao líder do partido da maioria. E é assim que, nos sistemas parlamentares formados segundo o modelo britânico (denominado *cabinet government*), “o primeiro-ministro o é enquanto líder do partido da maioria”, sendo esta coincidência de cargos fundamental para assegurar a coesão e a disciplina do grupo parlamentar, garantindo assim, a tradução do programa governamental em leis. Mas ao lado desse sistema britânico, baseado no Governo exclusivo do partido de maioria e na sua “**coesão**”, existem também os chamados Governos de “**coalizão**”, próprios das **democracias continentais européias**, particularmente as escandinavas, onde devido a **sistemas multipartidários**, o desafio maior passa a ser a composição de uma maioria governativa entre vários partidos, que seja de uma suficiente homogeneidade e que tenha uma adequada duração.

²²⁷ Cf. PASQUINO, Gianfranco. Formas de Governo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. P. 517.

²²⁸ *Ibidem*, p. 518 e passim.

Nesta análise, é o exemplo do parlamentarismo desenvolvido pelos franceses, no entanto, que serve de paradigma para evidenciar aqueles muitos casos históricos em que o modelo da forma de governo adotado pode sofrer tantas alterações de percurso, a ponto de perder suas iniciais características. O Parlamentarismo foi instituído na França por volta de 1814, quando da escolha de Luis XVIII como rei, e ao longo da história foi sofrendo muitas adaptações em relação ao clássico modelo inglês, chegando a, na atual realidade da “Quinta República”, ser por muitos especialistas apontado como um “semipresidencialismo”.²²⁹ Acontece que lá, devido à endêmica instabilidade das coalizões governamentais (estas necessárias em virtude do multipartidarismo), a partir de 1958 o quadro político-institucional levou a uma proeminência do Presidente da República, o qual passou a deter tantos poderes, que o regime afinal descaracterizou-se. Em verdade o Parlamentarismo adotado em 1958 foi desde o início muito complexo, eis que, embora sem a presença de uma monarquia, previa a figura do Poder Moderador, atribuída ao Chefe do Estado. A Constituição previa o mecanismo da doutrina de Benjamin Constant, no art. 5º, nestes termos: “O Presidente da República vela pelo respeito da Constituição. Assegura, por sua arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos, bem como a continuidade do Estado.” A explicação histórica para a necessidade desse poder que pairasse acima das paixões partidárias e equilibrasse os três poderes remonta aos fins da Segunda Guerra Mundial, quando em 1946, foi defendida pelo General Charles de Gaulle, no quadro mais amplo da organização política que entendia ser adequada à França. Por outro lado, embora inicialmente a eleição do Presidente da República fosse obra de um colégio de notáveis, com uma reforma constitucional operada em 1962 passou ele a ser eleito diretamente pelo povo, adquirindo assim a sua legitimação junto ao corpo eleitoral nacional. Isto é precisamente o que configura a mais relevante semelhança com a forma de Governo Presidencialista estadunidense.²³⁰ Mas ao lado desta semelhança com o Presidencialismo, está também a maior diferença, encontrada no fato de o Presidente da República francesa não ser ao mesmo tempo o Chefe do Governo, além de a ele competir a nomeação do Primeiro-Ministro (que dele dependerá de fato) e dos ministros propostos por

²²⁹ Em sentido contrário posiciona-se Miguel Debré, salientando tratar-se de Constituição verdadeiramente parlamentarista, eis que nela está previsto o processo básico do parlamentarismo, qual seja, a responsabilidade política do gabinete perante a Assembléia ou Câmara Baixa. Apud FERREIRA, Pinto. *Parlamentarismo-I*. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Op. cit.*, p. 133.

²³⁰ Jean Luc Parodi diz que só no sistema executivo francês - curioso e único nas democracias ocidentais - se pratica essa mistura de uma eleição presidencial com sufrágio universal e de uma prática do direito de dissolução conferido ao Presidente da República. Na França para poder conquistar-se verdadeiramente o poder é preciso ganhar duas eleições (a eleição presidencial e a eleição legislativa), sendo que para a primeira a duração do mandato é de sete anos e para a segunda de cinco, o que pode acarretar problemas quando, após exercidos cinco anos de mandato pelo Presidente, a vontade do sufrágio universal lhe retira a maioria na Assembléia Nacional. Assim, pelo resultado da eleição legislativa ele pode “perder”, ocasião em que sói ocorrer uma transferência de poder, tomando-se o novo Chefe do Governo o verdadeiro líder do Executivo, o que normalmente não é a regra na hierarquia de poder que se estabeleceu de 1958 para cá. Pela hierarquia habitual “o Executivo, isto é, o Presidente da República, o seu governo, os seus ministros e, em primeiro lugar, o primeiro-ministro, é dominado pelo Presidente. É ele, Presidente, que foi eleito pelo voto universal, foi ele que em sua maioria parlamentar escolheu entre muitos outros aquele que será o seu primeiro-ministro, e será com o acordo deste que ele vai nomear os ministros.” Essa hierarquia não esconde, porém, que o Presidente só pode agir por meio do intermediário do governo. Assim é possível que um Presidente que governe com a plenitude dos poderes rapidamente perca uma parcela desses poderes, se houver um conflito com seu governo. Cf. PARODI, Jean Luc. Na França, o regime é o ‘semipresidencial’. *Revista do Serviço Público*, n. 6, p. 17.

este último com a sua concordância. A rigor, o Governo não necessita de um voto explícito de confiança da Assembléia, embora esta possa votar uma moção de desconfiança, caso em que o Presidente da República poderá decidir se aceita a demissão do Governo ou se dissolve a própria Assembléia.²³¹

Apesar dessa forma de Governo um tanto híbrida, foi a França a nação que mais profundamente influenciou a concepção latino-americana do Parlamentarismo,²³² legando uma imagem deformada desse sistema, conforme esclarecimento de Pinto Ferreira, eis que não decalcada da pátria de origem, da matriz inglesa.

Depois do final da Segunda Guerra Mundial houve um reflorescimento do Parlamentarismo. Explica-se: cansados de um Executivo forte, vários países que estavam sob regime fascista e antiparlamentar ou que colaboraram com a ocupação nazista, voltaram ao Parlamentarismo ou o adotaram pela primeira vez em sua história. Atualmente são países parlamentaristas, entre outros: Inglaterra, Escócia, Gales, Irlanda, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Itália, Espanha, Alemanha, Japão, Holanda, Bélgica, Áustria, Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Tailândia, Israel. Quase todos guardam diferenças entre si, mormente nas relações entre Executivo e Legislativo, nada porém que comprometa a existência mesma do regime parlamentarista (ressalvando, talvez, a já nominada experiência francesa).

Para Pinto Ferreira,²³³ o Parlamentarismo representa uma etapa decisiva no desenvolvimento da civilização política, porque permite a orientação do governo pela vontade da maioria, mas de acordo com a lei estabelecida e respeitando os direitos da minoria. Dessa maneira consegue-se um controle mais profundo do eleitorado na resolução dos problemas nacionais, na defesa da liberdade e na salvaguarda democrática da opinião. Isto tudo é possível porque na convivência entre os poderes no Parlamentarismo **predomina o Poder Legislativo, órgão representativo por excelência.**

O mesmo constitucionalista fornece as três características básicas do Parlamentarismo: a existência do Parlamento como uma força de dominação política; a vinculação ou dependência do gabinete em relação ao Legislativo, o que é sua nota essencial; e a existência de dois titulares no Poder Executivo. A titularidade deste Executivo dito “dualista”, ou

²³¹ Cf. PASQUINO, G. Formas de Governo. Op. cit., p. 520-1.

²³² Cf. o verbete “Parlamentarismo-I”, de Pinto Ferreira. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., vol. 57, p. 132. De toda maneira, foram mínimas as experiências concretas de opções pelo sistema parlamentarista na América Latina. Conforme é explicitado na nota de rodapé número 341, somente o Chile, o Peru e o próprio Brasil experimentaram modelos constitucionais de organização do poder político-estatal de corte próximo ao Parlamentar.

²³³ Cf. FERREIRA, Pinto. Parlamentarismo-I. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., p. 126 e passim.

“bicéfalo”, varia de acordo com o tipo de **Parlamentarismo**, se **Monárquico** ou **Republicano**, conforme as tradições históricas de cada país.

Assim, do ponto de vista da teoria da separação dos poderes, o Parlamentarismo é o regime que encerra a **forma mais complexa de Poder Executivo**, qual seja, o **Executivo Dualista**, no qual a Chefia do Estado (o Rei na Monarquia e o Presidente na República) é formalmente separada da Chefia do Governo. Esta geralmente era confiada a um órgão colegiado (o Conselho, ou Gabinete de Ministros), mas, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a tendência atual é atribuí-lo a órgão unipessoal (como o Presidente do Governo na Espanha, o Chanceler na Alemanha, o Presidente do Conselho de Ministros na França e na Itália), reduzindo-se os ministros à sua tarefa de assessoria e conselho. Nesta estrutura, o Chefe do Estado também pode receber a denominação de “Executivo de Representação”, e o Chefe do Governo, “Executivo de Ação”.

Como é característica no Parlamentarismo a separação entre Chefia do Estado e Chefia do Governo, há que se arrolar também as atribuições do primeiro. Independe para a definição de suas funções o fato de ser o Chefe do Estado um Monarca ou um Presidente de República, pois, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é do seu caráter que decorrem as **funções típicas** que lhe são atribuídas pelo Direito Comparado, quais sejam: “a presidência das cerimônias cívicas, a representação nos atos solenes internacionais, como a recepção formal de embaixadores, o grão-mestre das ordens honoríficas, a nomeação para certos cargos ou funções não-políticas, o conselho nas crises e nos problemas e, mesmo, a arbitragem nos conflitos políticos.”²³⁴

Quanto à escolha do Monarca, sendo as Monarquias hereditárias, não há o que comentar. Já o Presidente da República, no Parlamentarismo, geralmente é eleito pelo Parlamento, isto é, de maneira indireta, como o foi na França de 1875 e de 1946, e como atualmente o é na Itália, com a Constituição de 1947; mas às vezes o método varia, a exemplo da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que previa a eleição direta do Presidente pelo próprio povo. Isto também se dá atualmente na França, desde a já referida reforma constitucional de 1962.

Regra geral, a Chefia do Governo Parlamentar cabe ao líder do partido majoritário na Câmara dos Deputados (isto porque os membros dessa Câmara foram, classicamente, os eleitos pelo povo), o qual escolherá entre os seus colegas de partido ou de uma coalizão

²³⁴ Cf. o seu verbete “Poder Executivo-I”. Op. cit., p. 105.

majoritária (apenas eventualmente convida-se alguém estranho aos quadros da Câmara) os demais componentes do seu Gabinete, formando assim o conjunto dos membros do Governo Executivo.²³⁵

Pode-se dizer que foi justamente no Sistema Parlamentarista que mais se fizeram “correções”, ou melhor dito, **adaptações à teoria da separação dos poderes**, isto porque pela sua própria natureza o parlamentarismo implica a adoção de um modelo de Governo baseado no nexos que é estabelecido entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Com efeito, são especialmente notáveis, na interpretação parlamentarista ao princípio da separação dos poderes, algumas peculiaridades que obviamente não constam na teoria clássica de Montesquieu, notadamente o fato de o Governo ser sustentado por uma maioria parlamentar. O Governo surge, assim, do apoio que lhe é tributado pela maioria parlamentar, e somente perdura enquanto se mantém a **confiança** que esta lhe endereça. Mas, por outro lado, em tendo o Parlamentarismo toda uma trama institucional, que se baseia em última instância na democracia representativa, também ao Governo se reconhece um instrumento capaz de equilibrar os meios de controle parlamentar de modo que, em caso de insolúvel contraste de critérios entre o Governo e a Câmara, possa o povo decidir o conflito de orientações políticas por meio de novas eleições; isso é possibilitado pelo instrumento chamado “**dissolução do Parlamento**”, um direito que cabe ao Governo. De aí ser legítimo falar-se em “**colaboração de poderes**” ao referir-se ao parlamentarismo.

No entanto, Manuel Pastor adverte que, justamente pelas múltiplas transformações ou modificações experimentadas pelo Estado Parlamentarista contemporâneo, sofreu o princípio institucional da separação dos poderes pelo menos duas incidências importantes, senão veja-se.

A primeira dessas incidências está atrelada precisamente à já aludida colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo. Como foi visto anteriormente, nas Monarquias limitadas, o princípio institucional da separação dos poderes correspondia à atribuição de cada um dos três poderes a forças sociais diferentes, permitindo assim entre elas o contrapeso de suas respectivas influências com o jogo de controle mútuo implicado pela clássica versão do princípio. Mas esse sentido inicial da separação fica não só comprometido, mas efetivamente perdido, quando o Poder Executivo passa a ser ocupado por governos emanados da maioria parlamentar, eis que aí se dá uma homogeneidade entre os titulares dos dois poderes, o que é ademais corroborado pelos partidos políticos da maioria enquanto agentes da dinâmica

²³⁵ Cf. KEINART, Rubem Cesar. Op. cit., p. 25.

política nas duas instituições. Assim, de independentes entre si, os dois órgãos passam a ter uma composição, e muito provavelmente, uma atuação tendenciosa. Manuel Pastor vê essa “atuação tendenciosa” como algo positivo, pois estabeleceria entre um e outro órgão uma série de controles e interações recíprocas que iriam em benefício da liberdade dos cidadãos, por impedirem a concentração do poder de decisão política em mãos únicas e também porque possibilitaria o funcionamento do princípio majoritário como critério de adoção de decisões, ao mesmo tempo em que respeitaria as minorias, que do Parlamento controlariam o Governo.²³⁶

Por outro lado, a separação dos poderes seria um princípio tendencial no Parlamentarismo não apenas pelo *continuum* Parlamento-Governo, mas também porque o Parlamento já não possui mais, na realidade concreta, o monopólio da produção legislativa, justamente porque hoje em dia se reconhece ao Governo a competência para ditar normas com força de lei.²³⁷ Mas este, por ser um assunto central desta tese, será melhor detalhado no segundo capítulo da mesma.

Por ora passa-se a ver as funções típicas e atípicas dos poderes no Parlamentarismo, utilizando dois casos paradigmáticos para esta tese, quais sejam, o do Parlamentarismo Espanhol e o do Parlamentarismo Italiano. São principalmente dois os motivos que permitem alçar esses casos a paradigmas: em primeiro lugar porque um dos modelos é monárquico e o outro republicano, o que permite se faça uma análise abrangente do parlamentarismo como um todo, isto é, em suas duas vertentes; e em segundo lugar porque justamente a partir das informações a serem colhidas nessas duas experiências constitucionais a respeito de suas atribuições legislativas ao Poder Executivo é que se fará, ao final desta tese, a análise mais específica da recente tentativa de aperfeiçoamento do equivalente no sistema brasileiro.

1.2.2.2.1 – A separação dos poderes no Parlamentarismo Espanhol – Funções típicas e atípicas dos poderes, com relevo para o papel do Rei e a responsabilidade do Presidente do Governo

Antes de ver as funções típicas e atípicas de cada poder no Parlamentarismo Espanhol, convém trazer uma reflexão de Manuel Pastor que se acredita válida tanto para o Parlamentarismo Monárquico, quanto para o Republicano. Segundo o autor **não há uma**

²³⁶ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 73.

²³⁷ Idem.

coincidência total entre ordens orgânicas e funções materiais na separação dos poderes do Estado. Efetivamente, no Parlamentarismo torna-se evidente que o parlamento – Poder Legislativo – não goza nunca de um total monopólio da função normativa, na medida em que o Governo e a Administração contam com a importante potestade regulamentária. Do mesmo modo, os juízes não somente regulam amplos setores da organização interna do Poder Judiciário e executam atos materialmente administrativos no mesmo âmbito, como também na medida em que interpretam as normas jurídicas, acabam por integrá-las e complementá-las, incidindo de certa maneira sobre as funções do Legislativo e do Executivo. Mas os parlamentos também se auto-organizam, realizando atos de auto-administração e de autojurisdição. E, por último, em determinadas ocasiões o Poder Executivo atua com critérios jurisdicionais (resolução de recursos).²³⁸

Com isso espera-se facilitar a compreensão da divisão das funções entre típicas e atípicas a ser vista na seqüência. Far-se-á a análise dos poderes na Constituição Espanhola de 1978 (promulgada em 31 de outubro e ratificada por *referendum* popular em 6 de dezembro daquele ano) nesta ordem: Poder Executivo enquanto Chefe do Estado e Chefe do Governo, Poder Legislativo, Poder Judiciário.

Ao tratar-se de um Parlamentarismo Monárquico inicialmente há que se retomar as já anteriormente descritas formulações de Benjamin Constant acerca do Poder Real ou Moderador. É bem verdade que nos Parlamentarismos Monárquicos ainda hoje existentes na Europa - com destaque para a Inglaterra e a Espanha - o Rei ou a Rainha, enquanto Chefes de Estado, já não desempenham mais tão fortemente aquele papel de arbitragem e moderação apregoado por Constant. De fato, o que se observa é que a função moderadora foi se esmaecendo, chegando ao final do século XX mais como um mito que remete a outros tempos do que como um poder com alguma real interferência no curso dos acontecimentos. Pode-se dizer que mais do que ser um poder isolado, compõe o Poder Executivo. Assim, o monarca possui mais prestígio moral do que influência política, embora ao representar com grande carisma a tradição, geralmente receba especial carinho, respeito e admiração de seus “súditos”, ou melhor dito, da população de seu país.

Não obstante esse papel quase meramente “simbólico”, enuncia-se o que diz a Constituição Espanhola de 1978 a esse respeito. Dispõe o art. 56: “O rei é o **chefe de Estado**, símbolo de sua unidade e permanência; arbitra e modera o funcionamento regular das

²³⁸ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 68.

instituições, assume a mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais, especialmente com as nações de sua comunidade histórica, e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as leis.” Este é o **papel do Rei da Espanha**. Quanto à **responsabilidade**, ainda no mesmo art. 56 vê-se que a pessoa do Rei “é inviolável e não está sujeita a responsabilidade”, e justamente por isso seus atos sempre estarão referendados pelo Presidente do Governo e, dependendo do caso, pelos Ministros competentes; assim, pelos atos do Rei respondem as pessoas que o referendam (art. 64 da Constituição espanhola).

As **funções** que a Constituição expressamente atribui ao Rei estão elencadas no art. 62, correspondendo-lhe: “a) sancionar e promulgar as leis; b) convocar e dissolver as Cortes Gerais e convocar eleições nos termos previstos na Constituição; c) convocar o *referendum* nos casos previstos na Constituição; d) propor o candidato a Presidente do Governo e, em seu caso, nomeá-lo, assim como pôr fim a suas funções nos termos previstos na Constituição; e) nomear e separar os membros do Governo, segundo proposta de seu Presidente; f) expedir os decretos acordados no Conselho de Ministros, conferir os empregos civis e militares e conceder honras e distinções segundo as leis; g) ser informado dos assuntos de Estado e presidir, para estes efeitos, as sessões do Conselho de Ministros, quando o estime oportuno, a pedido do Presidente do Governo; h) o mando supremo das Forças Armadas; i) exercer o direito de graça segundo a lei, que não poderá autorizar indultos gerais; j) a alta Patronagem das Reais Academias.” E ainda, conforme o art. 63, o Rei “credencia os embaixadores e outros representantes diplomáticos”, sendo os representantes estrangeiros na Espanha também credenciados ante ele; também corresponde ao Rei manifestar o consentimento do Estado para obrigar-se internacionalmente por meio de tratados, de acordo com a Constituição e as leis. E, por fim, corresponde ao Rei declarar a guerra e fazer a paz, mediante prévia autorização das “Cortes Gerais” daquele Reino.

Já o **Presidente do Governo** é quem de fato desempenha as funções executivas, sendo o Chefe de Governo. Pelo art. 98, o Governo é composto pelo seu Presidente, pelos Vice-presidentes quando for o caso, pelos Ministros e pelos demais membros que a lei estabeleça. O candidato a Presidente do Governo é proposto pelo Rei, por meio do Presidente do Congresso, conforme a disciplina do art. 99 do texto constitucional.

A **função típica do Governo** vem descrita no art. 97 da Constituição: “O Governo dirige a política interna e externa, a Administração civil e militar e a defesa do Estado. Exerce a função executiva e a potestade regulamentar de acordo com a Constituição e as leis.”

Também aí inclui-se propor ao Rei a convocação de referendo para submeter à consulta de todos os cidadãos as decisões políticas de especial transcendência, conforme o art. 92.

Configuram **funções atípicas do Governo**: a possibilidade de elaborar decretos legislativos, por delegação legislativa outorgada mediante uma expressa lei de base com várias condições e restrições, previstas nos artigos 82 e 85 da Constituição. Já pelo art. 86 o Governo pode exercer outra função típica do Legislativo, qual seja a de ditar decretos-leis, igualmente mediante condições e limites. Isto será objeto de análise no quarto capítulo desta tese.

Quanto à **responsabilidade política do Governo**, esta vem prevista no art. 64 (responsabilidade do Presidente do Governo e dos seus Ministros pelos atos do Rei que referendam) e no art. 98 (“O Presidente dirige a ação do Governo e coordena as funções dos demais membros do mesmo, sem prejuízo da competência e responsabilidade direta destes em sua gestão”). Também está presente no art. 101, pelo qual o Governo pode cessar pela “perda da confiança parlamentar”. Já o art. 102 refere-se à **responsabilidade criminal** do Presidente e dos demais membros do Governo.

Por fim, há na Constituição Espanhola um item específico – o Título V – para disciplinar as “Relações entre o Governo e as Cortes Gerais”, do qual se pinça o que se julga de maior importância. Assim: pelo art. 108 o Governo “**responde solidariamente** em sua gestão política ante o Congresso dos Deputados”; pelo art. 111 o Governo e cada um de seus membros estão sujeitos, por um tempo mínimo semanal, a interpelações e perguntas por parte das Câmaras, sendo que toda interpelação poderá originar uma moção manifestando a posição da respectiva Câmara. Por sua vez o art. 113 permite ao Congresso dos Deputados exigir a **responsabilidade política do Governo** mediante a adoção por maioria absoluta da “**moção de censura**”, já incluindo um candidato à Presidência do Governo, devendo neste caso o Governo apresentar sua demissão ao rei. Pelo art. 114, se o Congresso nega a sua confiança ao Governo, este igualmente apresentará a sua demissão ao Rei, seguindo-se a indicação de outro Presidente para o Governo. E pelo art. 115 o Presidente do Governo, mediante prévia deliberação do Conselho de Ministros, e sob sua **exclusiva responsabilidade**, poderá propor a **dissolução do Congresso, do Senado ou das Cortes Gerais** que, se lograr êxito, será decretada pelo Rei, devendo neste caso o decreto de dissolução fixar a data das próximas eleições.

Na Espanha o **Poder Legislativo** recebe a denominação de “**Cortes Gerais**”, as quais representam o povo espanhol e estão formadas pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado (art. 66). Neste mesmo artigo da Constituição vê-se a sua **função típica** por excelência, que é o exercício da potestade legislativa, isto é, a elaboração das leis *lato sensu*, incluindo a elaboração da própria Constituição e a reforma desta (prevista do art. 166 ao art. 169). O processo legislativo está disciplinado a partir do art. 81. Neste sentido o art. 72 também contempla uma faceta da função típica, ao referir-se ao estabelecimento pelas Câmaras dos seus próprios regulamentos.

Quanto às **funções atípicas do Poder Legislativo**, é importante observar que, embora sejam atípicas, isto é, fujam às competências exclusivamente legislativas, são necessárias e muito importantes as funções de controle que o Poder Legislativo exerce em relação ao Poder Executivo, como por exemplo a aprovação dos orçamentos do Estado e o controle da ação do Governo (prevista no art. 66). Também vê-se outra função atípica no art. 76, que trata da possibilidade de o Congresso e o Senado ou ambas as Câmaras reunidas nomearem Comissões de investigação sobre qualquer assunto de interesse público, cujas conclusões não serão vinculantes para os Tribunais, nem afetarão as resoluções judiciais, mas o resultado da investigação poderá ser comunicado ao Ministério Público para o exercício das ações oportunas. Pelo art. 94, cabe ao Poder Legislativo autorizar previamente ao Rei o consentimento do Estado para obrigar-se por tratados ou convênios internacionais em dadas matérias.

Quanto ao **Poder Judiciário**, sua **função típica** – a administração da justiça – está prevista no art. 117 da Constituição, estando os juizes e magistrados dos tribunais submetidos unicamente ao império da lei; também faz parte da sua função típica o controle da constitucionalidade, que é exercido pelo Tribunal Constitucional, conforme o disposto no art. 161. Como **funções atípicas** consta: os tribunais controlam a potestade regulamentar e a legalidade da atuação administrativa (o art. 106 trata do controle jurisdicional da administração pública), bem como operam a auto-organização e a auto-administração do Poder Judiciário em seus vários órgãos e instâncias (art. 122).

1.2.2.2.2 – A separação dos poderes no Parlamentarismo Italiano – Funções típicas e atípicas, o papel e a responsabilidade do Presidente da República e do Presidente do Conselho dos Ministros

No Parlamentarismo Republicano - como é o caso da Itália -, é o Presidente da República que desempenha o papel de Chefe do Estado, enquanto o Presidente do Conselho dos Ministros exerce a função de verdadeiro Chefe do Governo, chefiando o Poder Executivo.

Conforme observação de Gianfranco Pasquino, a análise comparada das variedades concretas das formas de governo parlamentar revela que “o caso italiano é hoje o único a fazer exceção à norma generalizada de que o líder do partido ou da coalização de partidos vitoriosos nas eleições se torne automaticamente primeiro-ministro”, sendo esta “uma prática que confere [...] maior peso e importância imediata à escolha dos eleitores e atribui, ao mesmo tempo, uma clara responsabilidade ao partido da maioria, relativa ou absoluta, e ao seu líder.”²³⁹

Como já foi visto acima, tanto no Parlamentarismo Monárquico, quanto no Republicano o Governo acaba por ser um conjunto de interações entre os Poderes Executivo e Legislativo, já que é típico do sistema pressupor a idéia de colaboração. É a partir deste pressuposto que devem ser compreendidas as funções típicas e atípicas dos três poderes no caso italiano. A análise inicia pelo Poder Legislativo, segue com o Poder Executivo e finaliza com o Poder Judiciário, sendo esta a ordem de entrada dos poderes na Constituição da República Italiana, promulgada em 27 de dezembro de 1947, com as reformas posteriores. Salienta-se que todos os artigos abaixo reproduzidos ou apenas referidos integram o texto constitucional em vigor.

O **Poder Legislativo** italiano denomina-se Parlamento, sendo a soma da Câmara dos Deputados com o Senado da República (art. 55). Estudioso do regime político italiano, Bernard Gaudillère esclarece que o lugar do Parlamento na Constituição já demonstra a sua preponderância política, vindo antes de qualquer outra instituição e sendo o único órgão a gozar de uma legitimidade popular direta, elegendo a maior parte das outras "engrenagens" do Estado (o Presidente, o Governo, a Corte Constitucional).²⁴⁰ Sua **função típica** é a elaboração das leis, vindo o processo legislativo disciplinado a partir do art. 70 da Constituição, que diz

²³⁹ Cf. PASQUINO, G. *Formas de Governo*. Op. cit., p. 519.

²⁴⁰ Cf. GAUDILLÈRE, Bernard. *Le régime politique italien*. P. 26.

que “a função legislativa será exercida coletivamente pelas duas Câmaras”. Ainda dentro de suas funções típicas, pelo art. 64, “cada Câmara aprovará o seu próprio regulamento”.

São **funções atípicas** do Poder Legislativo: pelo art. 78, as duas Câmaras decretarão o estado de guerra, e conferirão ao Governo os poderes necessários em tal caso; a partir da modificação do texto constitucional operada pela Lei Constitucional de 6 de março de 1992, a anistia e o indulto²⁴¹ somente se concederão mediante lei aprovada por maioria de dois terços dos componentes de cada Câmara (o texto original previa que estes benefícios fossem outorgados pelo Presidente da República em virtude de lei de delegação de ambas as Câmaras). Pelo art. 80 as Câmaras autorizarão, mediante lei, a ratificação dos tratados internacionais quer sejam de natureza política, quer prevejam arbitragens ou soluções judiciais ou ainda impliquem modificações do território, cargas para a Fazenda Pública ou modificações nas leis. Ainda pelo art. 81 o Poder Legislativo, pelas suas Câmaras, aprovará cada ano o Orçamento e a “Conta Geral do Estado”, apresentados pelo Governo. E por fim, pelo art. 82, o Parlamento poderá exercer funções judiciais, nestes termos: “Cada Câmara poderá acordar investigações sobre matérias de interesse público. [...] Com esse fim nomeará entre seus componentes uma Comissão formada de tal modo que reflita a proporção dos diversos grupos. A Comissão de investigação procederá às investigações e aos exames com os mesmos poderes e as mesmas limitações que a autoridade judicial.”

Como em todo Parlamentarismo, o **Poder Executivo** italiano é **dual, formado pelo Presidente da República e pelo Governo**, sendo que, conforme o art. 92, “o Governo da República se compõe do Presidente do Conselho dos Ministros e dos Ministros, que conjuntamente constituem o Conselho dos Ministros.” Ainda pelo mesmo artigo o Presidente do Conselho dos Ministros será nomeado pelo Presidente da República, bem como os demais ministros, a partir de proposta daquele. E é perante o Presidente da República que o Presidente do Conselho dos Ministros e os outros Ministros devem prestar juramento antes de assumir suas funções (art. 93). Teoricamente, a função de Presidente do Conselho dos Ministros é central no regime político italiano, embora verifique-se na prática uma certa reticência por parte da classe política em conferir-lhe essa preeminência, insistindo assim sobre a necessidade de deliberações colegiais a cargo do Conselho dos Ministros a respeito de decisões importantes.²⁴²

²⁴¹ Anote-se que os atos de anistia, indulto e graça configuram procedimentos de tipo jurisdicional, logo funções atípicas a qualquer Poder Executivo.

²⁴² Cf. GAUDILLÈRE, B. Op. cit., p. 60.

O **Governo deverá gozar da confiança de ambas as Câmaras**. Conforme o art. 94 da Constituição: “Cada Câmara **outorgará ou revogará sua confiança** mediante moção justificada e votada por chamamento nominal. Dentro dos dez dias seguintes à sua constituição o Governo se apresentará ante as Câmaras para obter sua confiança. Não acarretará obrigação de demitir o voto contrário de uma das Câmaras ou de ambas sobre uma proposta do Governo. A **moção de desconfiança** deverá ir assinada pela décima parte, no mínimo, dos componentes da Câmara e não poderá ser discutida antes de haver transcorrido três dias da sua apresentação” (grifou-se).

Quanto ao **papel e as funções típicas do Governo**, conforme o art. 95 o Presidente do Conselho dos Ministros “dirigirá a política geral do Governo e será por ela responsável. Manterá a unidade da direção política e administrativa, promoverá e coordenará a atividade dos Ministérios.” Pelo art. 81, deverá apresentar a cada ano às Câmaras, para que sejam por elas aprovados, o Orçamento e a “Conta Geral do Estado”.

São **funções atípicas do Governo**: pelo art. 76, como exceção, poderá exercer a função legislativa por delegação, mas apenas quando lhe sejam especificados os princípios e os critérios reitores, e unicamente por prazo limitado e para objetos determinados; já pelo art. 77, também como exceção, mas agora à própria delegação das Câmaras, poderá emanar decretos que tenham força de lei ordinária (decretos-leis).

Quanto à **responsabilidade do Governo**, prescreve o art. 95 que “os Ministros serão solidariamente responsáveis pelos atos do Conselho dos Ministros, e individualmente pelos atos de seu respectivo Departamento.” O art. 96 complementa: o “Presidente do Conselho dos Ministros e os Ministros, ainda depois de terem deixado suas funções, estarão submetidos à jurisdição ordinária, mediante prévia autorização do Senado da República ou da Câmara dos Deputados, pelos delitos cometidos no exercício de suas funções.”

Já o **Presidente da República** é eleito pelo Parlamento em sessão conjunta (art. 83), sendo o Chefe do Estado (*Capo dello Stato*, conforme o art. 87) e o representante da unidade nacional. A Assembléia Constituinte confiou-lhe um papel puramente formal, a fim de evitar o “esquema do Estatuto” (Albertino).

Pelo mandamento do artigo 87 são **papéis e faculdades do Presidente da República**: poder “enviar mensagens às Câmaras”; convocar “as eleições das novas Câmaras e fixar a primeira reunião das mesmas”; autorizar “a apresentação às Câmaras das propostas de lei de iniciativa governamental”; promulgar “as leis” editar “os decretos com força de lei e os

regulamentos"²⁴³; convocar "o *referendum* popular nos casos previstos pela Constituição"; nomear "os funcionários do Estado nos casos indicados pela lei"; dar credenciais e receber "os representantes diplomáticos" e ratificar "os tratados internacionais, com prévia autorização das Câmaras quando seja necessário"; ter "o mando das Forças Armadas", presidir "o Conselho Supremo de Defesa constituído segundo a lei" e declarar o estado de guerra acordado pelas Câmaras"; presidir "o Conselho Superior da Magistratura". Além disso "pode conceder indultos e comutar penas", bem como "confere as distinções honoríficas da República."

Pelo artigo 59, o Presidente da República poderá "nomear senadores vitalícios cinco cidadãos que hajam enaltecido a Pátria por seus méritos extraordinários no âmbito social, científico, artístico e literário." Em termos práticos, seguindo o teor do artigo 89, trata-se mais de uma potestade do Governo do que do Presidente da República, uma vez que nenhum ato deste será válido se não for referendado por no mínimo um Ministro.

Ainda quanto ao Presidente da República: pelo art. 62 possui a iniciativa de convocação das Câmaras do Parlamento para sessões em períodos extraordinários; pelo art. 73 promulga as leis após aprovação das Câmaras; pelo art. 74 poderá, antes de promulgar a lei e mediante mensagem motivada, pedir às Câmaras uma nova deliberação, sendo que se estas aprovam novamente a lei, deverá a mesma ser promulgada;²⁴⁴ pelo art. 88 poderá dissolver uma só ou ambas as Câmaras do Parlamento, depois de haver escutado os respectivos presidentes.

Dentre os vários encargos e faculdades do **Presidente da República**, elencam-se como **funções atípicas** a Presidência do Conselho Superior da Magistratura (art. 87), a determinação das eleições das novas Câmaras e as primeiras reuniões das mesmas (art. 87), a iniciativa para a convocação extraordinária das Câmaras do Parlamento (art. 62), bem como o

²⁴³ Embora possa parecer, não se trata do mesmo instituto previsto no art. 77 da Constituição, de competência do Governo. Aqui trata-se genericamente dos "decretos presidenciais", não importando contenham os mesmos atos normativos primários ou regulamentares (artigos 79 e 87.5) ou ainda consistam na adoção de meros atos administrativos (art. 87, apartado 7, 8, 9 e 12). Esta a opinião de Alessandro Pizzorusso, para quem não existem normas de procedimento específicas que regulem os atos do Presidente da República, sendo que o mais típico destes - o "decreto presidencial" - supõe, normalmente, "o ato final de um procedimento de tipo administrativo, ainda que às vezes dotado de conteúdo normativo." Somente em outros casos os atos do Presidente inserem-se no "procedimento legislativo", como na autorização para a apresentação de projetos de lei governamentais, no reenvio dos projetos de lei já aprovados para sua reconsideração ou na própria promulgação. Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. I, p. 323-4.

²⁴⁴ Em comentários a este artigo, Francisco Rubio Llorente e Mariano Daranas Peláez informam que "numerosas Constituições outorgam ao Chefe do Estado a faculdade de vetar uma lei aprovada pelo Parlamento, porém quase todas elas acrescentam que se o Parlamento torna a aprová-la, o Chefe do Estado deverá aprová-la." Cf. RUBIO LLORENTE, F.; DARANAS PELÁEZ, M. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. P. 352.

poder de “veto” do art. 74. Por outro lado, quanto à já mencionada faculdade do art. 88, qual seja, a de dissolver as Câmaras, característica no Parlamentarismo em virtude da inter-relação entre Executivo e Legislativo, está-se diante de uma peculiaridade do sistema italiano. Isto porque embora configure uma **função atípica do Poder Executivo**, normalmente é entendido deste enquanto **Governo**, e não enquanto **Presidente da República** (caso da Constituição italiana).²⁴⁵ No entanto, preceitua o art. 89: “nenhum ato do Presidente da República será válido, se não for referendado pelos Ministros proponentes, que assumirão a responsabilidade do mesmo. Os atos que tenham valor legislativo e os restantes indicados pela lei, serão referendados também pelo Presidente do Conselho dos Ministros.” Daí que em comentários a estes preceitos constitucionais Rubio Llorente e Daranas Peláez afirmam estar claro “que o Chefe do Estado não pode exercitar a faculdade de dissolução sem ser com a anuência, pelo menos, do Governo.”²⁴⁶

Por fim, no que se refere à **responsabilidade do Presidente da República**, pelo art. 90 ele “não será responsável pelos atos realizados no exercício de suas funções, salvo por alta traição ou violação da Constituição. Nestes casos será acusado pelo Parlamento em sessão conjunta e pela maioria absoluta de seus membros.”

Quanto ao **Poder Judiciário**, no Título Quarto da Constituição, destinado à Magistratura, o art. 101 diz que a Justiça será administrada em nome do povo e que os juízes somente estarão submetidos à lei. Sua **função típica**, por óbvio, é a **função jurisdicional** (art. 102), incluindo aí a capacidade de anular atos da Administração Pública, conforme o art. 113. Embora o art. 104 afirme constituir “a Magistratura” uma **ordem autônoma e independente de qualquer outro poder**, prevê a Constituição, no mesmo artigo, que o Conselho Nacional da Magistratura será presidido pelo Presidente da República. No que diz respeito a **funções atípicas**, encontra-se no texto constitucional (art. 105) apenas a clássica função atípica deste poder, que é a auto-administração em relação aos próprios magistrados, isto porque a auto-

²⁴⁵ Este preceito não nasceu com o texto original da Constituição, tendo sido redigido segundo a “Lei Constitucional de 4 de novembro de 1991, núm. 1”.

²⁴⁶ Cf. RUBIO LLORENTE, F.; DARANAS PELÁEZ, M. Op. cit., p. 355. No mesmo sentido vem a análise de Bernard Gaudillère, que vai inclusive mais longe: para ele, as únicas atribuições que permitem o exercício - esporádico - de uma vontade pessoal do Presidente da República são os direitos de graça e de mensagem às Câmaras (tradicionalmente pessoais), a demanda ao Parlamento de uma segunda deliberação a respeito de uma lei e a nomeação de um terço da Corte Constitucional, que resultam da proteção da Constituição, função eminentemente presidencial. O autor reproduz a frase de um dos ex-Presidentes italianos (1985-1992), Francesco Cossiga: “Um Presidente da República, na Itália, não é nada”. Cf. GAUDILLÈRE, B. Op. cit., p. 67 e 69. Na própria Itália um importante setor da doutrina filia-se a esta interpretação, como é o caso de Mortati e Martines. Cf. PIZZORUSSO, A. Op. cit., p. 321-2.

organização e o funcionamento dos serviços relativos à Justiça são funções do Poder Executivo, executadas por meio do Ministério da Justiça (art. 110). O Ministro da Justiça terá inclusive a faculdade de iniciar expedientes disciplinares (art. 107).

Ainda fazendo parte das funções do Poder Judiciário está o Tribunal Constitucional (*La Corte Costituzionale*), previsto no Título Sexto da Constituição. Pelo art. 134 a **Corte Constitucional** julgará: “- as disputas sobre legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei do Estado e das Regiões; - os conflitos de atribuições entre os Poderes do Estado e os que surjam entre o Estado e as Regiões ou entre Regiões; - as acusações promovidas contra o Presidente da República segundo o previsto na Constituição.” Ressalta-se que sua principal **função** – declaração da inconstitucionalidade e conseqüente perda de efeito de uma disposição legislativa ou de algum ato com força de lei, conforme o art. 136 - não é atípica, ao contrário, muito **típica**; mas nem por isso deixa de configurar uma clássica interferência, ou melhor dito, um controle tanto sobre o Poder Legislativo (disposição legislativa) quanto sobre o Poder Executivo (atos com força de lei).

1.2.2.3 – Breves considerações acerca da separação dos poderes nos Estados Presidencialistas em geral

O regime presidencial surgiu como uma fórmula nova e original quando da emancipação das treze colônias britânicas na América do Norte, inspirado nas tradições liberais da Inglaterra para ter, na titularidade do Poder Executivo, ao invés de um monarca hereditário, um presidente eleito, designado periodicamente pelo povo. O Presidente da República teria menos honrarias do que um monarca, porém poderes bem mais amplos.

Mas como definir o Presidencialismo? Pinto Ferreira recorre a Carl Schmitt, que em sua obra “Teoria da Constituição”, o define como “o regime em que o presidente participa na direção da política do Estado, sendo o primeiro motor e a figura principal.”²⁴⁷ Assim, o governo presidencial pode ser conceituado como aquele em que o Presidente da República é o chefe do Estado e também chefe do Governo, sendo eleito direta ou indiretamente pelo povo (o método indireto também pode ser considerado democrático, desde que operado com liberdade), tendo o poder de nomear seus próprios ministros que, assim como ele, não são responsáveis politicamente perante o Congresso. Servindo-se também de Laski, Pinto Ferreira

²⁴⁷ Cf. o verbete “Poder Executivo-II”, de Pinto Ferreira. Op. cit., p. 111.

expõe que a designação de governo presidencial ou de presidencialismo decorre justamente do fato de que “o Presidente da República, na qualidade de chefe do Executivo, é o *pivot* ou o centro de gravidade da política nacional.”²⁴⁸ Gianfranco Pasquino por sua vez, diz que a Forma de Governo Presidencial “é caracterizada, em seu estado puro, pela acumulação, num único cargo, dos poderes de chefe do Estado e de chefe do Governo. O Presidente é eleito pelo sufrágio universal do eleitorado, subdividido ou não em colégios. Nesta forma de Governo, o presidente ocupa uma posição plenamente central em relação a todas as forças e instituições políticas.”²⁴⁹

Referindo-se ao caso estadunidense, clássico neste modelo de forma de Governo, Gianfranco Pasquino diz que nele, pelo menos nominalmente, o Presidente da República é o chefe do seu partido, bem como o chefe do Governo ou Administração, escolhendo pessoalmente os vários ministros ou secretários de departamentos, que terão de abandonar o cargo a seu pedido, não sendo porém responsáveis perante o Congresso. Lá “o presidente representa a nação nas relações internacionais; estipula, se bem que sujeito ao *advice and consent* [conselho e consentimento] do Senado, os tratados internacionais; é a ele que cabe o poder de declarar a guerra. Além disso, é ele quem tem a iniciativa e é fonte das decisões e das leis mais importantes.” Observa ainda Pasquino que esta centralidade do papel do Presidente advém do fato de ser ele eleito “pela totalidade do corpo eleitoral”.²⁵⁰

No entanto, se no Presidencialismo o Executivo detém maior independência em relação ao Poder Legislativo, devida ao fato de não depender da confiança do Parlamento, este tem, por sua vez, o poder de *impedir* o Presidente da República ou um seu Ministro de Estado, pelo mecanismo do *impeachment*, desde que comprovada a existência de um

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Cf. PASQUINO, G. Formas de Governo. Op. cit., p. 519.

²⁵⁰ Idem. Na verdade isso se realiza apenas indiretamente, pois conforme explicações de Pinto Ferreira, “os EUA adotam o sistema direto para eleição de senadores federais e estaduais, deputados federais e estaduais, **porém um sistema complexo e misto para as eleições presidenciais.**” Cf. FERREIRA, Pinto. Eleição indireta. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., vol. 30, p. 297 (grifou-se). Explicando esse sistema tem-se a informar que: “A Constituição dos Estados Unidos prevê que o presidente e vice-presidente serão eleitos pelos delegados [electors] escolhidos dentro de cada estado. Considerado como um grupo, estes delegados são conhecidos como colégio eleitoral. O número de delegados de cada estado é igual ao total de representantes do estado no congresso (senadores e representantes combinados). Os delegados foram originalmente escolhidos pelas legislaturas estaduais mas na prática isso foi logo abandonado em favor da eleição popular.” Cf. o verbete “Electoral College, U.S.”, de William Thomas Hutchinson. In: *Encyclopaedia Britannica*, v. 8, p. 120. Neste mesmo sentido: “Nos Estados Unidos o presidente é escolhido indiretamente por uma maioria de votos no Colégio Eleitoral, mas na prática o sistema quase redundava num voto popular.” Cf. o verbete “Electoral Systems”, de Herman Finer e Harold Foote Gosnell. In: *Encyclopaedia Britannica*, vol. 8, p. 121.

procedimento ilegal ou criminoso por parte daqueles. Mas **responsabilidade política perante o Parlamento o Presidente e seus Ministros não possuem**, apenas diante do seu eleitorado.

Precisamente esta **irresponsabilidade política do Poder Executivo perante o Poder Legislativo, típica do Presidencialismo**, acaba suscitando um “paradoxo” na fórmula criada por Montesquieu para evitar a concentração do poder. Assim, um sistema pensado com a finalidade de prevenir o despotismo ou o abuso do poder permite muito mais margem de ação ao Executivo do que na experiência real em que se louvara a Constituição inglesa. Quando o Legislativo não dispõe da capacidade de “destruir” o Poder Executivo, este, como órgão independente, terá sempre a seu favor a efetividade da ação e de seus desdobramentos imediatos. Daí que o “hiato entre a ação executiva indesejada e a reação do Legislativo ou do Judiciário, ou, ainda, do corpo eleitoral (não renovando o mandato do governante), representa, relativamente ao que se passa no parlamentarismo, considerável campo para possíveis abusos de poder.”²⁵¹

Como já foi assinalado acima, no Regime Presidencial o Poder Executivo é confiado a uma só pessoa, embora quando se elaborou o primeiro governo presidencialista da história - o norte-americano - surgiu a idéia de instalar-se um governo colegial, como obstáculo à monarquia e ao despotismo, o que não vingou. Lembra Pinto Ferreira que o próprio Jefferson escreveu na época: “se a experiência ensinou uma verdade, foi a de que a pluralidade em um Executivo supremo fracionará em parcelas discordantes, perturbará o país, aniquilará as suas energias e forçará a nação a unir-se sob uma cabeça única, geralmente a de um usurpador.”²⁵²

As Repúblicas Presidencialistas têm, pois, um Executivo Monocrático, cuja característica fundamental é a fusão da Chefia do Estado com a Chefia do Governo, e a característica secundária é serem os Ministros simples auxiliares do Presidente da República. A mais importante e conhecida das variantes destes postulados básicos do Governo Presidencial é o modelo constitucional da “V República” francesa que, justamente por apresentar inúmeras diferenças formais e substanciais em relação à forma presidencial norte-americana, foi analisada neste estudo no item pertinente às variantes do Parlamentarismo. Ressalta-se, no entanto, que a mais importante peculiaridade da atual forma de Governo adotada na França, e que faz desta um sistema não-assimilável ao de tipo norte-americano, é que o Presidente da República francesa não é, ao mesmo tempo, Chefe do Governo; contudo é

²⁵¹ Cf. KEINART, R. C. Op. cit., p. 52-3.

²⁵² Cf. FERREIRA, P. Poder Executivo II. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., p. 111.

da sua competência a nomeação do Primeiro-Ministro, que de fato dele dependerá, tal como ocorre com os outros ministros.

Diferentemente do sistema Parlamentarista, o **Sistema Presidencialista de Governo** leva a cabo uma **separação mais rígida dos poderes**, evidenciando sobretudo os limites entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, embora utilize também o sistema de *checks and balances*, o qual põe os poderes uns em relação com os outros.

Assim, analisando o Poder Executivo pela ótica da interpretação presidencialista da teoria da separação dos poderes, embora o Presidente ao ser eleito pelo povo não dependa da confiança parlamentar - o que lhe retira a competência para dissolver as Câmaras Legislativas -, ainda assim acaba tendo um certo grau de influência no labor legislativo, uma vez que detém o poder de “veto” a projetos de leis. Do mesmo modo, mantém a prerrogativa de enviar “mensagens” ao Congresso Nacional, sem falar nas possibilidades de delegações legislativas que, em quase todos os países presidencialistas, lhe são conferidas.

Por sua vez o Poder Legislativo conta com importantes faculdades para fiscalizar e condicionar a política presidencial, como por exemplo a de votar os orçamentos e os créditos suplementares a estes, a de aprovar tratados firmados pelo Presidente, a de assentir às nomeações presidenciais.

Sob outro prisma, o Congresso pode regular o ordenamento judicial, ao passo que os juizes podem deixar de aplicar as leis que consideram inconstitucionais, bem como julgar atos da Administração Pública.

Para ter-se mais claro como se dá na prática a separação dos poderes no presidencialismo, opta-se por verificar como ela está concretamente prevista pelo texto constitucional brasileiro, a partir do que se torna mais fácil evidenciar as funções típicas e atípicas de cada poder.

1.2.2.3.1 - A separação dos poderes no Brasil - Funções típicas e atípicas com ênfase no papel e na responsabilidade do Presidente da República

Desde a época da proclamação da República, em 1889, com o Governo Provisório, passando pela Constituição republicana de 1891, adota-se no Brasil o presidencialismo,

transplantado dos Estados Unidos, embora com algumas nuances diversas.²⁵³ É bem verdade, no entanto, que já se desfrutou da experiência parlamentarista na República, a partir de setembro de 1961 até janeiro de 1963, quando pelo voto se retornou ao presidencialismo. Também nos debates constituintes iniciados em 1987 e que desembocaram no texto final da Constituição de 1988, o parlamentarismo teve fortes chances de retorno, o que na undécima hora não se efetivou. Aprovou-se um texto que optava pelo presidencialismo mas que deixava aberta a porta para o parlamentarismo, com a previsão de um plebiscito (no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) para que o povo decidisse diretamente, em cinco anos, a forma (República ou Monarquia Constitucional) e o sistema de governo (Parlamentarismo ou Presidencialismo). Previsto para 7 de setembro de 1993, tal plebiscito acabou sendo antecipado para o dia 21 de abril do mesmo ano, mas novamente saiu vencedora a opção presidencialista.

Neste mesmo plebiscito propiciava-se a possibilidade de retorno da Monarquia no País, o que não se cogitava desde a Constituição Republicana de 1891. Quando o Marechal Deodoro da Fonseca proclamou a República, na verdade nem era essa sua intenção, já que não pretendia derrubar a Monarquia, mas apenas o último gabinete parlamentar da história imperial brasileira.²⁵⁴ Mas como foi empurrado pelos acontecimentos históricos, acabou proclamando a República, porém seguiu inseguro a respeito da vontade popular e admitiu convocar um plebiscito para que o povo decidisse acerca do tipo de regime que fosse melhor para o Brasil. Isso nunca aconteceu, e o novo regime acabou se consolidando.

A separação dos poderes adotada no Brasil pela atual Constituição Federal é a clássica, tripartida, conforme o explicita o art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Porém, nem sempre foi assim, haja vista que nossa primeira Constituição, a de 1824, filiou-se à solução quadripartita, de Benjamin

²⁵³ Como por exemplo o fato que aqui não se verifica de ser o Presidente da República eleito por eleitores de “segundo grau”, conforme explicações já fornecidas (na nota de rodapé número 250) sobre o complexo sistema de escolha do Presidente dos Estados Unidos da América do Norte.

²⁵⁴ Conforme ensinamentos de Pinto Ferreira a Constituição Brasileira de 1824 não cogitou formalmente o Parlamentarismo. Este surgiu por circunstâncias pragmáticas da história constitucional do País, provindo da época da Regência de Feijó (de outubro de 1835 a setembro de 1837), uma das mais instáveis da história política imperial. O cargo de Primeiro-Ministro foi criado em 1847, e desde então até o último gabinete, em 1889, houve trinta e dois ministérios. Mas na verdade essa experiência parlamentarista do Segundo Reinado, tendo como base a Constituição de 1824, foi mais uma espécie de “acomodação” do “absolutismo constitucional” do que a substituição da imposição esclarecida pela negociação política como princípio motor do regime. Ao permitir que o imperador continuasse a desfrutar das prerrogativas do Poder Moderador, ele apenas deixou de usá-las rotineiramente, mas ainda assim demitia ministros sem consultar à Câmara, por exemplo. Cf. o seu verbete “Parlamentarismo-I”. Op. cit., p. 139, e também conforme KEINART, R. C. Op. cit., p. 91.

Constant. Com efeito, o art. 98 da Constituição Imperial dizia: “O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

Este quarto poder foi comentado por José Antônio Pimenta Bueno em sua clássica obra “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império”. O ilustre publicista disse que o Poder Moderador é:

a suprema inspecção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação.²⁵⁵

Nota-se, assim, quanto o primeiro constitucionalista brasileiro era entusiasta desse instituto importado da teoria de Benjamin Constant, já vista em outro ponto deste estudo. O Poder Moderador foi, no entanto, criticado por outros autores, como pelo liberal Zacarias de Góis e Vasconcelos que, no Segundo Império, denunciou-o como fonte de poder pessoal do Imperador D. Pedro II. Com efeito, observa-se que na prática a suposta “neutralidade” do poder deixa de ser tão neutra assim, eis que, armada de veto absoluto, pode dissolver assembléias representativas eleitas pelo povo, bem como manipular os demais poderes enquanto força repressiva vinda de fora.

Mas tendo sido tal opção histórica por óbvio superada com a proclamação da República, já a primeira Constituição Republicana, a de 1891, apresentou a separação tripartite, o que vem até hoje fazendo parte da tradição republicana brasileira, configurando inclusive uma das “cláusulas pétreas” do atual texto constitucional (art. 60, § 4º, III).

Analisar-se-ão, a seguir, as funções típicas e atípicas dos três poderes instituídos no Brasil, sempre tendo por base o texto constitucional em vigor.

Inicia-se pelo **Poder Legislativo**, que no Brasil é estruturado de forma bicameral. Diz o art. 44 da Constituição: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” A **função típica, clássica** ou básica

²⁵⁵ Cf. PIMENTA BUENO, J. A. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. P. 201.

deste poder é sabidamente a "função normativa", a "função legislativa", de elaborar as leis que regem o País, incluída aí a reforma da própria Constituição (esta a "função constituinte"). Tal função típica é desempenhada segundo o processo legislativo, que aparece disciplinado a partir do art. 59 do texto constitucional. E como **funções atípicas** deste Poder podem ser elencadas a de "administrar", a exemplo do que ocorre pelo disposto no art. 51, III e IV, bem como art. 52, XII e XIII (nos quais a Constituição dispõe sobre as duas Câmaras quanto à elaboração dos seus regimentos internos, sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e fixação da respectiva remuneração, observando sempre os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias) e a de "julgar" crimes de responsabilidade, nos termos dos artigos 51, I (pelo qual a Câmara dos Deputados autoriza a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado) e 52, I (pelo qual o Senado Federal tem a atribuição de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado nos crimes de responsabilidade). Exerce ainda a função de "investigação" (por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito previstas no art. 58, § 3º) e a de "controle" ou de "fiscalização" do Poder Executivo. Este papel fiscalizador é exercido por vários procedimentos, tais como pelas já referidas Comissões Parlamentares de Inquérito; pelos "pedidos de informação", sempre escritos e encaminhados pelas Mesas do Congresso Nacional aos Ministros ou quaisquer outros titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (conforme art. 50, § 2º, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão 4/94), sendo que a recusa ou o não atendimento do pedido em 30 dias ou ainda a prestação de informações falsas importam em crimes de responsabilidade; pelo dito "controle externo", realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União e da Comissão mista referida no art. 166, § 1º, culminando com o julgamento das contas que o Presidente deve prestar anualmente, conforme o art. 49, inciso IX; pela "fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo" propriamente dita, incluindo os atos da administração indireta, conforme art. 49, X; e, por fim, pela "tomada de contas" executada pela Câmara dos Deputados sempre que o Presidente não as prestar no prazo constitucionalmente assinalado (60 dias após a abertura da sessão legislativa), conforme os artigos 51, II e 84, XXIV.

O **Poder Executivo** é na estrutura constitucional brasileira o órgão que tem por **atribuição** a prática de atos de Chefia do Estado, de Chefia do Governo e de Chefia da Administração Pública (art. 84); pode-se dizer que representa e administra o País. Exercido

pelo Presidente da República, configura o típico Executivo Monocrático, auxiliado por seus Ministros de Estado, pelo Vice-Presidente, pelo Conselho da República e pelo Conselho de Defesa Nacional, não dependendo da confiança do Congresso Nacional para ser investido no cargo (é eleito diretamente pelo povo), muito menos para nele permanecer.

Suas **funções típicas** são aquelas diretamente relacionadas à direção superior da Administração Pública Federal e às Chefias do Estado e do Governo, sobressaindo-se a primeira, pois dos três poderes do Estado, é o Executivo o que executa, administra, isto é, faz cumprir planos e programas de governo, no sentido de conferir na prática o que está nas leis como direitos e deveres dos administrados em geral. Incluem-se também como típicas as funções de controle interno dos próprios atos da Administração, sendo um dos meios pelos quais o Poder Executivo exercita o poder hierárquico (o órgão superior controlando os órgãos inferiores). Do mesmo modo, o **poder regulamentar** é tipicamente uma função executiva, englobando a competência para editar atos normativos chamados regulamentos (cujos instrumentos são os Decretos Executivos). Na esfera federal tal poder regulamentar é competência atribuída privativamente ao Presidente da República, conforme o art. 84, IV, da Constituição.

Mas ocorre que atipicamente o Poder Executivo também acaba realizando funções que são, em tese, típicas dos dois outros poderes. Assim, são suas **funções atípicas**: a de “julgar”,²⁵⁶ uma vez que o Poder Executivo possui, no âmbito da Administração, alguns Tribunais Administrativos, como por exemplo o Tribunal de Impostos e Taxas, o Conselho de Contribuintes, o próprio CADE quando exerce a função de resolução de litígios, embora estes não possam, em respeito ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, fazer autos conclusos para o Poder Judiciário (isto é, não fazem coisa julgada);²⁵⁷ e a de “legislar”, configurando esta talvez a exceção mais marcante ao princípio clássico da separação dos poderes tal como está previsto na Constituição Brasileira. O Presidente da República legisla de acordo com o art. 62, que trata das Medidas Provisórias com força de lei, e do art. 68, que cuida das Leis Delegadas. A exacerbação a que chega o Poder Executivo em relação à autorização constitucional para legislar via Medidas Provisórias é tamanha que vem a ser o tema desta tese; por isso mesmo, voltar-se-á a este assunto já no segundo capítulo.

²⁵⁶ Embora não seja exatamente “julgar”, a competência privativa do Presidente da República para “conceder indulto e comutar penas” (cf. art. 84, XII, CF/88) ingressa na função jurisdicional, sendo-lhe, portanto, igualmente atípica.

²⁵⁷ A função de julgar dá-se também quando este poder defere pedidos de administrados e decide sobre recursos administrativos.

Quanto à **responsabilidade do Presidente da República**, resume-se a responder por crimes “**de responsabilidade**”, que são **infrações ditas políticas**, na verdade infrações consitucionais (ofensas à Constituição sob a forma de atentados ao “espírito” da mesma e aos dispositivos propriamente ditos, sob o ponto de vista do “decoro”, da “conveniência”, da “prudência”, da “lisura”, da “honestidade”, da “soberania”, da “oportunidade”, todos princípios que devem ser observados no exercício das funções públicas pelos altos dignitários da República). A apuração das infrações é feita em processos político-administrativos realizados pelas casas do Congresso Nacional, uma admitindo a acusação e a outra processando e julgando (art. 86). Os crimes de responsabilidade em que pode incorrer o Presidente da República estão previstos no art. 85 da Constituição, tendo estreita ligação com o disposto nos artigos 51, 52, 102, I, “c” do mesmo texto constitucional, sendo definidos e tendo seu processo regulado pela Lei nº 1.079/50. Esta lei regula o *impeachment* a ser aplicado como penalidade político-administrativa ao Presidente da República, seus Ministros de Estado e outras autoridades. Sem prejuízo da ação penal, o processo de *impeachment* pode resultar, dentre outras coisas, na perda do mandato e na cassação dos direitos políticos. Foi o que aconteceu na primeira e única vez em que na história político-constitucional brasileira se realizou um processo destes (o Presidente Fernando Collor de Mello foi eleito diretamente em 1989 e sofreu *impeachment* em 1992, mesmo após ter renunciado).

Já por **crimes comuns** que possa praticar, o Presidente da República responderá por eles como qualquer outro cidadão, em processo penal ordinário, apenas com foro privilegiado em decorrência da função que exerce, sendo processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” e “b”).

Mas a **responsabilidade política propriamente dita do Presidente da República**, tal como foi concebida e prevista na forma parlamentar de governo (com as possibilidades das moções de censura e demissão do governo), essa **não existe** no Brasil.

Quanto ao **Poder Judiciário**, todas as disposições a ele referentes no texto constitucional federal estão previstas a partir do art. 92, indo até o artigo 126. Sua **função típica** é exercer a jurisdição, isto é, julgar, “dizer o direito” sempre que solicitado a fazê-lo, nos casos concretos ou mesmo em tese, quando em última instância resolve questões de inconstitucionalidades. Essa função de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos é tipicamente necessária ao sistema de freios e contrapesos, pois assegura o

controle recíproco entre os poderes. A jurisdição contenciosa é exercida por meio de um complexo sistema de distribuição de competências.

Mas também o Poder Judiciário acaba exercendo algumas **funções atípicas**, quais sejam: a de “administrar”, como por exemplo nos casos do art. 96, I, “b”, “f” (dispositivos pelos quais os tribunais organizam suas secretarias, concedem licença e férias a seus servidores etc.), e a de “legislar”, esta nas hipóteses dos artigos 96, I, “a” e 93 (que dispõem sobre o Estatuto da Magistratura e sobre a possibilidade de os tribunais elaborarem seus regimentos internos).

Antes de passar ao próximo capítulo, faz-se necessário amarrar aqui os dois grandes itens deste capítulo introdutório.

O que a questão do Estado Constitucional e Democrático de Direito tem a ver com a teoria da Separação dos Poderes? Tudo, na medida em que um Estado Constitucional de Direito sobrevive sob as bases de uma legislação - tanto constitucional quanto infraconstitucional - democraticamente elaborada, e esta só pode assumir este caráter se criada preponderantemente pelos representantes do povo. Sendo este o titular da soberania popular, na vigência da democracia indireta transfere tal titularidade a seus representantes eleitos, os quais compõem um dos três poderes do Estado, o Poder Legislativo. Assim, este poder é vitalmente necessário à sã e normal existência do Estado Constitucional de Direito, no sentido de que este último só se aperfeiçoa enquanto tal se apresenta uma divisão equilibrada dos poderes estatais, dentro desta assumindo relevo a função legislativa. Mas como no Brasil há fortes indícios de que essa função legislativa na prática tenha sido usurpada pelo Poder Executivo, pretendeu-se já demonstrar como este poder desempenha suas funções e é por elas responsabilizado em dois outros Estados, a Itália e a Espanha, para mais tarde tecer as devidas comparações e diferenciações entre eles e o Brasil. E este é o *quid* que perpassará todos os demais capítulos desta tese, embora não seja ela um estudo propriamente comparado.

CAPÍTULO II – DAS INTER-RELAÇÕES ENTRE O FORTALECIMENTO DO PODER EXECUTIVO E A SUA CAPACIDADE LEGIFERANTE

Lo que es parte sólo puede entenderse si lo referimos al todo de que ello es parte.

J. Ortega y Gasset

2.1 - Do enfraquecimento do Poder Legislativo ao agigantamento do Poder Executivo

Após a disseminação pelo mundo ocidental da opção tripartite de divisão ou separação dos poderes do Estado, ainda por muito tempo se esteve às voltas com a constante ameaça de retorno de alguma forma absoluta de poder. As experiências concretas foram mostrando que, na distribuição do poder estatal, o equilíbrio mais delicado, sempre almejado e dificilmente conseguido foi aquele entre os poderes mais característicos, o Legislativo e o Executivo. Já se viu no primeiro capítulo que a complexificação da atividade estatal e o conseqüente incremento de uma atividade normativa ao lado das tradicionais funções do Poder Executivo se verificou, regra geral, tanto nos Estados que adotaram o sistema de governo Parlamentarista quanto naqueles que optaram pelo Presidencialismo. Nuns e noutros, embora por caminhos diversos, isso levou a uma gradativa proeminência do Poder Executivo, o que foi objeto de inúmeras discussões doutrinárias históricas, que renderam o aparecimento de algumas das mais importantes obras da área do Direito Constitucional e da Teoria do Estado. Mas foi principalmente o Parlamentarismo, e em especial o da Europa continental, o que mais recebeu adversários doutrinários, com destaque para os casos alemão e francês. Justamente por essa razão procurar-se-á enunciar a obra dos doutrinadores que primeiro trataram do reforço do poder do governo como resultado do desenvolvimento parlamentar ou até mesmo como conseqüência da crise vivenciada pelo Parlamentarismo tão logo se dedicou este a operacionalizar a separação dos poderes.

O florescimento da crítica ao Estado ou especificamente a algum dos três poderes do Estado, geralmente deflagrada pela inicial crítica à forma de Governo, ocupou particular lugar de destaque entre os teóricos de língua alemã. De Paul Laband a Hans Kelsen, passando por Georg Jellinek e Carl Schmitt, encontra-se o tema do Estado cerceando a produção intelectual destes expoentes germânicos que se ocuparam, entre outras áreas, do Direito Público. Pela transcendência que representou no Direito Público continental europeu e pela influência que exerceu na doutrina jurídica posterior, passa-se a ver brevemente a mais marcante

contribuição alemã à Teoria do Estado, iniciando por algumas observações a respeito de Laband, que levou a cabo a primeira elaboração dogmática de direito público,²⁵⁸ acolhida e reelaborada pela maior parte dos juspublicistas alemães, com destaque para Jellinek.

Com uma lição posterior aos fatos revolucionários franceses, em que duas correntes de pensamento haviam convergido na tarefa constituinte (o jusnaturalismo de Locke e Rousseau, de caráter racionalista, e o método empirista de Montesquieu e Blackstone) e investindo-se numa função científica de dogmática jurídica, Laband intencionou afirmar o “método jurídico” no tratamento do Direito Público, operando com categorias estritamente jurídicas. Manuel Vaz não deixa de apontar o situacionismo da construção de Laband, eis que seu famoso método jurídico cumpriu, na realidade, uma função política a partir de 1871, legitimando a estrutura política do *Reich* recentemente fundado, tornando-o juridicamente sustentável.²⁵⁹ Observa ainda Vaz que sua construção correspondia, como as acima mencionadas, a um sentimento liberal-burguês de índole garantista da sociedade *versus* o Estado, uma vez que as revoluções burguesas haviam configurado as instituições políticas de acordo com os cânones formal-garantistas: o Estado de Direito era um “Estado-aparelho” numa relação inofensiva com os interesses sociais e tornou-se a própria garantia do ordenamento social existente. Este arsenal jurídico, porém, começou a ruir quando uma outra vertente do pensamento político ganhou expressão constitucional na República de Weimar: o “Estado-comunidade”. Ganhou então proeminência a concepção “sociológico-substantiva” de Estado e de Direito, de Lorenz von Stein e de Otto von Gierke, contraposta às posições logicista-formalistas de Laband. A linha de pensamento sociológico converteu-se em poderosa corrente doutrinal na disputa metodológica pós-Weimar, expressando-se nas obras de Rudolf Smend, Hermann Heller, Richard Thoma, Gerhard Anschütz, Franz Neumann, E. Fraenkel e Otto Kirchheimer. Já a corrente lógico-formal prolongou-se na Escola de Viena e, concretamente, nas obras de Merkl e Hans Kelsen. Dado este panorama geral, retorna-se à linha do tempo.

Georg Jellinek prosseguiu o logicismo-formalista de Laband, visando aperfeiçoar a teoria. Viveu num período de quietismo político (de 1851 a 1911) tanto na Alemanha como em quase toda a Europa, o que representou sobretudo o desinteresse pelas questões políticas

²⁵⁸ Sua obra *Direito Público do Império Alemão (Das Staatsrecht des deutschen Reiches)* é de 1878.

²⁵⁹ Cf. VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. P. 126 e 148-9.

em sua pátria, notadamente porque naquele cenário o Império de Guilherme (I e II)²⁶⁰ tinha consciência de ser grande potência. Se nesse mesmo período correspondeu a Paul Laband o título de *Kronjurist* (jurista expoente), justamente por sua monumental obra sobre o Direito Público do Império Alemão, pode-se assim mesmo, autorizado pelo constitucionalista espanhol Pablo Lucas Verdú, considerar Jellinek como o teórico mais célebre e sólido da Teoria do Estado a partir de 1900. Inclinado ao liberalismo, mas sempre tendo presente os grandes serviços históricos que a monarquia prestou à consolidação política alemã, o mestre de Heidelberg compôs uma obra que se tornou clássica no marco da Teoria da Constituição e da Teoria do Estado.²⁶¹ Jellinek percebeu na Inglaterra e nos Estados Unidos os riscos de o Parlamento ser controlado pelos partidos políticos, alertando para a substituição da democracia por uma “oligarquia partidária”. Observou que deste modo os parlamentos cediam seu poder a outro sujeito brotado deles mesmos, reduzindo sua relevância política. Mas para ele, em outros Estados (França e Bélgica), a proliferação “excessiva” dos partidos políticos teria a capacidade de gerar prejuízos ainda mais graves, eis que em tais experiências os partidos perseguem nas lutas parlamentares “seus objetivos mesquinhos, negociam e comerciam com o Governo para obter algumas concessões”.²⁶²

Aos defeitos acima mencionados, Jellinek acresceria ainda a “incapacidade dos Parlamentos para cumprirem suas tarefas”, corroborando também isto para a indiferença da população em relação à atuação parlamentar. Queixas como estas foram manifestadas tão intensamente na Inglaterra, que em meados do século XIX o próprio apóstolo da Constituição representativa – J. Stuart Mill – pretendeu privar os parlamentos do direito de legislar, propondo fosse tal função atribuída a uma pequena comissão legisladora, reservando ao Parlamento apenas a discussão, o rechaço ou a sanção da criação legislativa. Algum tempo depois Benoist defendeu idéia semelhante na França.²⁶³

Para Jellinek, o Absolutismo Monárquico - que outrora representou o progresso ao cumprir o feito de superar o particularismo estamental do Feudalismo, operando a unidade do Estado Moderno – em seguida teve descobertas suas facetas sombrias, o que lhe resultou na resistência dos povos. Em relação ao Estado Liberal teria acontecido algo semelhante, pois

²⁶⁰ Guilherme I reinou de 1871 a 1888 e Guilherme II, de 1888 a 1918.

²⁶¹ Cf. “Estudio Preliminar” de Pablo Lucas Verdú a JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. P. xxi e ss.

²⁶² Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 58, 75-6.

²⁶³ Ibidem, p. 77.

mostrou em seguida os horríveis abusos da livre concorrência desleal, embora a execução do liberalismo econômico tenha inicialmente desencadeado forças econômicas positivamente imprevistas. Pois estas mesmas espécies de transformações político-sociais das instituições acabaram por perseguir os Parlamentos, visto que estes, tão logo estabelecidos, passaram a transmitir a sensação de que não correspondiam à idéia de conseguir uma forma adequada de representação nacional.²⁶⁴ A análise jellinekiana demonstrou que em muitos parlamentos de sua época ocorria uma espécie de “obstrução parlamentar”, tática usada pelas fortes maiorias artificialmente criadas para oprimir permanentemente os grupos parlamentares minoritários. Se essa obstrução dominasse por muito tempo, sendo impossível neutralizá-la, o Parlamento ver-se-ia reduzido à impotência. E como “todo Estado necessita, em todo momento e de forma ininterrupta, de um Governo, então a constante obstrução se converte no único fator juridicamente determinante na vida estatal” e em sendo “toda situação jurídica essencialmente sempre suscetível de juízo político, abre-se aos Estados que sofrem uma pertinaz obstrução parlamentar o caminho do Estado absoluto, que foi, em seu tempo, um Estado onde não funcionava, efetivamente, a instituição parlamentar.” Detectava assim Jellinek uma das origens do **descrédito dos Parlamentos**, bem como a **reprodução**, em certo modo, do **absolutismo**, questão que, segundo Pablo Lucas Verdú, lamentavelmente **segue atual**.²⁶⁵

Embora isso, em sua análise sobre as transformações do Parlamentarismo moderno, reunidas na obra *Reforma e Mutação da Constituição*, de 1906, duvidava Jellinek que num futuro previsível, em algum lugar se pudesse suprimir formalmente os Parlamentos, assim como não acreditava ele que uma progressiva depreciação política dos Parlamentos pudesse “ressuscitar os antigos poderes absolutos do passado”.²⁶⁶ Mas uma geração após, o sucedido na Alemanha faria a história provar o contrário, embora obviamente o “absolutismo” do século XX não tenha assumido as formas do autocrata absoluto dos séculos passados. Mesmo que realmente pareça improvável que algum Estado suprima formalmente os parlamentos, estes foram dissolvidos por inúmeros governos ditatoriais, o que na prática equivale a uma supressão, eis que têm **arrestada sua primordial função: a de legislar**.

Ao resumir todo o **desenvolvimento das instituições parlamentares** Jellinek concluiu que **a força e o prestígio das mesmas estavam diminuindo em todas as partes**,

²⁶⁴ Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 72-3.

²⁶⁵ Cf. “Estudio Preliminar” de Pablo Lucas Verdú a JELLINEK, G. Op. cit., p. lxxvi. Vide também o que diz a respeito o próprio Jellinek na mesma obra, p. 67.

²⁶⁶ Cf. JELLINEK, Georg. Op. cit., p. 83.

processo que conferiu **relevo ao Poder Executivo**. Segundo o autor, ao ter a teoria constitucional equiparado o Executivo ao Legislativo e em seguida tê-lo colocado como poder dominante no Estado, manifestou que “o desenvolvimento constitucional é acompanhado de uma progressiva fortificação do poder governamental”. E se em outros tempos nos círculos dirigentes dos Estados temia-se o debilitamento contínuo do Executivo mediante o sistema constitucional, “a história externa e interna dos Estados modernos dissipou totalmente tais receios, manifestando-se este fenômeno tanto em Estados com governos extraparlamentares quanto parlamentares.”²⁶⁷

Por fim, é importante salientar que Jellinek criticou o Parlamentarismo, mas apontou-lhe reformas, sugerindo o crescimento de instituições democráticas diretas, como o referendo e a iniciativa popular, impedindo medidas legislativas impopulares e visando corrigir a concepção rousseauiana, adotada pela teoria constitucional alemã, pela qual se separava totalmente a vontade do povo da vontade do Parlamento, donde se declarava, em sentido jurídico, não existir vontade do povo fora da vontade do Parlamento. Disto se depreende, como o próprio autor procurou esclarecer, que **não é o Parlamentarismo em si, o maduro, que merece menosprezo pela sua essência e funcionalidade, mas apenas aquele imperfeito.**²⁶⁸ Carl Schmitt igualmente muito criticou a democracia parlamentar, mas não o fez, porém, como bem adverte o constitucionalista espanhol Manuel Aragón para aprimorá-la, e sim para destruí-la (como quem denuncia que o rei está nu não para vesti-lo, mas para destroná-lo).²⁶⁹ É neste sentido a advertência de José Estévez Araujo e mesmo de Manuel Aragón de que a leitura de seus escritos sobre o parlamentarismo, publicados durante o período compreendido entre as duas grandes guerras, não deve ser ingênua, como inocentes não eram as intenções do mais controvertido dos grandes autores da Teoria do Estado do século XX. Isso no entanto não significa que toda sua crítica tenha sido falaz, como novamente adverte Manuel Aragón.²⁷⁰ Em seus escritos o teórico analisou os fatores que a seu

²⁶⁷ Ibidem, p. 79.

²⁶⁸ Ibidem, p. 68, 85 e 88.

²⁶⁹ Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. P. xii.

²⁷⁰ Ibidem, p. xiii. “Que Schmitt foi um jurista nazista a partir de 1933 já não restam dúvidas”, diz Estévez Araujo. Em seu trabalho o autor revela todos os elementos utilizados por Schmitt para minar o regime desenhado pela Constituição de Weimar. Cf. ESTÉVEZ ARAUJO, José A. *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*. P. 7 e ss. Uma parte dessa empreitada de Carl Schmitt na República de Weimar foi a defesa de que as medidas emergenciais do art. 48, § 2º da Constituição homônima poderiam violar, romper, todos os artigos individuais da mesma, o que seria justificado pela “finalidade da ditadura”. Isso foi feito pelo artifício “de separar da Constituição as leis constitucionais”. Cf. MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. P. 1.439-40.

juízo levaram ao fracasso a República de Weimar e, em geral, o Estado Liberal de Direito, sobre o qual a democracia burguesa se assentava desde o século anterior. Embora sua obra mais sirva para compreender a crise do parlamentarismo daquela época do que o da atualidade, ainda conserva uma capacidade revolucionária, precisamente porque alguns dos problemas por ele tratados seguem vigentes.

No principal desses escritos, publicado em 1923 sob o título “Situação histórico-intelectual do Parlamentarismo de hoje”, Carl Schmitt foi muito original na análise da separação dos poderes no Estado moderno e dos conceitos de representação, legitimidade e decisão política; nele mostrou a falta de adequação entre a teoria liberal e a realidade política, contradição que desejava eliminar, como também atacou os próprios fundamentos de um modelo de Estado cuja destruição significaria a instauração da ditadura. Importa ressaltar que a república alemã, regulada pela Constituição de Weimar, foi o cenário no qual de maneira mais completa e com a mais alta intensidade teórica entre todos os países europeus se expressou a polêmica parlamentarismo *versus* antiparlamentarismo ao longo dos anos vinte e trinta do século XX. Na verdade a democracia parlamentar de então foi atacada tanto pela esquerda (pelo anarquismo e pelo marxismo), quanto pela direita (pelo conservadorismo reacionário), mas foi a crítica desferida por Schmitt²⁷¹ enquanto autor representante do pensamento reacionário que, no final, resultou fatal àquela democracia, pelo menos até 1945, caída nas mãos do nacional-socialismo.

Na obra referida, Schmitt confrontou as contradições do Parlamentarismo pós-Weimar com a idéia “demo-liberal oitocentista”. Esclareceu que a luta pela democracia do século XIX confundia-se com a luta liberal, na qual a idéia da representação popular contrapunha-se ao princípio monárquico, numa atitude defensiva da sociedade homogênea em contraposição ao poder.²⁷² Para ele os conceitos de “democracia”, “liberalismo”, “individualismo” e “racionalismo” eram representações típicas do Estado de Direito e expressavam todos a mesma idéia: sujeição do Monarca ao Direito.²⁷³ Mas o triunfo da democracia, ao pôr fim à contraposição orgânico-estatal, teria igualmente posto fim à identidade entre as dimensões da

²⁷¹ Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, C. *Sobre el parlamentarismo*. Op. cit., p. xiv. Aragón esclarece que a crítica schmittiana à democracia parlamentar não está contida somente neste seu estudo específico sobre o parlamentarismo, ainda que aqui já se revelem seus principais argumentos. Ela se manifesta também, com maior ou menor intensidade, na maior parte de suas obras, muito especialmente na “Teoria da Constituição” e em “Legalidade e legitimidade”. *Ibidem*, p. xv.

²⁷² Cf. SCHMITT, C. Op. cit., p. 29-31.

²⁷³ *Ibidem*, p. 4-5.

democracia e do liberalismo, embora continuassem a ser tidas como incindíveis na *Massendemokratie* (“democracia de massas”), ainda na esteira de um pensamento rousseauiano. Para Carl Schmitt isso acarretava a negação do Estado de Direito.

Com efeito, a democracia convertida em valor último e único de estruturação e manifestação do Estado conduz à uniformização e identificação, no sentido da imposição de uma vontade a todos como vontade de todos. Tal era claro no *contrato social* de ROUSSEAU: a *volonté générale*, tal como ROUSSEAU a constituía, era a verdadeira homogeneidade. Esta é a consequência real da democracia: a lei como ‘vontade geral’ impõe-se a todos como vontade de todos, independentemente de alguns não se reconhecerem no resultado ou no sentido da disposição geral, pois que *cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas*. E, como ROUSSEAU fazia expressamente corresponder a ‘vontade geral’ à verdadeira liberdade, então o derrotado não era livre, porquanto a medida da liberdade é a lei. Democracia e liberdade identificavam-se, em ROUSSEAU, através da exclusiva soberania da lei.²⁷⁴

Disso depreende-se, conforme Manuel Vaz, ser a tese de Schmitt a de que o liberalismo e a democracia eram dois valores em contraposição, mas que haviam sido confundidos pela “moderna democracia de massa”. Dizia o próprio Schmitt: “A situação do Parlamentarismo é hoje tão crítica porque a evolução da moderna democracia de massas converteu a argumentativa discussão pública em uma vazia formalidade.”²⁷⁵ A isto a análise de Vaz acresce: “O valor liberal afirma a heteronomia, a limitação, a legitimidade do poder; a democracia afirma a homogeneidade, a concentração e a legitimação do poder.”²⁷⁶ No mesmo sentido manifesta-se Gustav Radbruch: “A democracia, é sabido, exige antes de mais nada, o domínio incondicional da vontade da maioria. O liberalismo, pelo contrário, quer, antes de mais nada, a possibilidade de as vontades individuais se afirmarem e, até, em certos casos, a de se oporem à vontade da maioria.”²⁷⁷ Schmitt sustentava a dissociação entre democracia e liberdade, dizendo que a democracia não se baseava na liberdade, mas na homogeneidade. Daí que para ele a “democracia representativa só seria possível quando a entidade representada (a nação) é homogênea, quer dizer, quando tem apenas um interesse (que é o que ocorreu com a redução da nação à burguesia no século XIX), porém não quando aquela entidade é heterogênea (nação coincidente com povo, que é o que sucede quando existe o

²⁷⁴ Cf. VAZ, M. A. Op. cit., p. 169; SCHMITT, C. Op. cit., p. 20 e 35. Esta problemática é amplamente reproduzida por VAZ, M. A. Op. cit., p. 167 e ss.

²⁷⁵ Cf. SCHMITT, C. Op. cit., p. 9.

²⁷⁶ Cf. VAZ, M. A. Op. cit., p. 171.

²⁷⁷ Citado por VAZ, M. A. Op. cit., p. 171.

sufrágio universal, de que dispõe toda uma sociedade que por sua vez está dividida em classes ou em grupos com interesses contrapostos).”²⁷⁸ Assim a democracia não seria conciliável com o pluralismo, apenas com a homogeneidade. Nesta discussão o que talvez muitos não percebam é que na crítica de Schmitt à democracia parlamentar o que se esconde é a destruição da própria democracia, pois “quando se amputa a liberdade da democracia, não se converte esta em outro tipo de democracia, mas, simplesmente, em ditadura”.²⁷⁹

Analisando enfim as críticas de Schmitt ao Parlamentarismo, enquanto forma de governo, percebe-se que incomodava o autor a instabilidade dos governos e o excessivo domínio destes pelo parlamento. Daí as afirmações que o **Parlamentarismo conduzia** ou ao governo exercido pelo próprio parlamento ou à impossibilidade mesma de governar, ambos **resultados contraditórios com a divisão de poderes** (que o Parlamentarismo, como regime liberal, por princípio teria que respeitar). Mas precisamente porque neste caso Schmitt convertia o excepcional em normal²⁸⁰ não se deve estranhar a ausência, em sua teoria, de qualquer tentativa reformista desta forma de governo. E conforme Manuel Aragón, tampouco no Presidencialismo que propunha em substituição ao Parlamentarismo admitia ele que o parlamento exercesse uma função essencial (tanto na teoria quanto na prática, como demonstrado pelo exemplo mais característico, o norte-americano). Assim, não poderia ser um “presidencialismo democrático”, sistema no qual ademais não se verificariam os defeitos que ele indicava, ou seja, não se poderia acusar o parlamento de dominar o governo, nem de ser dominado por este; sua solução acenou, então, para um “presidencialismo” que na verdade supunha uma “ditadura presidencial”.²⁸¹

²⁷⁸ Cf. ARAGÓN, M. Op. cit., p. xviii. Embora tenha sido “inimigo” teórico de Schmitt, Hermann Heller também dirigiu críticas às concepções de Rousseau, equiparando-as às dos “românticos”: “Uns e outros converteram a legalidade peculiar do Estado em uma metafísica do povo pela qual o Estado fica reduzido a um simples fenômeno de expressão do povo democrático ou da nação romântica. La ‘volonté générale’ rousseauiana apresenta também um colorido puramente romântico porquanto implica uma harmonia política e um acordo de vontades, anteriores ao Estado, coisa que nunca se dá na realidade do povo, que é sempre de caráter antagônico. Os ideais demoliberais de uma ‘representação popular’ como ‘espelho’ da vontade do povo, e de um governo que não deve ser senão a ‘expressão’ do parlamento, se nutrem da ficção de uma vontade popular sem contradições e não se distinguem da utopia de Maïx e Engels de uma sociedade futura sem Estado a não ser pelo fato de que nesta essa vontade popular sem contradições somente se pode dar na sociedade sem classes, ao passo que a concepção demoliberal admite que seja realizável na própria sociedade civil.” Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 186.

²⁷⁹ Cf. SCHMITT, C. Op. cit., p. xx.

²⁸⁰ Um exemplo prático de mau funcionamento do Parlamentarismo passava a ser por ele definido como um defeito teórico do modelo.

²⁸¹ Cf. ARAGÓN, M. Op. cit., p. xvi-ii. Hermann Heller expressamente referiu-se a Carl Schmitt como “o influente defensor do fascismo alemão”. Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 231.

Já Kelsen passou grande parte de sua existência em períodos turbulentos, daí sua principal produção ter-se inscrito no primeiro pós-guerra mundial, convivendo com a derrota germânica e, em seguida, com a conflitividade quase permanente da República de Weimar. Não obstante isso, a publicação de sua Teoria do Estado (em 1925) deu-se numa breve fase de relativa estabilidade e consolidação da República weimariana. Esta obra – *Allgemeine Staatslehre* – converteu-se na última manifestação de uma doutrina estatal clássica antes da dissolução da democracia alemã. Defensor do parlamentarismo, travou célebre polêmica com Carl Schmitt a respeito, sobretudo porque não desejava a negação da democracia parlamentar, senão sua reafirmação mediante um processo de adaptação e modificações, defendendo inclusive a conveniência e a necessidade dos tribunais constitucionais para limitar e controlar a atuação do legislador. Criticou o antiparlamentarismo de seu colega também na obra “Essência e valor da democracia”, na qual se pode ler:

A chamada crise do parlamentarismo foi suscitada, em grande parte, por uma crítica que interpreta equivocadamente a essência desta forma política e que, por conseguinte, não compreende bem seu valor. Porém qual é a essência do parlamentarismo? Qual é a essência objetiva que não deve se confundir com a interpretação subjetiva que, por motivos conscientes ou inconscientes, tratam de dar os partícipes ou interessados nesta instituição? O parlamentarismo significa: *Formação da vontade decisiva do Estado mediante um órgão colegiado eleito pelo povo em virtude de um direito de sufrágio geral e igual, ou seja, democrático, trabalhando tendo por base o princípio da maioria.*²⁸²

Assim, para Kelsen a característica era que a vontade decisiva do Estado - a lei - fosse adotada no parlamento democrático. Daí não haver mais que duas formas de Estado por não haver mais que duas formas de emanção do Direito: a **autocracia**, em que a lei emana de cima para baixo, e a **democracia**, em que a lei emana de baixo para cima, por meio do parlamento formado por representantes do povo, democraticamente eleitos. Isso implicaria a defesa do que na Alemanha, à época da Constituição de Weimar, passou-se a denominar “**Estado de partidos**”, tendo como suposto a democracia de partidos e como corolário a pretensão, por alguns autores, de seu reconhecimento formal pelo Direito Constitucional.²⁸³

²⁸² Citado por Manuel Aragón in: SCHMITT, Carl. Op. cit., p. xxiii.

²⁸³ Um desses autores que postula o reconhecimento dos partidos políticos pelas normas jurídico-constitucionais é justamente Hans Kelsen. A respeito dele escreveu Manuel García-Pelayo: “Kelsen escreve [em *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929] que, se partimos da transformação do conceito ideal e rousseauiano do povo em povo real - câmbio não menos profundo que a metamorfose da liberdade natural em liberdade política – somente o auto-engano ou a hipocrisia podem afirmar a possibilidade de uma democracia sem partidos políticos, pois o certo é que a significação destes é tanto maior quanto mais se fortalece o princípio democrático, donde se deduz que o Estado democrático é necessária e inevitavelmente um Estado de partidos. Diante disso não vale a

Contudo, embora esse desejo de Kelsen de reafirmação da democracia parlamentar, isso somente ocorreu plenamente na Europa após a Segunda Guerra Mundial. E enquanto isso não chegava, na crise política do entre-guerras caracterizada pelo enfrentamento entre parlamentarismo e antiparlamentarismo, deu-se o aplastamento da democracia, tendo saído vencedor o antiparlamentarismo tanto na Alemanha quanto na Itália, na Espanha e em Portugal. Estabeleceu-se então uma das novas formas de ditadura por Kelsen denunciadas, qual seja, a ditadura nacionalista (ou fascista) de direita. Em contraposição, na União Soviética o antiparlamentarismo já havia triunfado sob a forma de ditadura do proletariado; mas esta já é outra questão.

Retornando-se a Jellinek, embora em essência descartasse ele a hipótese de que a perda de prestígio do Parlamento ocasionasse o retorno a uma espécie de “absolutismo”, isso se efetivou pouco tempo depois do advento de suas análises, com a decomposição weimariana e o subsequente avanço do nacional-socialismo e o centralismo de Hitler no poder a partir de 1933. Daí em diante o que se verificou na prática foi a **exacerbação do Poder Executivo**, situação que culminou na Segunda Guerra Mundial e em mais uma derrota para o Estado alemão. Fenômeno muito semelhante ocorreu na Itália, com a chegada do fascismo ao poder, com Mussolini, simbolizando o fortalecimento do Poder Executivo, acrescentando-se ainda as similares experiências espanhola e portuguesa. Em todos os casos, os **Estados perderam o qualificativo “de Direito”**, passando a ser altamente autoritários no transcurso de longas ditaduras.

Na Alemanha o fracasso da democracia política da República de Weimar e a ascensão ao poder dos nacional-socialistas foram especialmente **gravosos para a divisão dos poderes**. Esta, elemento essencial do Estado de Direito, foi eliminada em 23 de março de 1933 pela “lei de outorgamento de poderes”, a qual transferiu ao governo a faculdade de legislar, suprimindo, em consequência, a divisão entre o poder executivo (governo e administração) e o poder legislativo. O então Estado do “Führer” chegou à sua máxima expressão formal

tese de que o Estado está acima dos interesses sociais particularizados, pois tal tese é uma ilusão metafísica ou metapolítica, uma pura afirmação ideológica antidemocrática destinada a encobrir a dominação sobre a generalidade de um único grupo de interesses disfarçado como interesse geral, orgânico ou global. Em contraposição, no Estado democrático de partidos a vontade geral ou vontade do Estado, ao resultar da contraposição das vontades dos partidos, move-se numa linha média ou de compromisso entre interesses e posições divergentes. Dada a real significação dos partidos, parece claro que deveriam ter um reconhecimento constitucional que configurasse juridicamente o que são faticamente: ‘órgãos para a formação da vontade estatal’ ou ‘órgãos constitucionais do Estado’, e que garantisse sua democracia interna frente às tendências oligárquicas que se produzem no interior da organização dos partidos.” Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. P. 32-3.

quando, em 1942, o parlamento, desvirtuado ao ponto de constituir mero órgão de assentimento, excetuou expressamente o governante da obrigação de sujeitar seus atos às disposições legais vigentes.²⁸⁴

Também na França houve avanços e retrocessos na tentativa de **salvaguardar o equilíbrio entre os poderes estatais**. Basta consultar sua história constitucional para comprovar a dificuldade na manutenção da separação dos poderes tal e qual tinha sido pela primeira vez instituída na Constituição de 1791. Nesta procurou-se não permitir a preponderância sufocante de um dos poderes sobre os outros, embora a leve proeminência do Poder Legislativo, o que, como foi visto no primeiro capítulo, não chegava a comprometer a essência da teoria, que era evitar a concentração do poder. Conforme os ensinamentos de Pinto Ferreira,²⁸⁵ no início do século XIX, estando a França imbuída da sistemática filosófica advinda da teoria de Montesquieu, o fator ideológico predominante foi o parlamentarismo, lá instituído por volta de 1814. Mas as sucessivas transformações na política nacional fizeram com que tal forma de governo somente se estabilizasse depois da derrota de Napoleão III, quando caiu a Monarquia e em seu lugar instaurou-se a Terceira República, que duraria de 1870 até o governo de Vichy (1940). Este duraria até 1944, sendo um regime “auxiliar do totalitarismo” alemão, encabeçado pelo marechal Pétain. Olivier Duhamel refere-se à República de Vichy como aquela que consagrou e logo “confiscou” a democracia.²⁸⁶ E isto porque o regime organizou uma concentração do poder “sem precedentes depois da Monarquia Absoluta”, operando a confusão entre poder executivo e poder legislativo, apropriando até o poder judiciário.²⁸⁷

Tal como o parlamentarismo vigente na República de Weimar, também o da Terceira República francesa foi duramente criticado, neste caso por ter sido palco de sucessivas crises ministeriais, com excessivas quedas de gabinetes. Outra grande objeção feita internamente ao

²⁸⁴ Cf. HORN, Wolfgang. Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y democracia. Una compilación*. P. 57.

²⁸⁵ Cf. o seu verbete “Parlamentarismo-I”, in LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). Op. cit., vol. 57, p. 132.

²⁸⁶ DUHAMEL, Olivier. *Histoire constitutionnelle de la France*. P. 73.

²⁸⁷ Ibidem, p. 103, 106 e 109. Ao teorizar sobre a separação dos poderes em um Estado de Direito, Hermann Heller explicava estes aspectos dos Estados totalitários: “No Estado de Direito com divisão de poderes só vale propriamente como política a atividade do Estado que tem caráter dispositivo e, em troca, não se considera como política ou ao menos não no mesmo grau, a execução que atua sobre a base das disposições daquela; é dizer, que em geral, somente são atividades políticas o Governo e a Legislação, não a Administração nem a Justiça. O Estado “totalitário” das ditaduras modernas, que converte em política todas as demais relações sociais, tem que se valer não só da Administração como também da Justiça como instrumento imediato de poder.” Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 230.

parlamentarismo francês deveu-se ao fato de o Presidente da República, ao ser eleito pelo Parlamento e não diretamente pelo povo, redundar em mera figura inerte, sem prestígio ou força,²⁸⁸ manipulado que era pelas manobras parlamentares dos bastidores, o que igualmente contribuía para a instabilidade do país. Foi por esta razão que a Constituição de 1958, atualmente em vigor, procurou dar maior força à figura do Presidente da República, visando com isso **restaurar o Poder Executivo**.²⁸⁹

Mas a subsequente derrota bélica da Alemanha e da Itália supôs para ambos os países o **retorno ao regime constitucional**, assim como para aqueles outros países que a estas potências estavam alinhados ou por elas subjugados. Deu-se assim a **recuperação do parlamentarismo**, com as correções derivadas dos ensinamentos proporcionados pelas passadas crises. Um novo Parlamentarismo estendeu-se sobre as cinzas do antiparlamentarismo totalitário tanto na Itália e na Alemanha, num primeiro momento, quanto na Espanha e em Portugal, mais tarde (nos anos setenta do século XX), bem como ainda em inúmeros outros países, que voltaram ao parlamentarismo ou o adotaram pela primeira vez após os acontecimentos bélicos. Nas novas constituições destes países estabeleceu-se uma verdadeira democracia parlamentar, que descansava nos princípios da liberdade e do sufrágio universal, isto porque já se sabia muito bem a que poderia conduzir a dissociação teórica entre liberdade e democracia, e entre eleição e representação. Por outro lado, dentre as transformações de importantes elementos do sistema político e democrático representativo a partir de então vigentes, destaca-se o **reforço do Governo e da Administração**, sobretudo porque a estes se encomendava a realização de tarefas de “intervenção positiva” para procurar o “bem-estar” dos cidadãos.²⁹⁰ A este tema dedicar-se-á maior consideração nos desdobramentos do próximo item.

Sob outro prisma, na visão de Manuel Aragón, o Parlamentarismo Democrático do pós-guerra passou a ser a fórmula política na qual, ainda que tendo no **Governo o poder “mais forte”**, o **Parlamento segue sendo o eixo do sistema**, porque é o **centro de sua legitimidade e de sua atividade normativa**. Mas esta visão já não é partilhada por Rubem

²⁸⁸ No entanto, longa como foi a Terceira República, nela verificaram-se também períodos de crescente protagonismo do Poder Executivo, dando razão Jellinek aos que afirmavam que um “presidente do Governo da França é mais poderoso que Luís XIV em seu tempo, pois este durante o Antigo Regime, quando a centralização da França ainda não se havia realizado, não conseguiu impor em todas as partes sua vontade contra seus opositores.” Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 80.

²⁸⁹ Cf. FERREIRA, P. Parlamentarismo-I. Op. cit., p. 133.

²⁹⁰ Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, C. Op. cit., p. xxix.

Keinart, para quem a nova expansão do regime parlamentar do pós-guerra não conseguiu retomar a supremacia do Poder Legislativo, e o que passou a ver-se desde então até hoje é a “dificuldade crescente do Legislativo em se manter como o Poder supremo”, ao mesmo tempo em que se assiste ao “fortalecimento do Executivo”.²⁹¹ Afora isso, outra novidade passou a ser a generalização do **controle das decisões do Parlamento**, o que se justifica pelo fato de que a lei, embora continuasse ostentando o papel de norma primordial, deixou de ser a norma primária do ordenamento, papel então assumido pela Constituição, cujas prescrições estruturais e materiais impõem-se a todos os poderes do Estado.²⁹²

Registram-se, assim, ainda que apenas em resenha, os mais variados fatores de ordem político-conjuntural que favoreceram o **fortalecimento do Poder Executivo** até o ponto de degenerar em Estados autoritários, provocando a substituição do regime político adotado pelos Estados. Os exemplos vistos são extremos, em que quase sempre a situação de crise iniciou com **ataques ao Poder Legislativo, sobretudo nos Estados Parlamentaristas**.²⁹³ Assim se passaram as coisas na história, tendo a crise da democracia representativa em grande parte sido agravada por críticas pontuais que visavam desqualificar sobremaneira o Parlamentarismo como forma de governo. Pode-se mesmo afirmar que em algumas circunstâncias historicamente datadas - como na Alemanha de Schmitt - a crítica ao funcionamento de um dos poderes na dinâmica estatal contribuiu à funesta consequência do fortalecimento de outro dos poderes. Isto ocorreu quase invariavelmente na disputa que se travou entre os poderes Executivo e Legislativo pela hegemonia no seio da organização e do poder estatal. Mas, conforme entendimento de Manuel Aragón, o Parlamentarismo nem sempre gerou instabilidade governamental, assim como a instabilidade do executivo não implica, por princípio, um regime de assembléia, nem o predomínio do governo tem por que conduzir, inexoravelmente, a uma inoperância do parlamento.²⁹⁴

²⁹¹ Cf. KEINART, R. C. Op. cit., p. 65.

²⁹² Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, C. Op. cit., p. xxxi.

²⁹³ O que não se tem claro é se foram os fatos os responsáveis pela inversão dessa hegemonia - ou pelo menos pelo rompimento da harmonia entre ambos os poderes - que originaram as análises críticas dos autores citados, ou se o processo de mudança foi um resultado justamente dos poderes argumentativos e de convencimento das análises feitas. Pode ser que as análises apenas antecipavam já previsíveis e evidentes desfechos, mas talvez elas, mais do que mostrado as incongruências da prática da separação dos poderes, possam ter determinado a solução. As análises previram ou aceleraram os acontecimentos? Pelo menos em relação à Alemanha, isto é o que parece ter acontecido, contribuindo a teoria schmittiana ao fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo.

²⁹⁴ Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, Carl. Op. cit., p. xvi.

Essa fragilidade do pretendido e necessário equilíbrio entre os poderes estatais visando à não concentração dos mesmos em um único órgão, parece novamente rondar muitas democracias. Desta vez, porém, o **fenômeno da concentração de um dos poderes – outra vez o Executivo** – já se dá na própria democracia, sem necessitar romper o regime, o que parece muito pior, uma vez que a aparência de constitucionalidade dificulta a ação institucional de combate aos abusos. O caso brasileiro, com sua próxima passada realidade constitucional bastante deturpada pela emanção desenfreada de certos atos legislativos pelo Poder Executivo, oferece hodiernamente um dos exemplos – senão o exemplo – mais acabados do desvirtuamento que se acaba de expor. Voltar-se-á a este ponto específico em outros itens, passando-se agora a descortinar os múltiplos aspectos que envolvem a atuação legislativa do Poder Executivo.

2.2 - A competência legiferante do Poder Executivo

Passa-se neste segundo item a entrar num tema mais específico em relação a tudo o que foi visto até agora, visando perseguir, na doutrina, as explicações que são formuladas para justificar o fato de o Poder Executivo ser dotado de competência ou capacidade legiferante, isto é, competência para legislar.

Conforme foi exposto no primeiro capítulo, em síntese clássica, os três poderes do Estado são assim caracterizados: o Legislativo por fazer as leis, o Executivo por promover a execução geral da lei, e o Judiciário por aplicar a lei aos casos concretos. Relembre-se, a partir disso, que a capacidade ou a competência para legislar atribuída ao Poder Executivo consiste no exercício de uma de suas funções atípicas: a mais visível, a mais atípica e a que mais traz conseqüências ao normal andamento das atividades estatais e à vida dos administrados. Adiante se verá que, se não exercida em seus limites estritos, essa atividade legislativa pode conferir demasiada latitude ao Poder Executivo.

Também viu-se imediatamente acima os delineamentos da trajetória histórica da progressiva proeminência do Poder Executivo, dada principalmente no último século. Mas importa discernir que uma coisa foi o fortalecimento do Executivo em virtude do paulatino esmaecer do Poder Legislativo, possivelmente decorrendo das constantes críticas a ele endereçadas ao longo do seu próprio desenvolvimento histórico. Outra coisa foi o destaque que o Poder Executivo angariou como uma natural decorrência da necessidade de o Estado

intervir na condução da vida econômica e social, o que foi operacionalizado em grande parte pela atuação legislativa²⁹⁵ “atípica”, o que por sua vez tornou a debilitar o Poder Legislativo. Fenômenos distintos, ambos acabaram por **favorecer o avultamento do Poder Executivo** na esfera de atuação estatal: primeiramente o Executivo se fortaleceu porque o Legislativo, por si só (leia-se pelas suas imperfeições), desprestigiava-se; num segundo momento, o Executivo colheu os frutos do crescimento no cenário estatal por sua própria iniciativa,²⁹⁶ com isso legando de imediato e automaticamente ao Legislativo um lugar secundário na estrutura dos poderes do Estado.

Mas a atividade estatal de intervenção na economia e em outros setores da vida prática pelo Poder Executivo “legislador” não deveria por si só desmoralizar ou apequenar o Poder Legislativo, pois a mais importante tarefa que a este corresponde, ademais de criar a legislação, é o controle permanente do Governo, examinando a legalidade e a conveniência de seus atos.²⁹⁷ Assim, em tese, manteria o Legislativo em suas mãos o poder de refrear qualquer abuso do outro poder que estaria excepcionalmente realizando sua tarefa primordial. O problema está em que geralmente os parlamentos não cumprem esta função de controle, ou se a cumprem, fazem-no de maneira muito imperfeita, conforme se poderá ver mais adiante quando da análise do exemplo brasileiro. Passa-se agora a um estudo mais detalhado da atividade legislativa do Poder Executivo.

²⁹⁵ Com efeito, a legislação tornou-se uma das clássicas formas operacionais do “intervencionismo”, em função do que, nos tempos de hoje “muito mais legisla o Executivo”, dispondo pois de um *modus* “de singular valia” para participar no processo intervencionista. Cf. SIMÕES FILHO, Geraldo Vieira. *Intervencionismo estatal no domínio sócio-econômico*. P. 58.

²⁹⁶ Não é apenas pelo intervencionismo econômico que o Executivo entra em ação, mas também em outras situações de emergência, como as guerras e as calamidades públicas, para o que há previsão específica nos textos constitucionais; é quando se diz que o poder tende a funcionar melhor, e sobretudo mais rápido, se concentrado. Mas isso não é uma novidade contemporânea; os “próprios atenienses, tão ciosos da sua Democracia, que atingiu o máximo viável para a época no tempo de Péricles, mantiveram o recurso ao ‘Estratego autocrator’, enfeixador de toda Autoridade nos momentos de guerra e calamidade pública. Até a Roma republicana convocava o ‘Dictator’ em idênticas circunstâncias. Mas ambos apenas para defender as vidas, os bens e as instituições dos cidadãos, devolvendo os Poderes quando o perigo passava, a critério das assembléias populares que os escolhiam e destituíam livremente.” Cf. CHACON, Vamireh. *O novo parlamentarismo*. P. 10. Observe-se que em Roma a vigilância em tais casos exercida pelas assembléias ditas *consensus populi* e o controle pelo Senado configuravam contrapesos “precursoramente sutis para a época”. Cf. Idem.

²⁹⁷ Idéia já apregoada por Jellinek no início do século passado (em 1906). Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 77.

2.2.1 – Da necessidade da atividade legislativa do Poder Executivo

Será mesmo necessária e até imprescindível a atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo?

Grande parte dos autores admite que sim. E isso parece se confirmar pela efetiva presença de um Executivo “forte” no exame histórico das realidades concretas dos Estados ditos democráticos, pelo menos de um século para cá. Não cabe aqui analisar o caso daqueles Estados classificados como autoritários, eis que neles a tônica é justamente a concentração das três funções dos poderes estatais no Poder Executivo, não causando estranheza, portanto, que este não só legisle como também chame a si o comando das demais funções e atividades tipicamente estatais.²⁹⁸ Mas nos Estados Democráticos de Direito a atividade normativa ou legislativa do Poder Executivo representa sim uma modificação na divisão clássica das atribuições correspondentes a cada um dos poderes instituídos. E esta alteração na teoria clássica efetivamente se verifica na prática, tendo inicialmente sido justificada pela necessidade de o Estado interferir na ordem econômica para realizar materialmente os direitos sociais, mais fortemente em fins do século XIX e início do século XX. De lá em diante os estados democrático-liberais ocidentais tentaram adaptar suas estruturas políticas e jurídicas às novas necessidades e exigências do desenvolvimento técnico, social e econômico demandado até alguns decênios após o término da Segunda Guerra Mundial.²⁹⁹ Mas não obstante os desdobramentos e até recuos daquele modelo de Estado Social antes visto, essa atividade normativa do Executivo continua presente na realidade atual do Estado, só que

²⁹⁸ Não há, por certo, que se confundir a presença de um Executivo forte no Estado Social de Direito com um Executivo forte caracterizador de um Estado tipicamente autoritário. E isto porque embora o Estado Social de Direito seja verdadeiramente ativo, intervencionista, e por isso mesmo dotado de um Executivo forte, continua a estar na linha do Estado Liberal de Direito, ainda que um passo adiante, conforme Elías Díaz. Ou seja, apesar de todas as suas variantes, esclarece Elías, continua reunindo as características e exigências por ele definidas como próprias de todo Estado de Direito: “império da lei, formalizada como tal em um órgão popular representativo, separação e distribuição de poderes, legalidade da Administração e garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Mantendo estas exigências, o ‘executivo forte’ do Estado social de Direito fica perfeitamente diferenciado do, digamos, ‘executivo absolutamente incontrolado’ dos Estados totalitários.” E até a respeito destes o autor esclarece algo mais: “Nos todo-poderosos Estados totalitários o poder executivo é em verdade *incontrolado* pelos órgãos representativos de caráter popular e democrático, porém é perfeitamente *controlado*, claro está, pelos grandes grupos capitalistas e pelas elites do poder.” Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 103-4.

²⁹⁹ Pablo Lucas Verdú é referido por Elías Díaz para com sua autoridade afirmar que este Estado veio desde *Weimar* (1919), passando pela crise econômica de 1929 e pelo *New Deal*, conseguindo impor-se como vigente após a II Guerra em grande parte dos países desenvolvidos ocidentais, tais como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França e Itália. Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 102.

agora paradoxalmente justificada pela necessidade de “desmonte” daquela orientação intervencionista outrora implementada.

Com efeito, concretamente o parlamento já não mais possui o monopólio da produção legislativa no Estado contemporâneo, porquanto hoje em dia é fato consumado o reconhecimento no Poder Executivo da potestade de ditar normas com força de lei, seja em casos de extrema urgência, que impeçam a reunião das câmaras legislativas (decretos-leis), seja nos casos em que se requer a regulamentação de uma matéria eminentemente técnica ou de grande complexidade que exige uma preparação geralmente ausente nos parlamentares (decretos legislativos).³⁰⁰

Celso Ribeiro Bastos explica que a atuação do Estado intervindo no domínio econômico, socializando os serviços públicos, planificando a ação governamental, requer a tomada de decisões com certa celeridade, e só o Executivo tem condições para atender tal exigência. Isso lhe acarreta um grande número de atribuições: “Cabe ao Executivo governar; e governar, atualmente, não é só administrar. É enfrentar problemas políticos e sociais. Isto leva o Executivo a ocupar uma posição ímpar diante dos demais Poderes do Estado.”³⁰¹

Mas é evidente, conforme Manuel Aragón, que a atribuição da capacidade de legislar ao governo (por delegação do parlamento) não tem por que ser incompatível com a democracia parlamentar.³⁰² Acresça-se que mesmo a capacidade de legislar diretamente atribuída ao Poder Executivo pela Constituição, sem o intermédio de uma delegação legislativa, não deveria por si só desestabilizar todo um equilíbrio reinante na organização constitucional dos poderes.

De todos os modos, por muito que hoje se necessite ampliar o poder do Executivo, adianta-se desde já que há que se ter sérios cuidados em relação à atuação do mesmo. Neste sentido aduz Elías Díaz a respeito inclusive da intervenção decisiva na função legislativa que

continua sendo certo que sem um bom controle legislativo e jurisdicional daquele já nos situamos fora do Estado de Direito, nas **zonas do Estado absoluto, autoritário ou totalitário**: um Estado cujo executivo maneja – com certas diferenças de intensidade e exclusivismo em cada uma dessas três mencionadas formas – um poder ilimitado e incontrolado juridicamente.³⁰³

³⁰⁰ Cf. PASTOR, Manuel. *Los modelos de dominación política estatal*. Op. cit., p. 73-4.

³⁰¹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. P. 367-8.

³⁰² Cf. “Estudio Preliminar” de Manuel Aragón a SCHMITT, Carl. Op. cit., p. xxi.

³⁰³ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 49-50.

Abaixo se verão alguns detalhes das acima assinaladas duas vertentes de objetivos *latos* da atuação do Estado (uma social e a outra neoliberal), ambas levando a uma espécie de “inchaço”, ou melhor dito, a um inevitável fortalecimento do Poder Executivo em relação aos outros dois poderes.

Antes, porém, é salutar a lembrança feita por Francisco Sá Filho, no sentido de que, se dos três poderes o mais democrático é o Legislativo, “o mais forte é o Executivo, pois detém o comando das forças armadas e a bolsa dos dinheiros públicos (*purse power*). Robustecem-no ainda o poder de nomear e demitir, o de administrar e governar. Funciona ininterruptamente, de dia e de noite, sem férias, sem recessos, ao contrário dos outros dois, que agem por intermitências, mais ou menos espaçadas.”³⁰⁴ Prossegue dizendo que, como todo poder, tende a expandir-se, “e à sua expansão, mal se opõem os freios instituídos.” Logo, face à advertência de que pela sua própria natureza o Executivo aproxima-se de uma “semi-ditadura”, na expressão de Rui Barbosa, afigurando-se a sua incontestável tendência dominadora, reclama por isso mesmo de seus titulares “talento, prudência, serenidade e desprendimento”.³⁰⁵ É que, como se verá daqui para a frente, o Executivo sói envolver-se nas funções dos outros poderes, que forcejam em conter seu expansionismo. Esta tendência expansionista tem um *locus* preferencial, que é justamente o espaço da formação das leis, uma das mais altas missões do Estado.

2.2.2 – Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo

É impossível iniciar esta análise sem ter bem presente que o princípio da separação dos poderes foi um dos requisitos iniciais do Estado de Direito, vinculado à garantia da liberdade e ao império da lei. A rica doutrina iniciada por Montesquieu que, em palavras de Ranke, citadas por Manuel García-Pelayo, era “uma abstração do passado, um ideal do presente, e ao mesmo tempo um programa para o futuro”, sofreu, com o curso do tempo, um processo de dogmatização, convertendo-se numa proposição acrítica, de fé. Para o publicista espanhol recém-referido, “a divisão e implicação de poderes transformou-se em separação e derivou numa fórmula vazia de sustentação política, organizativa e sociológica, numa pura formalização que ignora a existência de outros poderes e, em geral, as transformações no

³⁰⁴ Cf. SÁ FILHO, F. Op. cit., p. 185.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 186.

funcionamento do sistema estatal.”³⁰⁶ Deixa-se de lado a história da teoria para determinar em que medida o modelo clássico dessa separação dos poderes foi compatível com as exigências do Estado Social e em que medida se viu obrigado a sofrer processos de adaptação.

Em primeiro lugar, diz Manuel García-Pelayo, a doutrina clássica da divisão dos poderes respondia a uma racionalidade axiológica unilateralmente orientada: “o valor máximo era a liberdade, a qual se tratava de garantir formalmente mediante a limitação do Estado pelo freio mútuo de suas potestades; no Estado Social, a liberdade é um valor de primeiro grau, porém que somente pode fazer-se valer articulada a outros valores (antes de tudo à segurança econômica) que não de ser garantidos materialmente pela intervenção acordada (e não separada) dos poderes do Estado”.³⁰⁷ Em segundo lugar, aduz García-Pelayo, o modelo da divisão de poderes respondia a uma racionalidade organizativa, a uma divisão das tarefas fundamentais do Estado, pelo que cada função deveria estar a cargo de um órgão distinto, precisamente o mais apropriado para tal em função de sua própria estrutura. Assim, como constatava o próprio Montesquieu, *se délibérer est le fait de plusieurs*, a formulação das leis deve ser tarefa do Parlamento, do mesmo modo que se *agir est le fait d’un seul*, a ação deve estar no Poder Executivo.³⁰⁸ Porém essa separação bem definida deixou de ser possível com o advento do Estado Social,³⁰⁹ um Estado dito *manager*, no qual “**uma boa parte da legislação material há de ser levada a cabo pelo Governo por via de decretos-leis** ou ordenanças, e inclusive a maioria da legislação formal, é dizer, aprovada pelo Parlamento, tem sua origem em projetos de lei apresentados pelo Governo, ao que se une, por toda parte, que o mesmo Parlamento pode ver-se na necessidade de *agir* mediante as chamadas ‘leis-medida’”.³¹⁰ A tudo isso acresce García-Pelayo que o controle da constitucionalidade das leis limita os poderes do Parlamento e ao mesmo tempo confere aos juízes uma função que ultrapassa em

³⁰⁶ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. Problemas del Estado Contemporaneo. In: SUBIRATS, J.; VILANOVA, P. Op. cit., p. 365.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ Esclareça-se que embora a função normativa do Poder Executivo tenha sido inaugurado como característica do dito “Estado Social”, sua origem histórica é encontrada na Itália bem antes de este modelo de Estado ter-se instalado em solo europeu, tendo sido emitidos vários decretos-leis no ano de 1859, ainda que a Constituição de 1848 não previra a legislação de urgência. Já a mais antiga previsão constitucional do decreto-lei é encontrada na Constituição da Prússia, de 31 de janeiro de 1850, em que, com a possibilidade de revogar leis, deveriam ser emitidos para urgente manutenção da segurança pública ou para superação de um extraordinário caso de necessidade. Cf. RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. P. 22.

³¹⁰ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. Problemas del... Op. cit., p. 365 (com grifos acrescentados). As “leis-medida” seriam aquelas que, em determinadas ocasiões, perderiam seu caráter de generalidade e se limitariam a regular hipóteses muito concretas. Cf. PASTOR, M. *Los modelos de dominación...* Op. cit., p. 74.

muito a que lhes assinalava Montesquieu.³¹¹ Resumindo, aquela inicial unidade de instituição e função foi substituída por um sistema mais complexo pelo qual um mesmo poder cumpre distintas funções, e uma mesma função é cumprida por mais de um dos poderes. Está-se, pelo visto, diante daquela já vista classificação de funções típicas e atípicas dos poderes do Estado.

Isso é admissível e não encontra maior resistência ou combate na doutrina, ao contrário, até logra fortalecimento quando se vê em Konrad Hesse,³¹² por exemplo, a defesa da idéia de que a rede de faculdades de coparticipação entre poderes também deve estender-se aos órgãos públicos. Segundo ele, como nenhum órgão pode assumir competências que não lhe foram designadas, a cooperação e a interdependência aliadas à separação entre os diversos organismos do Estado não só servem ao cumprimento de suas funções como auxiliam na inibição e no controle último do próprio poder público.

Mas Manuel García-Pelayo adverte que o **deslocamento de poderes em direção ao Executivo**, do qual praticamente nenhum Estado se livrou nos anos anteriores à Primeira Guerra Mundial, pode ter representado um processo de transformação das Constituições sem a reforma de seus textos. Isto se teria dado em função da “incapacidade de o esquema clássico de distribuição dos poderes para fazer frente à complexidade da vida”³¹³ de então, sendo que a este respeito são particularmente interessantes as conclusões a que chegou o informe *Donoughmore Committee's Report*, em 1932, na Inglaterra. A comissão parlamentar britânica, que foi nomeada em 1929, para sugerir “meios de limitar ou regular o *new despotism* do governo e da administração provocado pelo constante transpasse de funções legislativas ao executivo” concluiu:

1. A incapacidade do esquema legislativo clássico para prever e determinar todas as situações possíveis, pois a vida se manifesta em uma heterogeneidade de condições locais e temporais. Assim, quando o objeto da legislação é uma ampla reforma de índole técnica, então é difícil inserir num projeto legislativo ‘todas as prescrições ou provisões (*provisions*); é impossível prever todas as contingências e condições locais às que eventualmente possam aplicar-se os preceitos. Ademais, a prática [da conceção de plenos poderes] é estimável porque faz possível a constante adaptação a condições futuras desconhecidas, sem necessidade de reforma da legislação. A flexibilidade é essencial’, e, para isso, nada mais adequado do que o método dos plenos poderes, especialmente ‘onde o desenvolvimento técnico é rápido e muito freqüentemente imprevisível, a delegação legislativa é essencial para poder enfrentar-se as situações que surgem’.

³¹¹ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. Problemas del... Op. cit., p. 365.

³¹² Apud HORN, W. Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana. Op. cit., p. 70.

³¹³ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Escritos políticos y sociales*. P. 61.

2. A atividade estatal encontra-se com situações ante as quais é preciso decidir de modo imediato, sem que haja tempo para a formulação de um projeto legislativo. 'Em um Estado moderno há muitas ocasiões nas quais surge a necessidade de uma ação legislativa rápida. Em tais casos a delegação é o possível e inclusive o único remédio'; deste modo, 'não somente é prudente, mas inclusive pode ser vital..., equipar previamente o executivo com quase plenos poderes para enfrentar-se com situações de urgente necessidade'.³¹⁴

De resto, como ensina o constitucionalista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi a transformação do Estado Gendarme no *Welfare State* que provocou profundas modificações no caráter do Poder Executivo. Já se viu em item específico como se deu a referida transformação do Estado. Agora passa-se a algumas das suas conseqüências, especificamente no que diz respeito à extensão das tarefas do Executivo. A este é que "coube criar e gerir os serviços assistenciais, tomar o leme da vida econômica e financeira, impulsionar e mesmo dirigir os serviços públicos essenciais respaldando ou substituindo a iniciativa privada, fraca ou inexistente. Tudo isso recaiu sobre seus ombros porque sua estrutura concentrada lhe permitia as decisões prontas que nesses campos são necessárias."³¹⁵ Encontrou-se aí a justificativa inicial da autorização para o Executivo legislar em certos casos. Por fim, essa extensão de tarefas lhe trouxe aumento de prestígio. "Daí resultou que, embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse formalmente uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc."³¹⁶

Resta salientar que, do mesmo modo, ao serem reforçados governos e administrações no segundo pós-guerra, o foram principalmente para o desempenho daquele importante papel que era o de intervir positivamente na vida econômica para proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos, para reduzir as desigualdades econômicas e, em definitivo, para moderar os desequilíbrios econômicos e sociais.

Especificamente no Brasil o "Estado-Providência" ou Estado de Bem-Estar, expressão que foi melhor acolhida, começou a afirmar-se a partir de 1930, época em que foi criada uma legislação social de amparo ao trabalhador, -bem como foram estruturados os sindicatos e órgãos de representação, com a paralela intervenção do Estado na economia, diretamente com a criação de empresas estatais, ou indiretamente com o aumento da atividade

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. Poder Executivo-I. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., p. 103.

³¹⁶ Ibidem, p. 104.

regulamentadora. Conforme Ricardo Lobo Torres, este modelo de Estado consolidou-se nas décadas seguintes, com "a estratificação do direito trabalhista e a ampliação do intervencionismo econômico".³¹⁷ Juridicamente falando, este Estado iniciou sua trajetória com a Constituição de 1934, que, sob forte influência da de Weimar, trouxe pela primeira vez uma declaração de "direitos sociais". Mas este conteúdo social sofreu considerável desvio com o advento da constituição seguinte, a de 1937, inspirada no viés autoritário e fascista da *Carta del Lavoro*. A partir da reconstitucionalização, ocorrida em 1946, passou-se a receber a influência keynesiana, mas a sucessão de novo e longo ciclo autoritário, expresso na Constituição de 1967 e na de 1969 (dita Emenda Nº 1) manteve intocado o modelo "social" anterior e criou "o arcabouço para o incremento do intervencionismo econômico". Sabe-se, no entanto, que o modelo econômico dessa ditadura tinha pouco ou nada de compromisso com o "social", uma vez que sua filosofia era a daquela metáfora culinária de "primeiro fazer o bolo crescer para depois dividi-lo". Deve ser por isso que o mesmo autor observa que foi característico do "Estado de Bem-Estar Social" brasileiro não ter assumido ou atingido em sua plenitude a configuração que o modelo teve na Europa, mantendo-se aqui "fortemente vinculado ao patrimonialismo tão arraigado na cultura brasileira, o que lhe deu características cartoriais e paternalistas,³¹⁸ com excessiva concentração de rendas, péssima distribuição de

³¹⁷ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Estado-Providência no Brasil*. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 322.

³¹⁸ Esta feição paternalista do Estado dito "social" é desmascarada por Eros Grau, para quem o Estado atuou e ainda vem atuando como agente econômico em certas áreas, configurando atuações "injustificadas e indevidas" do ponto de vista social: "No Brasil, os empresários nacionais e estrangeiros não assumiram o papel de inovadores, arcando com as responsabilidades disso decorrentes. Paradoxalmente, foi sempre o Estado que, entre nós, promoveu, suportando o seu custo, inovações empresariais. Neste sentido, o Estado brasileiro se caracterizou como 'schumpeteriano'. Basta lembrarmos, aqui, os movimentos de criação de empresas estatais no Governo Getúlio (década de 40) e durante a ditadura militar (segunda metade da década de 60), além do desenvolvimentismo do governo Juscelino Kubitschek e do papel do BNDES e de outras agências e sociedades governamentais, como a EMBRAPA." Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 36. Para este mesmo entendimento convergem as análises do Estado de Bem-Estar feitas por Nicolás López Calera, amparado nas teses de Jürgen Habermas a respeito: "O capitalismo tardio é um capitalismo regulado pelo Estado, que põe fim ao capitalismo da concorrência. O Estado dedica-se a satisfazer numerosos imperativos do sistema econômico [...] Porém, tanto Estado a serviço, em última instância, da acumulação privada do capital, e, definitivamente, do poder econômico, significa um Estado contra os interesses das massas populares, isto é, das maiorias sociais, apesar de sua democracia formal e política." Cf. LÓPEZ CALERA, N. M. Op. cit., p. 13-4. Também José Afonso da Silva denuncia que no bojo do regime militar instaurado em 1964 no Brasil nasceu e se fortaleceu o "capitalismo cartorial", situação em que o setor privado se apega ao protecionismo estatal para realizar seus lucros, em que agências públicas, criadas para o exercício de políticas públicas, são apoderadas por grupos de interesses das respectivas áreas, de sorte que passam a constituir instrumentos de mobilização de recursos e de ações na satisfação desses interesses. A consequência é que se formam órgãos que representam interesses privados dentro do Estado, feudos corporativistas e de defesa clientelista de interesses privados. Deu-se, assim, ampla **privatização do Estado**, mais do que a estatização da economia, já que esta mesma foi, não raro, um meio de proteção do setor privado." Cf. SILVA, José Afonso da. Dez anos de vigência da Constituição de 1988 e mudanças constitucionais. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba*, n. 12, p. 49 (grifos originais).

prestações públicas e incontrolável corrupção.” E foi justamente por isso que, a partir da década de 90 do século passado, iniciou-se o desmonte desse modelo de Estado – para ceder passagem ao modelo neoliberal - com a privatização das empresas estatais, “avolumando-se as críticas à ineficiência da máquina estatal e à injustiça presente nos benefícios sociais”, procedendo-se “à política de contenção de gastos, de combate ao déficit orçamentário e de estabilização da moeda”.³¹⁹

Portanto se por um lado o “Estado Social” brasileiro teve o mérito de inicialmente criar uma rede de proteção aos direitos dos trabalhadores e de promover o desenvolvimento econômico, por outro deixou “o demérito de transferir para as empresas a responsabilidade pela manutenção do sistema da seguridade social, através de exóticas contribuições de natureza fiscal, e de vincular o desenvolvimento aos incentivos e à presença do Estado”,³²⁰ contribuindo por isso mesmo para enfatizar a atual “necessidade” da sua própria reforma.

Mas não há que se olvidar ainda um importante detalhe na trajetória deste modelo de Estado, enfatizado por Ricardo Lobo Torres: “Houve **sempre a preponderância do Executivo**, não só nos períodos autoritários das Cartas de 1937 e 1967/69,³²¹ como também nos democráticos, mantendo-se até hoje o que se convencionou chamar de entulho autoritário, como sejam **as medidas provisórias, que substituíram, com desvantagem, os decretos-leis.**”³²²

Visto o essencial a respeito das razões do fortalecimento do Poder Executivo num Estado de Bem-Estar, é chegado o momento de ver como este mesmo Poder foi logrando uma posição de destaque com a implementação das idéias neoliberais no interior dos países. Ingressa-se assim numa outra e nova concepção de Estado, situação em que o *Welfare State*, ou qualquer arremedo deste, cede passagem para o Estado Neoliberal. Neste particular acompanha-se a ampla e lúcida análise realizada por James Petras.³²³

³¹⁹ Cf. TORRES, R. L. Op. cit., p. 322.

³²⁰ Ibidem, p. 323.

³²¹ Neste período autoritário, o Executivo forte tinha outras prioridades em sua ação, que não apenas as de intervenção na economia, conforme a descrição feita por Carlos Ayres Britto no final dos anos 1970: “Época como a atual, marcada pela tendência ao fortalecimento por vezes exagerado do Poder Executivo, sob a alegação de que nele é que o Estado mais diretamente se apóia, para enfrentar os mais graves fatores de deterioração da vida social, entre os quais avultam a subversão ideológica, a perversão dos costumes e o terrorismo de todos os matizes”. Cf. BRITTO, Carlos Ayres. Separação de poderes-II. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., vol. 68, p. 207.

³²² Cf. TORRES, R. L. Op. cit., p. 323 (grifou-se).

³²³ Cf. PETRAS, James. *Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa*. P. 94 e passim.

Já se viu no primeiro capítulo como o Neoliberalismo tornou-se a ideologia dominante no mundo atual, representando uma tentativa de abolir os avanços sociais e restabelecer as condições sócio-econômicas vigentes antes do advento de governos populistas, social-democratas e outros regimes considerados de esquerda. Reafirma-se ainda que as transformações resultantes da aplicação dos postulados neoliberais, tais como as privatizações, as políticas de “ajustes estruturais”, o livre-comércio e as desregulamentações, produzem fortes impactos sobre todos os aspectos das relações sociais, econômicas, jurídicas, políticas, pessoais e, enfim, culturais.

Ao analisar a implementação do neoliberalismo na América Latina, James Petras diz que a tarefa foi executada por governos neoliberais eleitos, cobrindo um ciclo de ascensão, decadência e reprodução. Neste ciclo o analista localizou três marés desses governos, sendo que na maior parte dos países a primeira teria iniciado mais ou menos durante a transição das ditaduras militares para os governos civis eleitos, no início da década de oitenta do século XX; a segunda teve início no final da década referida e a terceira – a mais problemática – iniciou em meados dos anos noventa.

Na primeira maré os governos neoliberais chegaram ao poder beneficiados pela euforia propiciada pelo processo de redemocratização e pela expectativa do eleitorado de que as mudanças políticas e a abertura política trariam liberdade e prosperidade. Nesses primeiros governos neoliberais o autor inclui os de Carlos Andrés Pérez, na Venezuela; Raúl Alfonsín, na Argentina; Júlio Maria Sanguinetti, no Uruguai; José Sarney, no Brasil, Jaime Paz Zamora, na Bolívia; Alan García, no Peru, e Miguel de la Madrid, no México. Em comum, todos estes governos tiveram a aplicação, em determinado momento, dos programas de ajustes estruturais prescritos pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial. Também adotaram a retórica do “livre-mercado” e iniciaram o processo de desmantelamento da legislação trabalhista e de bem-estar social, além de terem lançado a privatização de empresas públicas, dando os primeiros passos para a realização de grandes leilões de privatização, abertos à participação de empresas estrangeiras. Mas esses governos civis, democraticamente eleitos, não conseguiram fazer com que as medidas liberais resultassem em um crescimento econômico dinâmico; ao final dos seus mandatos defrontaram-se com graves crises econômicas e escândalos de corrupção, causando mal-estar entre os eleitores e ensejando o aparecimento da segunda leva de governos neoliberais. Estes teriam vindo para atender aos

reclames das agências financeiras internacionais que consideraram as políticas adotadas por aqueles primeiros governos como não suficientemente enérgicas.

A segunda maré de governos neoliberais foi integrada por Caldera, na Venezuela; Menem, na Argentina; Lacalle, no Uruguai; Collor, no Brasil; Sánchez Lozada, na Bolívia; Salinas, no México, e Fujimori, no Peru. Estes políticos vieram para implementar uma agenda neoliberal nova e ainda mais radical do que a primeira, mas disfarçaram suas verdadeiras intenções nas campanhas eleitorais: visando conquistar o grande número de eleitores descontentes em seus respectivos países, dirigiram fortes ataques às conseqüências do neoliberalismo, tais como a pobreza, a estagnação econômica, a evasão de capitais e no Brasil a própria corrupção, com a propalada promessa de “caça aos marajás”. Mas assim que passaram as eleições e foram confirmados no poder, deixaram para trás a demagogia populista das campanhas e passaram a aprofundar as fórmulas neoliberais prescritas pela elite internacional. Conforme Petras, foi um período de intensificações nos cortes dos benefícios sociais, de corrosão do padrão de vida da população, de radicalização das fórmulas de privatização (incluindo empresas altamente lucrativas), de desemprego e de endurecimento nas restrições à atividade sindical. Os resultados foram uma vez mais catastróficos, piorando assustadoramente as condições sócio-econômicas nas principais cidades desses países.³²⁴

Paralelamente, os governos da segunda maré neoliberal passaram a centralizar ainda mais os poderes Legislativo e Executivo. O destaque ficou para o protótipo “fenômeno Fujimori”, no Peru, que incluiu um golpe de Estado auto-induzido, ou também dito autogolpe, ou ainda “fujimorização”. James Petras adverte que o elemento essencial do “autogolpe” está presente em todos esses governos, “que freqüentemente **impõem políticas por meio de**

³²⁴ Petras apresenta dados que comprovam que a deteriorização das condições de vida nestes países já vinha desde a primeira maré de governos de tendência neoliberal, como os indicadores que atestam que na Bolívia a renda média real por família diminuiu cerca de 28,5% entre 1980 e 1985, o que representou uma redução anual média em torno de 6,5%. Em contrapartida, na América Latina como um todo o setor urbano informal sofreu uma expansão da ordem de 39% no mesmo período, e a parcela da população urbana que vive de seus salários caiu de 70%, em 1980, para 64%, em 1985. Nas áreas rurais o preço da colheita obtido pelos produtores bolivianos de batatas diminuiu cerca de 20% entre 1987 e 1989, enquanto os custos do transporte aumentaram cerca de 33%, os insumos 15%, e o custo dos dólares necessários para a sua compra em torno de 160%. Mas segundo análise do autor, o custo do bem-estar das famílias afetadas por essas mudanças foi muito além da perda de receitas. “Durante o período de 1980-84, por exemplo, os gastos com os serviços de saúde pública diminuíram em toda a região, desde percentuais (modestos) de 13,4%, no Uruguai, até (elevados) de 77,7% na Bolívia. Os efeitos da perda do acesso aos serviços básicos de saúde e higiene evidenciaram-se na reparaçã, pela primeira vez no século XX, de cólera na região.” Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 73-4. Especificamente sobre os governos da chamada segunda maré de políticos neoliberais eleitos pela população Petras afirma que quando tinham cumprido a metade de seus mandatos “as condições socioeconômicas nas principais cidades tornaram-se catastróficas. O desemprego chegou a 17% em Buenos Aires e a 15% em São Paulo, ao passo que o desemprego mascarado chegou a 50% em Caracas e a 40% na cidade do México.” Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 97.

decretos do Executivo que atropelam o Poder Legislativo, violam normas constitucionais e direitos civis individuais.” E constata o mais surpreendente: “Nenhum tipo de protesto público, nenhuma demonstração de descontentamento evidenciada em pesquisas de opinião pública fazem qualquer diferença – os governos da segunda maré não hesitam em seguir obstinada e implacavelmente os princípios de sua doutrina ideológica.”³²⁵

As privações sofridas pela baixa classe média e trabalhadora, bem como o sacrifício social imposto à maior parte da população fortaleceram os movimentos sociais, os quais passaram a representar uma perspectiva revolucionária social, desafiando um princípio básico da doutrina neoliberal, segundo o qual “as alternativas não existem” (“ditadura do pensamento único”). Estes movimentos de contestação citados por Petras, com certos matizes ideológicos (principalmente os zapatistas no México, o Movimento dos Sem-Terra – MST -, no Brasil, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC -, na Colômbia e os produtores de coca, na Bolívia),³²⁶ configuravam uma forte oposição ao neoliberalismo justamente quando os governos da segunda maré entravam em decadência. Mas por outro lado, à medida que o ciclo neoliberal se completa, o eleitorado perde progressivamente a confiança na classe política e na sua capacidade de formular um novo projeto político-econômico. Isso fez com que mais uma vez a aparente oposição do eleitor ao neoliberalismo se traduzisse na eleição de um outro neoliberal, sobretudo porque os candidatos neoliberais não fazem campanha em favor de seu real programa (é óbvio que não prometem reduzir salários, eliminar serviços sociais ou aumentar os preços dos produtos básicos de consumo). E foi assim que, disfarçados novamente de populistas, combatendo os neoliberais de plantão e prometendo mudanças, Fujimori e Menem conseguiram bis na presidência de seus países, inaugurando a terceira onda na implementação do neoliberalismo. Nessa época o candidato Fernando Henrique Cardoso apresentava-se ao eleitorado brasileiro como um social-democrata e divulgando uma agenda social para os pobres. Uma vez eleito, “adotou a agenda neoliberal com uma determinação sem precedentes na história brasileira recente,”³²⁷ o mesmo podendo ser dito sobre Sánchez Lozada, na Bolívia, e Sanguinetti, no Uruguai.

³²⁵ Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 97-8 (com grifos acrescidos).

³²⁶ Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 99.

³²⁷ Em esclarecedor artigo, Tarso Genro desmonta a “falácia” de ser o governo FHC “social-democrata”, dando as razões que impedem se fale em social-democracia no Brasil atual, e o caracteriza, por fim, como um governo “neoliberal e elitista”. Cf. GENRO, Tarso. A roupa nova do rei. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, especialmente pp. 50, 51 e 52.

Por trás desse aparente ou efetivo engodo eleitoral existem razões e conseqüências bem mais graves e sutis, próprias do modo de agir neoliberal. Pela lúcida explicação de Petras, abaixo transcrita, pode-se entender o porquê da relação dos programas das campanhas ser inversamente proporcional à política pós-eleitoral. *In verbis*:

O Neoliberalismo *aviltou* o processo *eleitoral* tanto quanto *marginalizou* o *Legislativo* no *período pós-eleitoral*. Sob a égide do Neoliberalismo, a política eleitoral deixou de ser um método que oferece ao eleitorado alternativas dotadas de sentido, por meio do qual as expectativas do eleitor são correlacionadas aos resultados da eleição. O resultado levanta a questão da representatividade do governo. A não-representatividade eleitoral é um resultado do caráter essencialmente elitista do Neoliberalismo: a sua política socioeconômica é incompatível com eleições livres. Sob o regime militar, as medidas neoliberais podiam ser abertamente anunciadas e impostas. Nos sistemas democráticos de eleições livres, as políticas neoliberais precisam ser disfarçadas e depois impostas por meio da ficção do mandato eleitoral. A pseudolegitimidade dos regimes neoliberais reside na presunção errônea de que o governo foi “escolhido livremente”. Ocorre que os políticos são legitimamente eleitos apenas como representantes de uma posição assumida publicamente. Despido do contexto político, o processo eleitoral perde a sua legitimidade, assim como qualquer outro caso de fraude política. Considerando-se o grau de manipulação das campanhas eleitorais neoliberais para assegurar resultados pós-eleitorais diametralmente opostos aos desejados pela maioria do eleitorado, não se trata apenas de uma **violação da confiança**, mas também da **violação da própria noção de governo representativo**.³²⁸

James Petras esclarece ainda que no atual sistema político, centralizado no Poder Executivo e ligado ao capital neoliberal, o espaço para forças sociais oponentes é mínimo. Por outro lado, uma vez reconcentrado o poder político no Executivo, este torna-se o grande agente dos “ajustes” exigidos pelos credores internacionais, lembrando que o Neoliberalismo parte da premissa de que os pagamentos da dívida externa são sempre prioritários em relação a todo e qualquer projeto de desenvolvimento interno. Na prática brasileira, a obrigação de efetuar integralmente os pagamentos dessa dívida nas datas aprazadas tem levado à deterioração da infra-estrutura física do país, além de pressupor baixos custos sociais, mão-de-obra barata e cortes nos benefícios sociais, tudo para garantir a “confiança” do credor/investidor ultramarino. A abertura da economia ao capital estrangeiro, sobretudo a eliminação de setores estratégicos até então protegidos, é sempre capitaneada pelo governo (Poder Executivo) e dá-se por meio da desregulamentação, de incentivos fiscais e de zonas de livre-comércio. É importante frisar que a eliminação ou diminuição dos impostos pagos pelas

³²⁸ Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 102-3 (grifado no original, em itálico, e com grifos acrescidos, em negrito).

empresas multinacionais resulta na redução das receitas do Estado e na maior carga fiscal sobre as empresas locais e os assalariados. É por isso que ao mesmo tempo em que se verifica o declínio dos mercados internos, bem como elevados índices de falências nos setores comercial e agrícola, maior dependência das importações e elevado custo do dinheiro, para o sacrifício da classe trabalhadora como condição estrutural de longo prazo para os investimentos capitalistas.

Para além de tudo isso, e justamente pelos inúmeros processos de reformas estruturais que se realizam em um Estado Neoliberal, especialmente as que se dirigem a privatizar o patrimônio público, o Neoliberalismo torna-se uma doutrina atraente por facilitar a **corrupção política**. Segundo Petras³²⁹ essa corrupção se dá via oportunidades de privatizações que oferecem comissões e parcerias às autoridades controladoras do processo, mas também as concessões comerciais e de recursos e os acordos trabalhistas que favorecem os empregadores estão repletos de práticas corruptas, facilitadas assim pela doutrina do livre-mercado.

No Brasil, a partir de 1988, tudo isso foi e é feito, em grande parte, pelas **medidas provisórias**, que se têm revelado o meio mais rápido, propício e eficiente para o **Poder Executivo cumprir essas tarefas de ajustes estruturais ditadas pelo Neoliberalismo**. E assim tem sido porque, como em praticamente todos os casos de transição de regimes militares para regimes eleitorais civis na América Latina da década de oitenta do último século, também no Brasil os processos decisórios para a definição dos parâmetros da economia política (o alinhamento ao livre-mercado) **reforçaram os traços autoritários** do próprio sistema político que então se inaugurava. Justamente por tratar-se de medidas contrárias aos interesses populares, a maior parte das decisões relativas às privatizações de propriedades públicas foi implementada por aquele tipo de normas criadas pelo Poder Executivo à revelia – ou com a conivência – dos demais poderes constituídos, como se verá no próximo capítulo. Conforme James Petras, essa “prática de governar por decretos [no Brasil chamados de Medidas Provisórias] acompanhou o **aumento do Poder Executivo**, particularmente dos ‘tecnocratas’ não-eleitos ligados aos credores ultramarinos e às multinacionais.” Disso resultou o “**eclipse dos parlamentos e o solapamento dos princípios democráticos**”,³³⁰ eis que todo o processo de privatização, ao deslocar os comandos da

³²⁹ Cf. PETRAS, J. Op. cit., p. 112.

³³⁰ Ibidem, p. 363.

economia para os tomadores de decisões do setor privado, deixou os cidadãos sem direito de voz ou voto em áreas fundamentais.

Daí que, em última análise, a atual crise dos regimes eleitos **não é uma crise “da democracia”**, mas sim de **“regimes neo-autoritários** que reagem às elites domésticas e ultramarinas sem mandato eleitoral”³³¹ remetendo à questão fundamental da natureza de um autêntico processo de democratização,³³² assunto ao qual se voltará no capítulo três.

De resto, a inquietude em relação a todos estes pontos acima levantados não se verifica na análise apenas do caso brasileiro. Está presente em vários outros países com semelhantes trajetória histórico-econômica e tradição política. É o caso do México, por exemplo, onde, segundo Jorge Carpizo, nas últimas décadas “o equilíbrio dos poderes inclinou-se decididamente a favor do executivo”. Também lá “o poder legislativo não vem exercendo muitas de suas faculdades constitucionais; o presidente da república realiza atribuições metaconstitucionais que o convertem na coluna vertebral de todo o sistema político; os pesos e contrapesos constitucionais não têm operado e as liberdades e direitos dos mexicanos têm ficado, em ocasiões, sob a discricionariedade do poder executivo.”³³³

³³¹ Ibidem, p. 367.

³³² Fernando Whitaker da Cunha faz uma análise que atribui uma das constantes mais nocivas da história política brasileira, que coloca empachos à evolução institucional e ao alcance de uma realidade democrática, à “persistência de complexos coloniais”, sobretudo do paternalismo no poder. Este, contrário ao interesse público, é estimulado por uma infra-estrutura econômica peculiar, que nutre uma dependência inequívoca ao poder local e a chefes de maior ou maior importância. Isto fez - e ainda faz - com que se rendessem tributos a um Executivo central hipertrofiado, “que poucas vezes desenvolveu um programa político racional”, mas intimidou e pressionou as demais funções do Poder. Desenvolveu-se, assim, uma concepção de que a segurança não deveria ser buscada na lei ou na organização de grupos de interesses comuns, mas em pessoas poderosas ou pretensamente poderosas. Cf. CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Constitucional do Brasil*. P. 368. Com alguma ou outra variante esta análise já foi feita anteriormente em outros estudos, muitos deles clássicos, como os de Sílvio Romero (*Presidencialismo e parlamentarismo*), Tobias Monteiro (*Funcionários e doutores*), Meira Penna (*Em berço esplêndido – ensaios de psicologia coletiva brasileira*), Oliveira Viana (*Problemas de organização e problemas de direção*) e Raymundo Faoro (*Os donos do poder*). Deste último colhe-se a lição de que o estamento burocrático, nascido do patrimonialismo e ligado às raízes lusas, embora norteie a vida política, econômica e jurídica do país, não pode propiciar, pelo seu reacionarismo, um governo autenticamente popular. O cientista político e social da Universidade de Yale (EUA), Juan Linz, quando de suas análises do presidencialismo latino-americano, também alude à característica e “forte dependência das qualidades pessoais de um líder político” ou “das virtudes de um estadista”, considerando este um caminho de risco. Cf. LINZ, Juan. *Los peligros del presidencialismo*. In: EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. (Dir.). *Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*. P. 33.

³³³ Cf. CARPIZO, Jorge. *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina*. *Día a día*, Madrid, n. 23, p. 6.

Por ora fecha-se este item chamando a atenção para o fato de que na maior parte das vezes em que tem espaço um Executivo forte,³³⁴ o Estado que o sedia toma feições ditatoriais e pode **atuar com maior rapidez**, justamente porque **despreza a mediação das instituições democráticas**, sobretudo do parlamento, considerado lento e ineficiente.³³⁵ Assim, se por um lado é bem verdade que consideráveis demoras por vezes entorpecem e até fazem fracassar projetos de atuação governamental, por outro precisamente a maior agilidade e efetividade do Estado acarreta massivos perigos para a liberdade do cidadão. E não se pode esquecer que o objetivo fundamental do Estado de Direito foi, em seu nascedouro, brindar proteção ao cidadão ante o poder do Poder Executivo, libertando-o da qualidade de súdito. Apesar disso e justamente pelas razões vistas neste item, a presença de um Executivo forte e legislador é uma realidade na grande parte dos Estados contemporâneos, conforme se verá a seguir.

2.3 – O Executivo legislador no Direito Constitucional positivo de outros países

Procura-se evitar a expressão “Direito Constitucional Comparado” porque isso implicaria não só uma análise bastante pormenorizada de todos os países onde institutos semelhantes à Medida Provisória se verificam, bem como teria que se adotar outro estilo de texto, conforme exige a utilização do método comparado. Trata-se, neste estudo, de proceder a um levantamento de alguns direitos positivos constitucionais visando colher mais luzes para a etapa final do trabalho. Assim, embora não seja objetivo do trabalho analisar todos os países neste particular, informa-se que, segundo levantamento efetuado por José Roberto Vieira, em cinquenta e sete Constituições de quatro Continentes,³³⁶ inicialmente são trinta e nove

³³⁴ É novamente a autoridade de Linz no assunto que vem esclarecer o tremendo equívoco que norteia a associação entre Presidencialismo e Executivo forte, chamando a atenção para o fato comprovado de o clamor a favor de “presidentes fortes” acabar redundando em governos com maior tendência a sofrer crises: “[...] desde suas origens históricas, a separação dos poderes foi concebida para gerar governos ‘fracos’, pesos e contrapesos (‘Checks and balances’) (que podem converter-se em bloqueios, responsabilidades divididas, desconfiança entre os poderes), **justo o contrário de um poder e uma liderança ‘fortes’**. Não surpreende que os mandatos de presidentes que queriam ser ‘fortes’ – Vargas, Allende, Marcos, Goulart, Alán Garcia, Aristide – terminaram num desastre de um ou outro tipo.” Cf. LINZ, Juan J. *Democracia presidencial e parlamentar: Qué diferencia implica?* In: LINZ, J. J.; VALENZUELA, Arturo (Comps.). *La crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*. P. 30 (grifou-se).

³³⁵ Neste sentido veja-se a análise de Wolfgang Horn: “Em vista do acúmulo de funções que deve atender, o Estado moderno se veria superado em suas possibilidades e definitivamente terminaria por ser inoperante se para toda norma jurídica fosse necessário a forma de lei e o respectivo e embaraçoso procedimento legislativo.” Cf. HORN, W. Op. cit., p. 75.

³³⁶ No brilhante trabalho desenvolvido pelo jurista, a seleção dos textos constitucionais deu-se pela disponibilidade dos mesmos, não obedecendo sua investigação a nenhum critério político ou geográfico. Na Europa foram examinadas as seguintes Constituições: Alemanha, Austria, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Suécia e Suíça. Na Ásia: China, Coréia, Filipinas, Índia, Irã, Japão, Síria e Turquia. Nas Américas: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Porto Rico, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela. Na África: Angola, Argélia, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Cf. VIEIRA, José Roberto. *Medidas provisórias em matéria tributária: as catilnárias brasileiras*. P. 130-2. Neste particular embarcar-se-á no extenso e profundo estudo desenvolvido pelo autor.

(68,5%)³³⁷ os ordenamentos jurídicos contemporâneos que consagram a possibilidade de o Executivo ser legislador à maneira “medida provisória”, pouco importando o *nomen juris* que receba a espécie normativa pela qual o Poder Executivo tem assegurado o poder de legislar.

Os trinta e nove países referidos numa primeira aproximação são: Alemanha, Argélia, Argentina, Áustria, Bélgica, Brasil, Bulgária, Cabo Verde, Chile, Colômbia, Coréia do Norte, Cuba, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, França, Grécia, Guatemala, Guiné-Bissau, Honduras, Hungria, Índia, Irã, Itália, México, Moçambique, Nicarágua, Noruega, Panamá, Peru, Polônia, Portugal, República Dominicana, Romênia, São Tomé e Príncipe, Suécia, Uruguai e Venezuela. Deste rol apresentado por Vieira exclui-se, neste estudo, o Uruguai, conforme poderá ser visto no subitem especificamente destinado à análise desse País.

Porém é preciso ressaltar que em suas análises mais acuradas José Roberto Vieira³³⁸ percebeu que em alguns destes países o caso é de típica delegação, equivalendo a espécie normativa à “lei delegada” brasileira, ainda que atendendo pelo nome de “decreto-lei” ou de “decreto com força de lei”. São os casos do Chile, da França, do Panamá, de São Tomé e Príncipe, de Portugal, de Cabo Verde e da Colômbia. Contudo, ainda conforme a arguta observação do autor, destes sete Estados estrangeiros apenas França, Chile, Panamá e São Tomé e Príncipe devem ser excluídos daquele rol inicial, uma vez que os demais, embora denominando leis delegadas de decretos-leis ou de decretos com força de lei, igualmente apresentam em suas Constituições espécies normativas que equivalem à Medida Provisória brasileira. Em que pese a complexa organização constitucional francesa neste particular, conforme se poderá ver em item *infra*, neste estudo ousa-se discordar do autor em comento para manter-se a França entre os países que permitem ao Executivo a utilização de instrumentos semelhantes à medida provisória.

Por outro lado julga-se ainda interessante enunciar o raciocínio de José Roberto Vieira que explica que em sete daquelas Constituições as espécies normativas apresentadas da mesma maneira como é concebida a medida provisória, em realidade desta diferem radicalmente, mormente no seu processamento, vindo a nada mais serem do que leis discutidas e aprovadas por comissões parlamentares, especialmente durante o recesso do parlamento.³³⁹ A atuação dessas comissões, que na Bulgária, Cuba, Guiné-Bissau, Polônia e Romênia chamam-se “Conselho de Estado”, na Hungria “Conselho Presidencial” e em Moçambique “Comissão Permanente da Assembléia Popular”, retira dos “decretos com força de lei” a semelhança que os mesmos poderiam guardar com a medida provisória. E isto porque, conforme o autor, “trata-se de hipótese que nossa carta também prevê, quando, nos termos do regimento, for dispensada a competência do plenário; ressaltado recurso de um

³³⁷ *Ibidem*, p. 207.

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ Cf. VIEIRA, J. R. *Op. cit.*, p. 208.

décimo dos membros da casa (art. 58, § 2º, I). Ora, seja a lei aprovada pelo plenário do órgão legislativo, seja por uma comissão composta por membros seus, fato irrecusável é que o instrumento segue sendo uma lei.”³⁴⁰ Com essas novas subtrações, para o autor reduzem-se a vinte e oito os países que adotam institutos semelhantes à medida provisória (49% dos diplomas constitucionais analisados). Conforme observações feitas acima, para fins deste estudo, esses países seriam igualmente em número de vinte e oito, devendo-se no entanto fazer referência à exclusão do Uruguai e à manutenção da França no cômputo final.

Mas enfim, como resulta dispendioso, por fugir aos objetivos do trabalho, esmiuçar o mapa completo dos países que atualmente permitem em suas constituições que o Poder Executivo legisle nos moldes da medida provisória, far-se-á aqui uma breve sinopse, privilegiando a análise dos grupos de países pertencentes ao Mercosul e à União Européia, bem como do caso isolado dos Estados Unidos da América do Norte, sempre a partir do disposto em seus respectivos textos constitucionais.

2.3.1 – Executivo legislador nas Constituições dos países-parte do MERCOSUL

Prossegue-se passando às específicas disposições constitucionais do Uruguai, da Argentina e do Paraguai a respeito da possibilidade de o Poder Executivo legislar, lembrando que se analisará mais aprofundadamente e **em separado o caso brasileiro**.

Antes faz-se uma breve referência à opção histórica pelo Presidencialismo³⁴¹ na Ibero-América, marcada pela influência norte-americana, sobretudo para identificar um perfil mais ou menos semelhante que a separação dos poderes assumiu nesses países. Após a luta emancipadora do poder metropolitano espanhol, os primeiros governantes desses países estabeleceram uma organização do poder “estritamente verticalizada”, em que as decisões políticas dependiam das suas meras vontades, “no mais puro estilo militar”. Assim, nos primeiros anos de vida independente, os líderes revolucionários, até os mais democráticos,

³⁴⁰ Idem.

³⁴¹ Somente o Chile, o Peru e o próprio Brasil experimentaram modelos constitucionais de corte próximo ao parlamentar. No Chile a experiência deu-se de 1891 a 1925. No Peru, a Constituição de 1979 criou a figura do “Presidente do Conselho de Ministros”, que na prática não passou de um *primus inter pares*, uma vez que não é possível identificar suas funções e responsabilidades com as de um primeiro ministro num regime verdadeiramente parlamentar. No Brasil primeiro deu-se com a “monarquia parlamentarista” de 1822 a 1889, que acabou encarnando a idéia de “executivo forte”, dissimuladamente qualificado pela Constituição de 1824 como “poder moderador”; depois veio a experiência de 1961 a 1963, quando na república presidencialista pretendeu-se pela via parlamentarista acalmar as tendências esquerdistas do presidente João Goulart. Por outro lado, o continente americano é básica e essencialmente republicano. É por isso que quando em abril de 1993 se celebrou no Brasil o plebiscito para que os votantes se pronunciassem sobre a forma política que desejavam dar ao Estado, podendo optar entre Monarquia e República, a opinião pública internacional ficou tão impressionada com o fato de um país do Novo Mundo estar cogitando uma tradição monárquica que supostamente já havia enterrado ao longo do século XIX, que ficou em segundo plano a segunda opção posta pelo plebiscito: o parlamentarismo ou o presidencialismo. Mas enfim viu-se fortalecido tanto o presidencialismo quanto a república: dos mais de 91 milhões de brasileiros com direito ao voto, 68,9% inclinaram-se pela república, e apenas 10% pela monarquia; 58,7% optaram pelo sistema presidencial e 23,9% pelo parlamentarismo, tendo 16% rechaçado ambas as possibilidades. Cf. HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, Manuel. Las raíces históricas del presidencialismo iberoamericano. *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, n. 7, p. 243.

viam na alternativa autoritária a única opção para a sobrevivência dos nascentes Estados. O próprio Simón Bolívar havia previsto tal caminho político, sustentando a necessidade de criar governos fortes sobre os quais se sustentariam sociedades viáveis e ordenadas, em contraposição ao caos e à anarquia. Em seu projeto de Constituição para a Bolívia, o Libertador atrelou mensagem expressando literalmente que o “presidente deveria ser como um sol situado no centro do universo”.³⁴² Assim, em que pese a decisiva influência norte-americana na tradição política e administrativa ibero-americana, é forçoso reconhecer que a opção constitucional por um Poder Executivo forte tem raízes ideológicas nos fundamentos teóricos das políticas absolutistas. Assim, a tradição “do absolutismo e do centralismo hispano” aliada à opção dos norte-americanos por um poder presidencial forte frente à dispersão congressual contribuíram para a consolidação de um “presidencialismo muito particular” na Ibero-América, sobressaindo-se dois traços que o identificam sobremaneira: o personalismo e o continuísmo.

Nestes países, esclarece Manuel Hernández Ruigómez, foi a combinação das tendências ideológicas com as culturais, latentes no americano (personalismo, ênfase no papel de líder, centralização e concentração do poder) , que levaram o “presidencialismo teórico inicial, caracterizado por uma rígida separação de poderes, a degenerar numa aberta intromissão, com um chefe do Estado e do Governo imiscuindo-se nas respectivas esferas de atuação dos outros Poderes”.³⁴³ Por acréscimo, segue o autor, algumas constituições chegaram inclusive a sancionar a eventualidade desse comportamento totalizador, sobretudo no campo da confecção das leis, em que o presidente, ao contrário do que é visto no norte do continente, se vê legitimado para intervir no processo legislativo, “e freqüentemente inclusive para elaborá-las sem o concurso do parlamento”.³⁴⁴

Juan Linz, um dos maiores estudiosos do tema do presidencialismo na América Latina, desenvolveu a tese de que nela muitos Estados presidencialistas têm dificuldade em desenvolver e manter a democracia.³⁴⁵ Daí ter-se tornado grande defensor do sistema parlamentarista, demonstrando o desempenho histórico superior das democracias parlamentaristas.³⁴⁶ Suas críticas ao sistema presidencialista, aparentemente demolidoras,

³⁴² Ibidem, p. 245.

³⁴³ Ibidem, p. 255.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ Cf. LINZ, Juan J. Los peligros del presidencialismo. In: EGUIGUREN PRAELI, F. J. (Dir.). Op. cit., p. 32.

³⁴⁶ Ibidem, p. 11 e 12.

fizeram-se justamente a partir da análise do período histórico no qual a maioria dos países latino-americanos saía de suas ditaduras, com o presidencialismo. Eram os períodos da restauração da democracia então chamados de “Democradura”.³⁴⁷ Conviria perguntar se mais de uma década após o restabelecimento democrático esta dificuldade de lidar com a democracia permanece ou não nesses países. Pelo menos o caso do Brasil poderá ser visto no terceiro capítulo.

O que se tem por certo é que o fenômeno político da personificação do poder na tradição latino-americana expressou-se por um certo caudilhismo em suas Repúblicas, visto que o poder pessoal do presidente quase sempre foi exercido com eficácia, “tendendo para o caudilhismo, como uma degenerescência latino-americana do presidencialismo norte-americano”.³⁴⁸ Esta “tendência” histórica é lembrada por Pinto Ferreira, que a exemplifica com as inúmeras revoltas e golpes de Estado.³⁴⁹ Paralelamente ao personalismo e com este conexo, relembra Ruigómez que historicamente houve muitas trocas de presidentes, complementadas pelas trocas de Constituições,³⁵⁰ isto porque a cada troca do Poder Executivo, as leis fundamentais tinham que dar ao Estado e ao novo líder um aspecto democrático, de acordo com as exigências do momento. Afora isso as novas Constituições cumpriam a tarefa de fornecer ao novo líder uma panóplia de mecanismos constitucionais que lhe permitissem governar sem a interferência de outros “poderes”, neutralizando assim a teórica ação que seria empreendida pelo Legislativo e pelo Judiciário. Por fim, serviram ainda as novas constituições para impedir legalmente que os rivais dos regimes de governo então implantados pudessem atacá-los, pois mesmo que aos críticos configurassem sistemas despóticos pela enorme concentração de competências em uma só pessoa, contariam, não obstante, com o salvo-conduto “democrático-teórico” oferecido pelo amparo de uma Carta Magna.

Regra geral, o presidencialismo adotado na América Latina reserva aos Presidentes das Repúblicas atribuições mais extensas do que aquelas previstas na Constituição dos EUA.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 32.

³⁴⁸ Cf. FERREIRA, Pinto. Poder Executivo-II. Cf. LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). Op. cit., vol. 59, p. 122.

³⁴⁹ *Idem*. Também Nelson Saldanha alude ao característico fenômeno do caudilhismo e suas implicações: “Nos chamados ‘países em desenvolvimento’, tornou-se muito comum o capcioso argumento segundo o qual só um Executivo bastante *forte* pode conduzir o processo de ‘modernização’ sócio-econômico. Nestes países, geralmente o Legislativo possui fraca tradição histórica, e por isso mesmo resiste mal aos movimentos tendentes à autocracia e ao caudilhismo.” Cf. SALDANHA, N. *O que é poder legislativo*. P. 33 (grifado no original).

³⁵⁰ Segundo o autor, a história ibero-americana mostra uma cifra de 227 Constituições nos primeiros 150 anos de independência das 19 nações consideradas da área, destacando-se o caso da Venezuela, que entre 1901 e 1931 contou 10 constituições, duas delas em 1914. Cf. HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, M. Op. cit., p. 258.

Essa prática institucional está mesmo desnaturalizando o Presidencialismo enquanto sistema de governo. Neste quadro, a história de intermináveis autoritarismos provocou modificações no modelo original e gerou cesarismos de todo o tipo, donde o predomínio do Poder Executivo se sustenta, dentre outros mecanismos, pela habilitação legislativa.³⁵¹

Estas são mínimas informações introdutórias, necessárias para que, a partir delas, se possa olhar a atual configuração constitucional no tocante à possibilidade de o Poder Executivo fazer as vezes de legislador nos países que se seguem. E mais: não obstante em algum caso estas possibilidades não estejam reconhecidas no texto constitucional, não é de se duvidar que alguma “prática constitucional” as permita, haja vista a já conhecida “tendência” histórica para o fortalecimento do Poder Executivo nestes países latino-americanos.

2.3.1.1 - Na Constituição da Nação Argentina³⁵²

A atribuição legislativa do Presidente da República argentina pode dar-se em razão de delegação, da matéria ou de necessidade, conforme explicações de Humberto Quiroga Lavié.³⁵³

Quanto aos dois primeiros casos, pelo artigo 76, "proíbe-se a delegação legislativa no Poder Executivo, salvo em matérias determinadas de administração ou de emergência pública, com prazo fixado para seu exercício e dentro das bases da delegação que o Congresso estabeleça".

Já os "decretos de necessidade e urgência" têm previsão constitucional no artigo 99 (Capítulo III, Segunda Seção da Segunda Parte, que trata das "Autoridades da Nação"), mas aparecem como exceção, nestes termos:

Art. 99 – O Presidente da Nação têm as seguintes atribuições:

[...]

3. Participa da formação das leis em conformidade com a Constituição, as promulga e as faz publicar.

O Poder Executivo não poderá em nenhum caso, sob pena de nulidade absoluta e insanável, emitir disposições de caráter legislativo. Somente quando circunstâncias excepcionais fizerem impossível seguir os trâmites ordinários previstos por esta Constituição para a sanção das leis, e não se trate de normas que regulem matéria penal, tributária, eleitoral ou o regime dos partidos

³⁵¹ Cf. KRSTICEVIC, Viviana. Presidencialismo en America Latina. In: SANTIAGO NINO, Carlos et al. *El presidencialismo puesto a prueba. Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*. P. 133-5.

³⁵² A Constituição Argentina é de 1853, com as reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994.

³⁵³ Apud SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. P. 181.

políticos, poderá ditar decretos por razões de necessidade e urgência, os quais serão decididos em acordo geral de ministros que deverão referendá-los, conjuntamente com o chefe de gabinete de ministros. O chefe de gabinete de ministros, pessoalmente e dentro dos dez dias, submeterá a medida à consideração da Comissão Bicameral Permanente, cuja composição deverá respeitar a proporção das representações políticas de cada Câmara. Esta comissão encaminhará sua decisão ao plenário de cada Câmara em um prazo de dez dias para seu exposto tratamento, o que será imediatamente considerado pelas Câmaras. Uma lei especial sancionada com a maioria absoluta da totalidade dos membros de cada Câmara regulará o trâmite e os alcances da intervenção do Congresso.

Ressalte-se que, embora sem previsão inicial no texto constitucional de 1853 (cuja última reforma era de 1957), nem nas leis, a prática sancionava o costume de expedir o que seriam os “decretos-leis”. Vale dizer: o Poder Executivo argentino valia-se de atos que substancialmente configuravam “decretos de necessidade e urgência” bem antes de eles terem sido positivados na Constituição pela revisão constitucional de 1994. Para isso contava com a colaboração do Poder Legislativo, que os convalidava.³⁵⁴

Uma avaliação dessa constitucionalização dos decretos-leis efetuada pela reforma constitucional de 1994 aponta que a regularização da anterior prática inconstitucional parece ter configurado o caso da “emenda vir a ser pior do que o soneto”. É o que afirmou Valdés Costa, dizendo que “o Presidente Menem fez um uso abusivo desta faculdade constitucional excepcional”.³⁵⁵

2.3.1.2 - Na Constituição da República Oriental do Uruguai³⁵⁶

A Constituição Uruguaia apenas refere, no nº 7 do artigo 168, a possibilidade de o Presidente da República propor às Câmaras projetos de lei ou modificações às leis anteriormente dadas, com “declaratória de urgente consideração”. E ainda assim tal “declaração de urgência” deve obedecer a alguns requisitos (a-h). Afora isso, o art. 260 diz: “Os decretos dos Governos Departamentais que tenham força de lei em sua jurisdição, também poderão ser declarados inconstitucionais, com sujeição ao estabelecido nos artigos anteriores”.

³⁵⁴ Conforme observações de Rafael Bielsa, citadas por SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 184 e 191.

³⁵⁵ Apud AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoría General de la Ley*. P. 117.

³⁵⁶ A Constituição Uruguaia é de 1º de fevereiro de 1967, com as reformas de 1989, 1994 e 1997.

Alberto Ramón Real ao escrever sobre os princípios fundamentais e a improcedência da delegação legislativa e dos decretos-leis de urgência assim se manifestou: “A separação de poderes é, no Uruguai, um princípio de direito positivo. [...] Nossa tradição repudia a confusão de poderes e a expedição de decretos com força de lei pelo Poder Executivo.”³⁵⁷ Prosseguiu esclarecendo que a Constituição “tampouco prevê os decretos-leis”, advertindo no entanto que as “medidas imediatas de segurança”³⁵⁸ teriam alcance similar, segundo algumas interpretações.

A lição do autor é cristalina: “A Constituição uruguaia não emprega a expressão ‘decreto-lei’ nem autoriza e em consequência regula expressamente a emissão de decretos-leis. [...] Em nosso direito não procede, em regime constitucional, a emissão de decretos-leis.”³⁵⁹

Também Gonzalo Aguirre Ramirez enfaticamente afirma que “os chamados decretos-leis não são atos jurídicos reconhecidos pela Constituição Uruguaia”, pela razão de que o instituto é visto como “um fenômeno patológico”, “um ato contrário aos princípios básicos do Estado de Direito”.³⁶⁰ O autor espanca ainda qualquer dúvida que poderia restar a respeito de uma hipotética semelhança que as “medidas imediatas de segurança” pudessem guardar com os decretos-leis, dizendo não serem elas “leis, nem decretos-leis”. Veja-se: “As medidas imediatas de segurança ditam-se por decreto - não por decreto-lei -, sob controle parlamentar, podendo ser revogadas em qualquer momento pela Assembléia Geral ou pela Comissão Permanente, o que confirma que carecem de força de lei, já que, em caso contrário, não poderiam perder sua eficácia por um ato administrativo, como o é a resolução que a respeito toma a Assembléia Geral ou a Comissão Permanente.”³⁶¹

2.3.1.3 - Na Constituição da República do Paraguai³⁶²

A atual Constituição paraguaia não traz nenhuma referência à possibilidade de o Presidente da República poder legislar por meio de decretos-leis,³⁶³ seja quando trata das

³⁵⁷ Cf. RAMÓN REAL, Alberto. *Los Decretos-Leyes*. P. 229.

³⁵⁸ Estas são aquelas utilizadas nos casos de “graves imprevistos de ataque exterior” ou “comoção interior.”

³⁵⁹ Cf. REAL, Alberto R. Op. cit., p. 242.

³⁶⁰ Cf. AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo. Op. cit., p. 115-6.

³⁶¹ Ibidem, p. 120.

³⁶² A Constituição Paraguuaia é de 20 de junho de 1992.

³⁶³ Talvez isso seja uma clara reação à anterior Constituição, de 25 de agosto de 1967, que era tida na América Latina como o caso mais extremo de autoritarismo, já que permitia em seu art. 183 que se ditassem decretos-leis “sempre que o Congresso estivesse em recesso ou desintegrado”. Cf. KRSTICEVIC, V. Op. cit., p. 139.

atribuições presidenciais e dos membros do Poder Legislativo, seja quando aborda o processo de formação e de sanção das leis, conforme Capítulos I e II do Título II ("Da estrutura e da organização do Estado"). Pelo artigo 210, no entanto, pode o Poder Executivo solicitar o tratamento urgente dos projetos de lei que envia ao Congresso, mesmo após a remissão do projeto e inclusive em qualquer etapa da tramitação. A ressalva existente é a que limita o Poder Executivo, dentro de um período legislativo ordinário, a poder solicitar apenas três projetos de lei de tratamento urgente, salvo se a Câmara de origem, por maioria de dois terços, aceite dar tal tratamento a outros projetos.

2.3.2 – Executivo legislador nas Constituições dos países associados do MERCOSUL

Adverte-se que embora Chile e Bolívia não sejam desde o início signatários do Tratado de Assunção,³⁶⁴ que assinado em 1991 estabeleceu oficialmente o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), ainda assim são dele considerados membros "associados"³⁶⁵ e por isso mesmo também são analisados neste estudo.

2.3.2.1 - Na Constituição Política do Estado República da Bolívia³⁶⁶

O artigo 2º desta Constituição deixa claro que a independência e coordenação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário é a base do governo, não podendo as três clássicas funções do poder público ser resumidas no mesmo órgão. De resto, pelo art. 96, a capacidade para emitir decretos-leis não consta como atribuição do Presidente da República, assim como o instituto também não é mencionado nas atribuições do Poder Legislativo nem no "Procedimento Legislativo". Sob este aspecto está justificada portanto a exclusão deste país da relação elaborada por José Roberto Vieira e acima descrita, após análise detida do seu texto constitucional.

³⁶⁴ Feito na cidade de Assunção a 26 de março de 1991, no Brasil este Tratado foi promulgado pelo Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991.

³⁶⁵ Isto significa que assinam tratados para a formação da zona de livre comércio, mas não entram na união aduaneira. Cf. "Blocos econômicos". *Almanaque Abril*, 2000. P. 61. O Chile e a Bolívia incorporaram-se ao MERCOSUL em 25 de junho de 1996, na X Reunião do Conselho do Mercado Comum, ocorrida na Argentina. Na ocasião foram ratificados os acordos com ambos os países, objetivando a associação deles ao MERCOSUL não "como membros plenos, mas como participantes da zona de livre comércio." Cf. verbete Mercosul. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. V. 16, p. 3.935, e também conforme PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. *O Mercosul e a sociedade global*. P. 50.

³⁶⁶ A Constituição Boliviana é de 2 de fevereiro de 1967, com a reforma de 1997.

Porém a falta de disposição constitucional a respeito não significa que na Bolívia não exista a figura dos decretos-leis. Eles existem sim e recebem o nome de “Decretos Supremos”, ocorrendo apenas o curioso fato de que sua autorização não se encontra na Constituição e sim na Lei Orgânica do Poder Executivo,³⁶⁷ renovada a cada nova gestão.

2.3.2.2 – Na Constituição da República do Chile³⁶⁸

No Chile os decretos-leis aparecem no texto constitucional. A própria Constituição em vigência nasceu como um deles, sujeito a ratificação por plebiscito, quando a "Junta de Governo" exerceu o Poder Constituinte e também a potestade legislativa. No entanto, embora o art. 32 (3) diga que uma das "atribuições especiais" do Presidente da República seja "ditar, com prévia delegação de faculdades do Congresso, decretos com força de lei, sobre as matérias que assinala a Constituição", está-se diante de típico caso de delegação legislativa.

É o que pode ser confirmado pela redação do artigo 61:

O Presidente da República poderá solicitar autorização ao Congresso Nacional para ditar disposições com força de lei durante um prazo não superior a um ano sobre matérias que correspondam ao domínio da lei. Esta autorização não poderá se estender à nacionalidade, à cidadania, às eleições nem ao plebiscito, como tampouco a matérias compreendidas nas garantias constitucionais ou que devam ser objeto de leis orgânicas constitucionais ou de quórum qualificado. A autorização não poderá compreender faculdades que afetem a organização, atribuições e regime dos funcionários do Poder Judiciário, do Congresso Nacional, do Tribunal Constitucional nem da Controladoria Geral da República. A lei que outorgue a referida autorização assinalará as matérias sobre as quais recairá a delegação e poderá estabelecer ou determinar as limitações, restrições e formalidades que se estimem convenientes. A Controladoria Geral da República corresponderá tomar conhecimento destes decretos com força de lei, devendo refutá-los quando excedam ou contradigam a autorização referida. Os decretos com força de lei estarão submetidos no que se refere à sua publicação, vigência e efeitos, às mesmas normas que regem a lei.

Deste modo, ainda que pelas "Disposições Transitórias" 13^a e “18^a, B”, no período presidencial (de 6 anos) que iniciou a contar da vigência da Constituição, a Junta de Governo tenha exercido o Poder Legislativo, pela unanimidade de seus membros, a espécie “decreto-

³⁶⁷ Na atual gestão, a do Presidente Hugo Banzer Suarez, a *Ley de Organización del Poder Ejecutivo* é a *Ley N° 1788* (de 16 de setembro de 1997), que em seus artigos 10, I, E, e 20, I, a, dispõem sobre o Decreto Supremo, neste último estipulando a primazia desta espécie normativa na hierarquia das normas legais do Poder Executivo.

³⁶⁸ A Constituição Chilena é de 11 de setembro de 1980, com as reformas de 1989 e 1991.

lei” prevista no texto constitucional não corresponde à medida provisória brasileira. Configura caso de legislação delegada, como já foi advertido por José Roberto Vieira em item *supra*.

2.3.3 – Executivo legislador nos textos constitucionais dos países integrantes da União Européia

Ainda perseguindo a demonstração da presença de autorizações legislativas aos Poderes Executivos nas constituições comunitárias, passa-se a ver agora as disposições constitucionais dos quinze Estados componentes da União Européia. Tenha-se em conta que destes Estados, onze adotam o sistema parlamentarista de governo, e quatro o sistema misto, ostentando um Executivo de tipo parlamentarista (França, Portugal, Finlândia e Irlanda).

2.3.3.1 – Na Alemanha³⁶⁹

Estado parlamentarista, na República Federal da Alemanha o órgão legislativo é o Parlamento Federal (*Bundestag*), também dito Câmara Federal, composto por representantes eleitos pelo povo e com a função precípua de criar as leis. Paralelamente existe o Conselho Federal (*Bundesrat*), outro órgão colegiado que representa os Estados-membros, haja vista o país adotar a forma federativa de Estado. Este segundo órgão é composto por representações proporcionais à população de cada Estado, com o detalhe que os membros não são eleitos, mas sim indicados e substituídos pelos próprios Estados-Membros. Nesta estrutura e conforme a melhor tradição parlamentarista, o Primeiro-Ministro (lá chamado de Chanceler Federal) é o presidente do Conselho Federal e ao mesmo tempo eleito apenas pelos membros do Parlamento Federal, como Chefe de Governo. Já o Presidente da República Federal da Alemanha (chamado Presidente Federal) é eleito indiretamente por uma Assembléia Federal, da qual fazem parte representantes do Parlamento Federal e representantes dos Estados, eleitos especificamente para a composição de tal assembléia. A partir daí, excetuando-se a nomeação do Primeiro-Ministro, todos os demais atos do Presidente da República devem sempre ser referendados por aquele.

³⁶⁹ A Constituição Alemã é de 23 de maio de 1949, conhecida como Lei Fundamental de Bonn, que até agora foi alterada por 41 leis de modificação ou emendas.

Os artigos abaixo transcritos auxiliam na compreensão do exposto:

Artigo 38.1. Os deputados do Parlamento Federal Alemão serão eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto.

Artigo 51.1. O Conselho Federal compõe-se de membros dos Governos regionais, nomeados e depostos pelo Governo respectivo. Ditos membros poderão ser representados por outros membros do Governo correspondente.

Artigo 62. O Governo Federal estará composto pelo Chanceler Federal e os ministros federais.

Artigo 68.1. Se a questão de confiança apresentada pelo Chanceler Federal não obtiver a conformidade da maioria dos membros do Parlamento Federal, poderá o Presidente Federal, por proposta do próprio Chanceler, dissolver a Dieta Federal dentro dos vinte e um dias seguintes. O direito de dissolução caducará, no entanto, assim que o Parlamento Federal eleja outro Chanceler pela maioria de seus componentes.

Segundo o art. 80 da Lei Fundamental de 1949, o governo federal, um ministro federal ou os governos estaduais podem ser “autorizados” por lei para ditar “decretos”. Tais decretos são, conforme Wolfgang Horn, “decretos regulamentares”, possivelmente equivalendo às “leis delegadas” brasileiras. É que a Lei Fundamental sujeita esta faculdade do governo de fixar normas a condições muito estritas. “Em numerosos casos se requer o acordo do *Bundesrat*. Em seu art. 80, inciso 1, estabelece ademais que ‘a lei deverá especificar o conteúdo, o objeto e o alcance da autorização outorgada’. Concretamente isto significa que o decreto regulamentar de uma lei só pode pontuar e esclarecer os termos da lei, sem introduzir modificações nem agregar conteúdo.”³⁷⁰ Deste modo “a Constituição alemã leva em consideração, por um lado, que a lei não pode regular todos os detalhes da gestão do Estado e, por outro, as experiências do passado (‘lei de outorga de faculdades’), com o propósito de **impedir que o parlamento ceda sua competência legislativa ao governo**”.³⁷¹

Mas o texto constitucional alemão admite também que em situações de urgência o Presidente possa decretar o “estado de necessidade ou emergência legislativa”. É o texto do art. 81 da referida Constituição:

Artigo 81.1. Quando no caso do artigo 68 não seja dissolvido o Parlamento Federal, o Presidente da República poderá, por proposta do Governo Federal e com o assentimento do Conselho Federal, declarar o **estado de necessidade legislativa** para uma proposta de lei se o Parlamento Federal a rejeita apesar de o Governo Federal a ter qualificado de urgente. A mesma norma será seguida

³⁷⁰ Cf. HORN, Wolfgang. Rasgos básicos del Estado de Derecho... Op. cit., p. 76.

³⁷¹ Idem.

quando houver sido rejeitada uma proposta legislativa apesar de o Chanceler Federal a ter associado com a questão a que se refere o artigo 68.

2. Se o Parlamento Federal, uma vez declarado o estado de necessidade legislativa, torna a rejeitar a proposta de lei ou se a adota numa forma que o Governo Federal qualifique de inaceitável, considerar-se-á aprovada a lei se o Conselho Federal lhe outorga sua aprovação. A mesma norma será aplicada quando a proposta não for aprovada pelo Parlamento Federal dentro das quatro semanas seguintes à sua nova apresentação.

3. Durante o mandato de um Chanceler Federal qualquer outra proposta legislativa rejeitada pelo Parlamento Federal também poderá ser aprovada dentro de um lapso de seis meses a partir da primeira declaração do estado de necessidade legislativa, com amparo dos incisos 1 e 2. Uma vez transcorrido o prazo referido, não se poderá tornar a declarar o estado de necessidade legislativa durante o mandato do mesmo Chanceler Federal.

4. A presente Lei Fundamental não poderá ser modificada nem deixada total ou parcialmente sem efeito ou sem aplicação por lei alguma que se aprove com amparo no inciso 2.

Vale destacar que esta é a confirmação da regra adotada pelo democrático regime constitucional pós-regime nacional-socialista de jamais permitir que o governo possa, individualmente, adotar um decreto-lei ou espécie normativa similar. Assim, a natural e justa desconfiança nutrida em relação às atuações do governo pretérito de Adolf Hitler³⁷² fez com que o constituinte até permitisse que em casos excepcionais o governo pudesse lançar mão de medidas com força de lei, mas sempre mediante a aquiescência dos Estados Federados, o que se dá pela manifestação do Conselho Federal que os representa.

Manifestações dessa mesma regra podem ser observadas nos artigos 109 e 119 da Lei Fundamental, a seguir transcritos:

Artigo 109.4. Para prevenir toda perturbação do equilíbrio econômico geral poderão ser estabelecidos, mediante lei federal que necessitará conformidade do Conselho Federal, normas sobre: 1) valor máximo, condições e ordem cronológica do acerto de empréstimos pelas corporações territoriais e as comunidades de finalidade determinada e sobre 2) um compromisso da Federação e dos Estados regionais para manter no Banco Federal Alemão depósitos sem juros a título de reservas de equilíbrio conjuntural. Somente o Governo Federal pode ser habilitado para ditar regulamentos sobre estas matérias. Ditos regulamentos requererão a conformidade do Conselho Federal e ficarão sem efeito se solicitado pelo Parlamento Federal. Ditar-se-ão por lei federal as normas de desenvolvimento correspondentes.

³⁷² Também na República de Weimar (1919-1933) a Alemanha conheceu algo estrutural e funcionalmente comparável às medidas provisórias brasileiras; eram, conforme termo da época, as “medidas ditatoriais”, autorizadas pelo “poder ditatorial” do art. 48, § 2º da Constituição. Na verdade o dispositivo não permitia promulgar leis paralelas nem governar, mas somente combater transitariamente, por meio de medidas provisórias, perigos individuais para preservar a Constituição. Tudo o mais era abuso, e durante muitos anos houve um “abuso desastroso”. Em 1933, quando o governo do Reich já estava sendo conduzido por Hitler houve a dissolução da Dieta (parlamento) e a proclamação de um estado de emergência que permaneceu até o fim da ditadura nazista (em 1945). Um estudo detalhado disso é oferecido por MÜLLER, Friedrich. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. Op. cit., especialmente p. 1.436-40.

[...]

Artigo 119. Em matéria de refugiados e expulsos, especialmente no que se refere à sua distribuição entre os Estados, poderá o Governo Federal, com a conformidade do Conselho Federal, ditar ordenanças com força de lei.

Encerra-se esta abordagem com a esclarecedora síntese formulada por Friedrich Müller:

Na Alemanha da Lei Fundamental de 1949, os decretos emergenciais foram abolidos - tão ruins tinham sido as experiências históricas com eles. Nem o presidente - enormemente restringido nos seus direitos - nem o governo federal e o chanceler dispõem mais dessa possibilidade. O assim chamado estado de urgência legislativa (art. 81 da Lei Fundamental) diz respeito a leis e não a decretos autorizados; além disso o Conselho Federal deve expressar o seu consentimento. Mesmo os decretos autorizados conforme o art. 80 da Lei Fundamental não têm nada a ver com os decretos emergenciais: estão hierarquicamente 'abaixo' das leis e são autorizados por uma lei que simultaneamente deve fixar 'conteúdo, objetivo e extensão' da regulamentação. São tuteladas destarte a democracia, a reserva legal, a determinidade em termos de Estado de Direito e a divisão dos Poderes.³⁷³

2.3.3.2 – Na Áustria³⁷⁴

Na República Federal da Áustria a Lei Constitucional Federal de 1929 prevê no artigo 18 a possibilidade de edição de decretos por razões assemelhadas às das medidas provisórias brasileiras. *In verbis*:

Art. 18. [...]

3. Quando resulte necessária a adoção imediata de medidas que requeiram, em virtude da Constituição, uma aprovação do Conselho Nacional, para evitar um dano manifesto e irreparável à coletividade, num momento em que o Conselho Nacional não esteja reunido, ou não possa reunir-se a tempo, ou se encontre impedido por força maior de desempenhar sua atividade, poderá o Presidente da República, por proposta do Governo Federal, sob sua própria responsabilidade e a do Governo Federal, adotar ditas medidas mediante decretos que terão provisoriamente força para modificar as leis. O Governo Federal formulará sua proposta em concordância com a Subcomissão Permanente (inciso 2 do art. 55) que haverá de ser designada pela Comissão Principal do Conselho Nacional. Todo decreto desta natureza requererá o referendo do Governo Federal.

4. Todo decreto ditado com amparo no apartado 3 deverá ser apresentado imediatamente pelo Governo Federal ao Conselho Nacional, o qual será convocado pelo Presidente da República no caso em que não estiver celebrando sessão; estando em período de sessões, o convocará seu próprio Presidente para um dos oito dias consecutivos à proposta. Dentro das quatro semanas seguintes à

³⁷³ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil... Op. cit., p. 1.445.

³⁷⁴ A Constituição Austríaca, apesar de promulgada em 11 de outubro de 1920, foi profundamente revisada por uma Lei Constitucional de 30 de julho de 1925, e sobretudo por outra de 7 de dezembro de 1929, daí ser oficialmente chamada "de 1929". Esta foi virtualmente anulada em 1934 e restabelecida em 1945, a partir de quando já foi emendada em 60 ocasiões, a última em 21 de dezembro de 1994. Cf. LLORENTE, F. R.; PELÁEZ, M. D. *Constituciones...* Op. cit., p. 43.

proposta o Conselho Nacional deverá, ou aprovar em substituição ao decreto uma lei federal, ou exigir, mediante resolução neste sentido, que o Governo Federal deixe imediatamente o decreto sem efeito. Na segunda hipótese o Governo rapidamente dará satisfação ao requerimento. Com o fim de que o Conselho Nacional possa adotar resolução em tempo, seu Presidente submeterá a proposta a votação o mais tardar no penúltimo dia do prazo de quatro semanas. O Regulamento da Câmara estabelecerá as modalidades de aplicação. Se o decreto for derogado pelo Governo Federal conforme os preceitos anteriores, as disposições legais que tenham sido deixadas sem efeito pelo decreto entrarão novamente em vigor, no mesmo dia em que surta efeito a derrogação.

5. Os decretos especificados no apartado 3 não poderão supor alteração alguma de disposições federais, nem gravame financeiro permanente para a Federação, nem carga financeira para os cidadãos ou municípios, assim como tampouco obrigações financeiras para os cidadãos da Federação, nem alienação do patrimônio do Estado (*Staatsgut*), nem medidas em matérias indicadas no artigo 10, número 11, nem finalmente providências que tenham por objeto modificações no direito de associação ou na proteção dos arrendatários.

Segundo o artigo 19 do mesmo texto constitucional os “órgãos executivos supremos são o Presidente da República, os Ministros Federais e os Secretários de Estado (*Staatsekretäre*), assim como os membros dos Governos regionais.

2.3.3.3 – Na Bélgica

O Reino da Bélgica proclamou-se Estado Federal pela reforma constitucional de maio de 1993. Sua Constituição em vigor chama-se, segundo a terminologia jurídica belga, “Texto Refundido”, na verdade “Texto refundido de 17 de fevereiro de 1994”, assim dito por tratar-se, a rigor, de um texto refundido da Constituição originária de 1831 e de suas numerosas reformas posteriores.

Pelo artigo 36 do texto constitucional belga vê-se que o Poder Legislativo Federal é exercido conjuntamente pelo Rei, pela Câmara de Representantes e pelo Senado. Já pelo artigo 37 sabe-se que o Poder Executivo Federal corresponde ao Rei. O Governo Federal será composto pelo Conselho de Ministros e pelo Primeiro-Ministro.

No que diz respeito à capacidade legiferante do Poder Executivo refere-se apenas o artigo 80 à solicitação de declaração de urgência por parte do Governo Federal por ocasião da apresentação de um projeto de lei. Já o artigo 108 diz que o Rei “fará os regulamentos e decretos necessários para a execução das leis, sem poder em nenhum caso suspender as próprias leis, nem dispensar sua execução.” Logo, o que há na Bélgica é apenas a possibilidade do pedido de urgência por parte do Executivo e a competência regulamentar.

2.3.3.4 – Na Dinamarca

A Constituição do Reino da Dinamarca, de 5 de junho de 1953,³⁷⁵ diz em seu artigo terceiro: “O Poder Legislativo será exercido conjuntamente pelo Rei e o *Folketing*. O Poder Executivo será exercido pelo Rei, e o Poder Judiciário pelos Tribunais.” O *Folketing* é o Parlamento, constituído por uma única Câmara. Segundo os artigos 14 e 17 o Rei exerce o poder juntamente com o Primeiro-Ministro e o Conselho de Ministros, presidindo este, que deliberará sobre todas as leis e medidas governamentais importantes.

O instituto que a este estudo interessa está previsto no artigo 23, nos seguintes termos:

Artigo 23. Em casos de grande urgência e ante a impossibilidade de reunir o Parlamento, o Rei poderá decretar leis provisórias, que não poderão ser contrárias à Constituição e que deverão apresentar-se em todo caso ao Parlamento, assim que este torne a reunir-se, para que sejam aprovadas ou rejeitadas.

2.3.3.5 – Na Espanha³⁷⁶

O modelo espanhol do decreto-lei também teve inspiração italiana, e a este estudo interessa sobretudo porque, como no caso brasileiro, o modelo atual do instituto foi positivado numa constituição que deveria reinar o Estado de Direito após longos anos de regime ditatorial.

É o artigo 86 da Constituição de 1978 que, em caso de extraordinária e urgente necessidade, confere ao Governo a possibilidade de editar a espécie normativa *decreto-ley*, incumbindo ao Parlamento converter o ato baixado pelo Poder Executivo em lei. A Constituição admite inclusive um amplo procedimento de revisão parlamentar e impede a utilização do decreto-lei para regular dadas matérias, mas não delimita um prazo para a sua eficácia, interpretando-se que continua a produzir efeitos enquanto não rejeitado pelo Parlamento.

Esclarece-se que o modelo espanhol será mais detalhado no último capítulo.

³⁷⁵ Na verdade a Constituição Dinamarquesa é de 5 de junho de 1849, com as reformas posteriores, sendo destas as mais importantes as de 1915 e de 1953.

³⁷⁶ A Constituição Espanhola é de 29 de dezembro de 1978 e até hoje recebeu apenas uma única reforma, com data de 27 de agosto de 1992.

2.3.3.6 – Na Finlândia³⁷⁷

A República da Finlândia, ex-Grão Ducado anexado à Rússia czarista, intitula seu texto constitucional de “Instrumento de Governo”, termo que denota a clara influência da antiga metrópole.

Pela Constituição, datada de 17 de julho de 1919, pode-se ver que o Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento juntamente com o Presidente da República, residindo neste o “supremo poder executivo” e existindo para o governo geral do Estado além deste também um Conselho de Ministros, composto de um Primeiro-Ministro e do número necessário de Ministros (art. 2º).

O texto constitucional finlandês não prevê a figura do decreto-lei como concebido no Brasil enquanto medida provisória. Apenas encontra-se no artigo 21 o seguinte dispositivo:

“Art. 21. Regular-se-á pelo artigo 28 a faculdade do Presidente da República de ditar decretos.”

O artigo 28, por sua vez, possui a seguinte redação:

Art. 28. Nos casos em que não disponha outra coisa a presente Lei Constitucional e quando não se haja conferido esta faculdade ao Conselho de Ministros, poderá o Presidente da República ditar regulamentos sobre matérias já reguladas mediante disposições administrativas, assim como sobre execução das leis, administração do patrimônio do Estado e organização e funcionamento de serviços administrativos e entidades públicas. No entanto, estes regulamentos não poderão conter preceito algum que implique a modificação de uma lei. O procedimento de promulgação, publicação e entrada em vigor dos regulamentos será o mesmo que o estabelecido nos parágrafos segundo e terceiro do artigo para as leis.

2.3.3.7 – Na França³⁷⁸

Estado Parlamentarista (ou Semiparlamentarista ou ainda Semipresidencialista, conforme discussão já apresentada no primeiro capítulo deste estudo), na França as funções executivas são divididas entre o Presidente da República, eleito por voto direto e universal e presidente do Conselho de Ministros (conforme os artigos 5º e 9º da Constituição de 1958), e

³⁷⁷ A Constituição Finlandesa é de 17 de julho de 1919, com a incorporação das reformas de 1986, 1987 (junho e dezembro), 1989, 1990, 1991 (julho e dezembro), 1992, 1993 e 1994.

³⁷⁸ A Constituição Francesa é de 4 de outubro de 1958, com as reformas de 1960, 1962, 1963, 1974, 1976, 1992, 1993 (julho e novembro) e 1995.

o Primeiro-Ministro, escolhido pelo Parlamento. O Poder Legislativo, dito Parlamento, é composto pela Assembléia Nacional, constituída por representantes do povo e por este eleitos por voto direto e universal, e pelo Senado, sendo os senadores escolhidos por votação indireta conforme a orientação do artigo 24 do texto constitucional.

No contexto jurídico-constitucional francês são vários os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, apresentando-se ora como lei delegada, ora como decreto-lei, ora como decreto regulamentar ou ainda como regulamento autônomo. Sem dúvida é um dos textos constitucionais que mais aberta e acentuadamente permite a intervenção do Poder Executivo no processo legislativo, chegando ao ponto de “a função legislativa pertencer genericamente ao Governo, estabelecendo as Câmaras normas sobre matérias previamente estabelecidas”, conforme observação crítica de Vicente Ráo.³⁷⁹

Nesta amplitude legislativa, compete ao Poder Executivo, neste caso entendido enquanto Governo, dispor por meio de “regulamento” sobre todas as matérias, seja de que natureza forem, excluída apenas a enumeração limitativa do artigo 34 do texto constitucional, sendo esta a competência legislativa das Câmaras (o domínio da “lei”).³⁸⁰ Com efeito, reconhece Charles Debbasch, em comentários à Constituição de 1958, que esta “concede ao legislador um domínio de ação saído de um reparto de competências entre o legislador e o poder executivo, na medida em que a Constituição dispõe em seu artigo 37 que ‘as outras matérias que não aquelas que são do domínio da lei têm um caráter regulamentar’”.³⁸¹ No entanto, assevera o mesmo autor, esta divisão de competência “não pode ser apreciada estritamente”, uma vez que uma lei que invade o domínio regulamentar não é por isso considerada inconstitucional, ao passo que o governo não dispõe da mesma imunidade, “pois cada intrusão do poder regulamentar no domínio legislativo é contrária à Constituição.”³⁸²

Por outro lado, “a ação do legislador é estritamente controlada pelo Conselho Constitucional, que enquadra o campo de competência da lei e protege o domínio reservado ao poder regulamentar”.³⁸³

³⁷⁹ Apud SANTOS, B. P dos. Op. cit., p. 143-4.

³⁸⁰ O rol das matérias reservadas à competência exclusiva das Câmaras foi ampliado num item (sobre o financiamento da seguridade social) pela Lei Constitucional nº 96-138, de 22 de fevereiro de 1996. Por outro lado, existem disposições visando diminuir o domínio legislativo, especialmente em matéria comunitária, a seguir “a superioridade do tratado à lei”, que de resto ocorre igualmente em todos os países que se agregam a organizações de tipo comunitário. Cf. DEBBASCH, Charles. *La Constitution de la V République. Pratique et jurisprudence*. P. 147 e 151.

³⁸¹ Cf. DEBBASCH, Charles. Op. cit., p. 148.

³⁸² Idem.

³⁸³ Idem.

A lei, portanto, somente pode ter como “autor” o Parlamento. No entanto, ela não é sempre originada de uma vontade parlamentar na medida em que “ou ela pode ser a expressão da vontade popular no quadro de um referendo, ou pode ser ela a expressão da vontade governamental em virtude de uma ordenança ratificada.”³⁸⁴ Este último caso, o do art. 38, que prevê as ordenanças (*l'ordonnances*), é o que mais se equipara à categoria das medidas provisórias brasileiras, em que pese a necessidade de autorização do Legislativo para sua emissão. É a técnica que também mais se aproxima àquela do art. 77 da Constituição Italiana.³⁸⁵

Já o Presidente da República, além de estar legitimado para dissolver a Assembléia Nacional (conforme art. 12), pode também restringir o seu campo de atuação.

De modo geral, o Poder Executivo, segundo ensinamentos de Brasilino Pereira dos Santos, pode inovar na ordem jurídica pelo menos de cinco formas, a saber:

- a) Através dos decretos-leis delegados [as ordenanças], previstos no art. 38, nos casos em que o governo obtém delegação legislativa [para a execução do seu programa, durante um prazo limitado, sendo o Presidente quem as firma, isto a partir da Lei de Plenos Poderes de 4 de fevereiro de 1960];
- b) através dos decretos-leis sobre matéria financeira, previstos no art. 47, pelos quais o Governo põe em vigor o projeto de lei de orçamento não votado no prazo de sessenta dias pelo parlamento;
- c) através dos decretos-leis de urgência e necessidade, previstos no art. 16, que lhe dá plenos poderes para legislar sobre todas as matérias em circunstâncias excepcionais [competência do Presidente da República];
- d) através dos denominados regulamentos autônomos sobre [todas as] matérias não compreendidas no domínio da lei (arts. 34 e 37);
- e) através dos regulamentos de complementação, que completam as leis-moldura (art. 43).³⁸⁶

De toda maneira, embora esta larga potestade legislativa assegurada ao Poder Executivo, a determinação do domínio legislativo no sistema constitucional francês é tarefa

³⁸⁴ Idem.

³⁸⁵ Cf. BAUDREZ, Maryse. *Decreti-legge non convertiti e ordinanze della Quinta Repubblica non ratificate*. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 167. A autora fornece dados que indicam que desde o início da V República (1958) até 1994 foram utilizadas apenas 187 “ordenanças”, o que a leva a concluir que, pelo menos no plano quantitativo, “o Governo não aparenta ter abusado do procedimento do art. 38.” Segundo ela, isso se deveu à “existência de uma maioria parlamentar estável e disciplinada”, que permitiu ao Executivo fazer da lei o seu instrumento de governo. Daí as ordenanças serem úteis por permitirem ao Governo fazer frente às circunstâncias imprevistas ou às situações que realmente requerem medidas de urgência, sendo que esta interpretação extensiva do artigo 38 foi efetuada pelo Conselho Constitucional Francês. *Ibidem*, p. 168. Charles Debbasch também alude a esta decisão do Conselho Constitucional, tomada em 1986. Cf. DEBBASCH, C. *Op. cit.*, p. 162. Consigna-se também o entendimento de Rubio Llorente a respeito da natureza das ordenanças: “estas ordenanças são, em realidade, os decretos-leis do direito francês anterior, com algumas inovações”. Cf. LLORENTE, F. R.; PELÁEZ, M. D. *Op. cit.*, p. 239, nota número 24.

³⁸⁶ Cf. SANTOS, B. P. dos. *Op. cit.*, p. 144. As informações entre colchetes são fornecidas por esta autora.

complexa, e talvez resulte em um campo mais amplo do que o apresentado no artigo 34 da atual Constituição. Isto porque o domínio da lei não se restringe ao referido artigo constitucional, “mas se define também notadamente pela referência ao Preâmbulo de 1958, que reenvia ao preâmbulo de 1946 e à DDH”, sendo que esta – a Declaração dos Direitos do Homem – prevê em seu artigo 4º que “as restrições da liberdade somente podem ser determinadas pela lei”.³⁸⁷

2.3.3.8 – Na Grécia

Desde 1974 a Grécia confirmou a forma republicana de Governo, abolindo a Monarquia a partir da queda da ditadura militar, naquele mesmo ano. O vigente regime político é o de uma República Parlamentarista e sua Constituição é de 9 de junho de 1975, com as incorporações de sua única reforma constitucional até agora realizada, a de 12 de março de 1986.

Em seu artigo 26 o texto constitucional grego estipula que a função legislativa é exercida pela Câmara dos Deputados e o Presidente da República, bem como que a função executiva é exercida pelo Presidente da República e o Governo.

Quanto à capacidade legiferante do Presidente da República prevê o artigo 43:

1. O Presidente da República ditará os decretos necessários para a execução das leis, sem poder jamais suspender a aplicação das mesmas leis nem dispensar ninguém de sua execução.
2. Em virtude de delegação legislativa especial poderá o Presidente da República, por proposta do Ministro competente e dentro dos limites desta delegação, ditar decretos regulamentares. A habilitação de outros órgãos da Administração para ditar atos regulamentares se permitirá unicamente para a regulamentação de matérias mais especiais ou de interesse local ou de caráter técnico ou de detalhe.
3. (Derrogado.)
4. Poder-se-á, mediante lei votada pelo Pleno da Câmara dos Deputados, delegar o poder de ditar decretos para a regulamentação das matérias determinadas por dita lei num marco geral. A lei em questão sentará os princípios básicos e as diretrizes da regulamentação que se projete e fixará os prazos em que se poderá fazer uso da delegação.
5. Não poderão ser objeto da delegação referida no apartado anterior as matérias que sejam, segundo o artigo 72, apartado 1, de competência do Pleno da Câmara.

Especificamente quanto à legislação de urgência dispõe o primeiro item do artigo 44:

³⁸⁷ Cf. DEBBASCH, C. Op. cit., p. 152.

Art. 44.1. Em circunstâncias excepcionais de necessidade extremadamente urgente e imprevista o Presidente da República poderá, mediante proposta do Conselho de Ministros, aprovar atos de caráter legislativo, os quais ficarão sujeitos, em virtude do disposto no artigo 72, apartado 1, à ratificação pela Câmara dos Deputados nos quarenta dias consecutivos à sua promulgação ou nos quarenta dias contados desde a convocação da Câmara dos Deputados. Se não forem submetidos à Câmara nos prazos assinalados, ou não forem ratificados por ela nos três meses seguintes à sua apresentação, caducarão em relação ao futuro.

2.3.3.9 – Na Inglaterra

Pode-se dizer que o Reino Unido rege-se ainda pela Magna Carta de 15 de junho de 1215, acrescida das demais normas constitucionais escritas, como a *Petition of Rights* (de 7 de junho de 1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (de 28 de maio de 1679), o *Bill of Rights* (de 13 de fevereiro de 1689), a Lei de Instauração (de 12 de junho de 1701), a Lei Orgânica do Parlamento de 18 de agosto de 1911, a Lei Orgânica do Parlamento de 16 de dezembro de 1949, e outras.

Da análise de seus textos constitucionais e de sua prática costumeira, depreende-se que os ingleses não possuem um instituto que especificamente se assemelhe à medida provisória. Apesar disso, o Parlamento delega atribuição aos Ministros “para a edição de normas especificadoras e de atualização, consideradas de natureza parlamentar”, conforme explicação de Clèmerson Clève, amparado nos estudos do constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini.³⁸⁸ Existem também as ditas “delegações genéricas” autorizadas que foram pelo texto do *Statutory Instrument Act*, de 1946.

São de Vergottini os esclarecimentos nesta matéria, que especifica os três procedimentos distintos de conexão entre o Executivo e o Legislativo em se tratando de legislação delegada, conforme estabelecidos pelo Ato acima referido:

O primeiro procedimento implica o depósito do ato e sua imediata entrada em vigor sem intervenção parlamentar; o segundo comporta seu depósito durante quarenta dias e uma iniciativa do governo para sua expressa aprovação pelas duas câmaras dentro de tal prazo, sob pena de que decaia; o terceiro procedimento, que é mais utilizado, exige o depósito durante quarenta dias e sua aplicação imediata, a não ser que nesse mesmo prazo não se peça, e aprove, uma anulação explícita da medida governamental.³⁸⁹

³⁸⁸ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 25.

³⁸⁹ Cf. DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. P. 617.

Ao estudar o direito constitucional do Reino Unido em sua clássica obra de 1950, Manuel García-Pelayo observou que a vida constitucional inglesa mostrava um “desvio do poder do Parlamento em direção ao Governo”, expresso por uma série de fenômenos, destacando-se o fato de a iniciativa legislativa pertencer quase exclusivamente ao Governo, ao ponto de poder-se dizer que “atualmente o Gabinete legisla com o conselho e o consentimento do Parlamento”.³⁹⁰

Nas análises do constitucionalista espanhol menção especial mereceu o crescimento da legislação delegada, implicando a substituição do Parlamento pelo Governo em amplas esferas da função legislativa. As causas disso foi ele buscar no *Donoughmore Report*:

1) a escassez de tempo em relação ao grande volume da legislação; 2) o caráter técnico de algumas matérias para cuja discussão o Parlamento é inadequado; 3) a impossibilidade de prever todos os casos possíveis, especialmente quando se trata de grandes reformas; 4) a necessidade de conseguir uma flexibilidade que permita adaptar-se a situações futuras sem necessidade de reformar a legislação parlamentar; 5) o melhor aproveitamento das lições da experiência; 6) a frequência no Estado moderno de uma legislação de necessidade e urgência.³⁹¹

E ainda que não seja o Governo a única entidade que exerça poderes de legislação delegada, é o principal titular dela, “e essa delegação pode tomar uma amplitude tão considerável que se chegue em verdade a uma substituição da genuína função do Parlamento,” especialmente pelas delegações que seguem:

a) delegação de poderes para legislar sobre ‘matérias de princípio’, quer dizer, sobre matérias fundamentais dentro de uma esfera dada, conferindo uma discricção amplíssima para regular todos os aspectos de uma determinada questão; b) delegação de poderes para imposições tributárias dentro de limites amplíssimos, com o que um dos mais velhos e característicos princípios do Direito constitucional britânico – não há tributação, se não foi aprovada pelo Parlamento – converte-se em pura fórmula; c) delegação de poderes para reformar leis do Parlamento, inclusive a própria lei pela qual se outorgam os poderes (cláusula de Henrique VIII); d) delegação de poderes com exclusão da competência judicial quanto à legalidade das disposições dos poderes governamentais emanados em virtude da delegação; para isso, na lei que concede os poderes se estabelece que as disposições ditas pelo Governo em virtude dela ‘terão o mesmo efeito como se fossem ditas nesta lei’.³⁹²

³⁹⁰ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. P. 310-1.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 311.

³⁹² *Ibidem*, p. 312.

De qualquer modo, é certo que a legislação delegada fica submetida à “ulterior aprovação, modificação ou anulação pelo Parlamento”,³⁹³ que possui métodos próprios para esta vigilância e pode, ademais, recuperar os poderes que deu, residindo aí a prova da sua supremacia.

2.3.3.10 – Na Irlanda

A Constituição da Irlanda, que entrou em vigor em 29 de dezembro de 1937, prevê, em seu artigo 15, 2, 1º, que ao Parlamento Nacional se confere “o poder único e exclusivo de fazer as leis. Nenhuma outra autoridade normativa terá faculdade para elaborar leis do Estado.”

2.3.3.11 – Na Itália

Justamente por ter sido na Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947 que o constituinte brasileiro buscou a inspiração direta para o desenho e os contornos jurídicos da medida provisória, bem como dela também serviu-se o regime militar quando instituiu o decreto-lei, é que os aspectos da disciplina dos *decreti-legge* serão melhor estudados no último capítulo desta tese.

Por ora limita-se a transcrever o famoso artigo 77 do texto constitucional italiano:

Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota sob a sua responsabilidade provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo em recesso, são imediatamente convocadas a reunirem-se dentro de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com lei as relações jurídicas formadas sobre a base dos decretos-leis não convertidos.

2.3.3.12 – Em Luxemburgo

A Constituição do Grão-Ducado de Luxemburgo, promulgada em 17 de outubro de 1868, sofreu diversas revisões, sendo a mais recente realizada em 23 de dezembro de 1994.

³⁹³ Ibidem, p. 313.

No original também chama-se “Texto refundido”. Tratando-se de uma Coroa, somente o Grão-Duque exerce o Poder Executivo (art. 33), porém como é uma democracia parlamentarista, ele próprio organizará seu Governo.

Em que pese a existência de diversas regras a respeito do processo legislativo, nenhuma delas disciplina a possibilidade de produção legislativa por parte do Poder Executivo nos moldes das medidas provisórias.

2.3.3.13 – Nos Países Baixos

A Lei Fundamental do Reino dos Países Baixos é o texto resultante das modificações introduzidas pelas Leis do Reino e por algumas leis ordinárias de 19 de janeiro de 1983. Na Holanda, o Governo é formado pelo Rei e pelos Ministros (art. 42). Estes compõem o Conselho de Ministros e serão dirigidos pelo Primeiro-Ministro, que obviamente preside o referido Conselho (conforme artigos 44 e 45).

Pelo artigo 81, as leis são feitas conjuntamente pelos Estados Gerais e o Rei, tendo o Rei e a Segunda Câmara dos Estados Gerais a iniciativa de apresentar projetos de lei (art. 82). No artigo 87 está prevista a comunicação mútua das decisões do Rei e dos Estados Gerais a respeito de quaisquer decisões relacionadas a quaisquer propostas legislativas. Já o artigo 89 estipula que os regulamentos administrativos gerais serão aprovados mediante Decreto Real. Afora isso, não é encontrada no texto constitucional qualquer referência à possibilidade de o Poder Executivo poder legislar nos moldes das medidas provisórias.

2.3.3.14 – Em Portugal³⁹⁴

Manuel Afonso Vaz ao analisar o texto da Constituição da República Portuguesa, de 1976, diz serem “atos legislativos” as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais, conforme as específicas autorias: as leis são atos legislativos de autoria da Assembleia da República (arts. 169, n° 3, e 164, alínea d), os decretos-leis são os atos legislativos do Governo (art. 201) e os decretos legislativos regionais são os atos legislativos das assembleias legislativas regionais (arts. 229, 234 e 115, n. 1).

³⁹⁴ A Constituição Portuguesa é de 2 de abril de 1976, com as revisões de 1982, 1989, 1992 e 1997.

Trata-se de uma estrutura constitucional que expressamente reparte a função legislativa por vários órgãos, chegando a romper com uma significação de termos e conceitos de tradição sedimentada interna e externamente, como bem exemplifica o conceito de decreto-lei. É que a Constituição Portuguesa, diz José Joaquim Gomes Canotilho, ao consagrar a competência legislativa normal do Governo, através de decretos-leis, “afasta-se decididamente da maioria das constituições democráticas do pós-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controle do órgão parlamentar”.³⁹⁵ Mas nem sempre foi assim, pois outro era o conceito de “decreto-lei” no constitucionalismo monárquico português e na Constituição de 1933 até à Lei de Revisão nº 2009, de 1945. É justamente a evidência de que no regime da Constituição de 1933 foi abusiva a prática de tais decretos-leis que faz o constitucionalista endereçar fortes críticas aos legisladores constituintes de 1976, os quais, segundo ele, parecem ter considerado os decretos-leis como instrumentos inelimináveis do Estado democrático. “Com efeito, diz, conhecidas as críticas dirigidas à categoria dos decretos-leis – instrumento nas mãos do Governo que os pode utilizar para fins de manifesto oportunismo político, colocando as assembleias representativas perante fatos consumados -, a Constituição de 1976 entendeu consagrar a categoria [...] com grande autonomia e amplitude.”³⁹⁶

Conforme ensinamentos de Clèmerson Clève, no Direito Constitucional Português “o decreto-lei presta-se a disciplinar matéria de competência legislativa autorizada ou delegada, matéria de competência originária concorrente e, ainda, matéria de competência reservada.”³⁹⁷ Segundo o autor, somente no segundo e último casos dá-se atribuição normativa ao Poder Executivo sem delegação.

Para qualquer modalidade de decreto-lei, no entanto, exige a Constituição da República Portuguesa que sempre concorra a aprovação do Conselho de Ministros, não sendo admitidos, portanto, decretos-leis expedidos apenas pelo Primeiro-Ministro (cf. art. 200, d). Evidencia-se, assim, uma forma de responsabilidade política na edição dos decretos-leis portugueses. Ainda conforme Canotilho, os decretos-leis de sua pátria podem disciplinar qualquer matéria, salvo as de reserva absoluta da Assembleia da República.³⁹⁸ Por outro lado,

³⁹⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 739.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 29.

³⁹⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 741.

o constituinte português não atrelou a edição do decreto-lei aos fundamentos de urgência ou necessidade.

Transcrevem-se a seguir os dispositivos constitucionais que disciplinam a matéria em geral e, em particular, enunciam as várias modalidades de decretos-leis em Portugal:

Art. 183.1. O Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e Subsecretários de Estado.

Artigo 112. [...]

2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvem as bases gerais dos regimes jurídicos.

Art. 134.

Compete ao Presidente da República, na prática de atos próprios:

[...]

b. Promulgar e mandar publicar as leis, os decretos-leis e os decretos regulamentares [...].

Art. 162. Compete à Assembléia da República, no exercício de funções de fiscalização:

c. Apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, os decretos-leis, salvo os feitos no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo [...].

Art. 169.1. Os decretos-leis, salvo os aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, podem ser submetidos à apreciação da Assembléia da República, para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subseqüentes à publicação, descontados os períodos de suspensão do funcionamento da Assembléia da República.

2. Requerida a apreciação de um decreto-lei elaborado no uso de autorização legislativa, e no caso de serem apresentadas propostas de alteração, a Assembléia poderá suspender, no todo ou em parte, a vigência do decreto-lei até a publicação da lei que o vier alterar ou até a rejeição de todas aquelas propostas.

3. A suspensão caduca decorridas dez reuniões plenárias sem que a Assembléia se tenha pronunciado a final.

4. Se for aprovada a cessação da sua vigência, o diploma deixará de vigorar desde o dia em que a resolução for publicada no *Diário da República*, e não poderá voltar a ser publicado no decurso da mesma sessão legislativa.

5. Se, requerida a apreciação, a Assembléia não se tiver sobre ela pronunciado ou, havendo deliberado introduzir emendas, não tiver votado a respectiva lei até ao termo da sessão legislativa em curso, desde que decorridas quinze reuniões plenárias, considerar-se-á caduco o processo.

6. Os processos de apreciação parlamentar de decretos-leis gozam de prioridade, nos termos do Regimento.

Art. 198.1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembléia da República; b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembléia da República, mediante autorização desta; c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.

2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.
3. Os decretos-leis previstos nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 devem invocar expressamente a lei de autorização legislativa ou a lei de bases ao abrigo da qual são aprovados.

2.3.3.15 – Na Suécia³⁹⁹

O texto constitucional sueco atualmente em vigor intitula-se “Lei de 24 de novembro de 1994, pela qual se reforma o Instrumento de Governo”. Tratando-se de um reino, será Chefe de Estado o rei ou a rainha que ocupe o trono conforme a Lei de Sucessão (art. 5º). Pelo artigo 6º o Governo dirige o país, sendo responsável perante o Parlamento. Este é composto por uma única Câmara (art. 1º do Terceiro Capítulo). O Governo é composto pelo Primeiro-Ministro e pelos demais ministros que, quando seja necessário, reunir-se-ão enquanto Conselho de Ministros, sob a presidência do Chefe de Estado.

Existem inúmeros dispositivos constitucionais, mormente entre os artigos sétimo e décimo do Capítulo Oitavo, que permitem ao Governo adotar normas por decretos, mediante autorização por lei, podendo tais decretos ser ou não submetidos ao exame do Parlamento, conforme este mesmo especifique. Não se trata, pois, de legislação de urgência, já que se dá mediante autorização por lei.

2.3.4 – Executivo legislador nos Estados Unidos da América do Norte⁴⁰⁰

O texto constitucional norte-americano de 17 de setembro de 1787 estabelece claramente em seu primeiro artigo que “**todos os poderes legislativos**” conferidos na Constituição “**serão atribuídos ao Congresso** dos Estados Unidos, composto do Senado e da Câmara dos Representantes”.⁴⁰¹ Mesmo sendo a Constituição pequena, este artigo é um dos mais longos, sendo digno de nota que nele a Presidência vem depois do Poder Legislativo.⁴⁰² Deste modo em princípio estaria condenada à inconstitucionalidade qualquer espécie de atuação legislativa por parte do Presidente da República, seja por meio de decretos-leis, seja

³⁹⁹ A Constituição Sueca na verdade é o Instrumento de Governo de 1º de janeiro de 1975, emendado em 1976 e em 1979, e reformado pela Lei Nº 1.482, de 24 de novembro de 1994.

⁴⁰⁰ A Constituição Americana de 1787 conta com 26 emendas, tendo sido as dez primeiras, conhecidas como *Bill of Rights*, aprovadas em 25 de setembro de 1789 e postas em vigor em 1791.

⁴⁰¹ Cf. MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*. Vol. I. P. 339.

⁴⁰² Veja-se estudo detalhado sobre a configuração constitucional da doutrina da separação dos poderes nos EUA em SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional*. P. 90 e ss.

por leis delegadas, eis que delegação alguma deveria ocorrer. Mas isso não quer dizer que nunca um Presidente daquele país tenha legislado, até porque inconstitucionalidades a este respeito já foram sustentadas várias vezes perante a Suprema Corte, inclusive muito freqüentemente no século passado, ao tempo do *New Deal*, nos anos vinte e trinta. Bernard Schwartz explica que “a doutrina do *laissez faire*, na qual se baseou o funcionamento da autoridade governamental nos Estados Unidos desde a fundação da República, mostrou-se inadequada para atender aos problemas apresentados pela grande depressão econômica iniciada em 1929. O *New Deal* da Administração Roosevelt significou a própria negação do *laissez faire*.”⁴⁰³ A partir de então a Suprema Corte distinguiu entre “delegação”, que seria válida por apresentar parâmetros inteligíveis e razoáveis para a orientação e a limitação da atuação do Poder Executivo, e “abdicação do poder legislativo”, esta inconstitucional.

Assim, conforme o ensinamento de Giuseppe de Vergottini, na prática o Congresso sói fazer delegações mediante leis, acontecendo isso tanto em relação às *Independent Regulatory Commissions*, entes instituídos pelo Congresso, sequer previstos na Constituição, quanto em relação ao Presidente. Quanto a este assim preleciona o constitucionalista italiano:

A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de delegar competência legislativa ao Presidente desde que se faça por lei do Congresso fixando os critérios para orientar a atividade normativa do Executivo e com limites materiais e temporais. Os atos presidenciais são objeto de verificação concomitante por parte das comissões do Congresso. Juntamente com a hipótese de poderes expressamente delegados pelo Congresso reconheceu-se, ao Presidente, a faculdade de utilizar poderes de natureza legislativa implícitos em sua posição constitucional de chefe do Executivo e de comandante supremo das Forças Armadas, assim como poderes que figuram dentro da exigência de tornar operativas disposições do Congresso que consentem a intervenção presidencial para ampliar seu conteúdo preceptivo (*Contingency Statutes*).⁴⁰⁴

⁴⁰³ Cf. SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. P. 31.

⁴⁰⁴ Cf. DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. P. 618. Em sentido expressamente contrário à existência de um instrumento análogo ao decreto-lei italiano nos EUA posicionam-se Alessandro Pace e Giovanni Pitruzzella. Cf. PACE, Alessandro. *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 28, e PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto-legge*. P. 6, nota 7. Não obstante isso, cumpre-se o dever de informar a controvertida e aparentemente confusa opinião do publicista uruguaio Gonzalo Aguirre Ramirez. O autor, amparado em Sayagués Laso noticia que, embora a falta de previsão constitucional, na prática se admite certa categoria de “decreto-lei” nos Estados Unidos, sendo que para ele isto significa que o governo transita por uma “via inconstitucional”. Tal emissão de decretos-leis pelo governo dar-se-ia em “circunstâncias extraordinárias, sob sua responsabilidade política, civil, penal e administrativa, da qual é depois exonerado mediante uma lei de indenidade (*bill of indemnity*) que, ademais, produz o efeito de uma lei de ratificação. Porém isso não sana a inconstitucionalidade original destes decretos-leis.” Cf. AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoria General de la Ley*. P. 121.

Mas isso não quer significar que a separação dos poderes haja fenecido na pátria-mãe do Presidencialismo; ao contrário, acima de tudo, a Constituição Norte-Americana pode mostrar-se como o “exemplo clássico” da separação dos poderes, ainda que não exista nenhum preceito consagrado especialmente a tal separação, encontrando-se ela porém bem patente em vários deles, observa Manuel García-Pelayo.⁴⁰⁵ Conforme James Wilson, a separação dos poderes “é a fonte da enorme influência que o Congresso exerce tanto sobre os grandes contornos, quanto sobre os detalhes minudentes da política pública”; “também está na raiz da autoridade dos tribunais de declararem inconstitucionais os atos quer do Presidente quer do Congresso, representando assim uma causa eficiente de uma espécie de ativismo judiciário”.⁴⁰⁶ A Suprema Corte tem poderes em se tratando de separação dos poderes, campo no qual tem “adotado a mais literal das leituras da Constituição”;⁴⁰⁷ o próprio caso *Marbury v. Madison*, que em 1803 inaugurou o poder da Suprema Corte para invalidar atos do Congresso, “foi também o primeiro caso a expressar que o Congresso violara a separação dos poderes (ao tentar ampliar a jurisdição original do Judiciário)”.⁴⁰⁸ E embora as necessidades do passado tenham ampliado poderes do Poder Executivo, na realidade ele não é tão poderoso assim, havendo mesmo alguns clamores por uma reforma constitucional no que diz respeito à direção do governo federal.⁴⁰⁹ É que mesmo Hamilton, quando em 1788 apregoava um “Executivo vigoroso”, “enérgico”, alegando que um “executivo débil” significaria “uma execução débil do governo”, e portanto “má execução”, fazia-o não para fortalecer o Executivo em si, mas para defendê-lo em sua organização unitária (Executivo “único”), rejeitando qualquer argumento a favor de um Executivo plural (a exemplo dos Executivos no Parlamentarismo).⁴¹⁰

⁴⁰⁵ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. *Derecho Constitucional comparado*. P. 350.

⁴⁰⁶ Cf. WILSON, James Q. Ainda funciona a separação dos poderes? In: KRISTOL, Irving et al. *A ordem constitucional americana (1787-1987)*. P. 56 e ss.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁰⁹ Mesmo assim um dos poucos e mais importantes ensaios em prol da modificação na separação dos poderes visando a mais fortalecer o Poder Executivo em relação ao Legislativo é o de Lloyd Cutler, *Para formar um Governo*, no qual consta: “O interesse público é um conjunto de princípios e metas em permanente processo de descoberta, dos quais se inferem ações corretas. Os meios para se alcançar esses fins é que terão de ser abrangentemente e eficientemente relacionados aos fins. E isso é feito mais facilmente por uma só cabeça do que por 535, por uma autoridade responsável perante um eleitorado nacional do que por alguém comprometido por muitos e pequenos eleitorados, e por uma pessoa apta a levar a cabo uma política sujeita ao teste de derrota eleitoral do que por alguém que não pode executar política de espécie alguma sem primeiro passar por incontáveis exames de subcomissões, comissões, grupos de pressão e casas do Congresso.” Cf. WILSON, James Q. *Op. cit.*, p. 67.

⁴¹⁰ Cf. HAMILTON. *El Federalista*, LXX. In: BOTELLA, J.; CAÑEQUE, C.; GONZALO, E. (Ed.). *Op. cit.*, p. 329-35.

Portanto, há lá um Executivo forte, mas também um Legislativo e um Judiciário fortes.⁴¹¹ James Young assim se expressa a respeito do sistema presidencial nos EUA: “Uma presidência forte coabita conjuntamente a um congresso também extremamente forte; e um legislativo bicameral extremamente forte. Deveras, sou da opinião que o Congresso nos EUA, possivelmente é o mais forte, o mais **ciumento do seu poder sobre política**, sobre administração, sobre investigação da administração e conduta do executivo, do que qualquer outro no mundo.” Ainda segundo o autor, o “Congresso tem poderes executivos muito fortes na Constituição Americana.”⁴¹² E sendo o sistema presidencial americano essencialmente uma construção da evolução política dos EUA no século XX, mas seguindo sempre a norma explícita de convivência e repartição dos poderes,⁴¹³ refletindo escolha feita conscientemente pelos constituintes, não é um fato no presidencialismo daquele país a capacidade de legislar do Presidente, pelo que este não pode: “repudiar um ato do Legislativo, dissolver o Congresso, nem governar por decreto na ausência do Legislativo”.⁴¹⁴ Nesta seara o mais importante poder do Presidente da República é o do veto sobre os atos da legislatura, mas ainda assim trata-se de veto condicional. Assim, insiste Young que o “sistema presidencialista deve ser associado não a um legislativo fraco, mas a um legislativo forte.”⁴¹⁵

Viu-se acima que, seja atendendo pelo nome de “decreto-lei”, de “decreto com força de lei”, de “provimento provisório”, seja de “ordenança de necessidade”, o instituto assemelhado à Medida Provisória é previsto e passível de ser utilizado em apenas menos da metade (42,85%) dos vinte e um países referidos.⁴¹⁶ Excetuando os Estados Unidos da

⁴¹¹ Diz Nelson Saldanha: “Se é verdade que nos Estados Unidos da América do Norte o poder do presidente é muito vasto, é também certo que lá os outros dois poderes – Legislativo e Judiciário – são igualmente sólidos.” Cf. SALDANHA, Nelson. *O que é poder legislativo*. P. 66.

⁴¹² Cf. YOUNG, James. EUA não está longe de um parlamentarismo. *Revista do Serviço Público*, n. 6, p. 33 (grifou-se).

⁴¹³ A Constituição estabelece instituições separadas que repartem entre si o poder de formular “a política”, sendo tão severa tal separação que um deputado ou um senador não pode ocupar um cargo no Poder Executivo durante a vigência do seu mandato, nem mesmo em caso de renúncia. Cf. *Ibidem*, p. 34.

⁴¹⁴ *Idem*.

⁴¹⁵ *Idem*.

⁴¹⁶ Seria de referir a opinião de Alessandro Pace, que relativamente à França, à Alemanha, à Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América do Norte, considera não existir nesses países um “instrumento análogo àquele do decreto-lei assim como disciplinado na Itália.” Cf. PACE, Alessandro. *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 28. De assim ser, o percentual dos países que adotam este instrumento jurídico – incluindo o Brasil – fica exatamente em 50% (de 22 países então considerados, 11 adotam e 11 não adotam o instituto). A opinião de Pace é compartilhada por Giovanni Pitruzzella, que amplia esse rol, com a inclusão da Bélgica. Cf. PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto-legge*. P. 6, nota 7.

América do Norte, que de plano rejeitou em seu texto constitucional a possibilidade de o Presidente recorrer a um tal instrumento, mas onde mesmo assim o chefe do Executivo legisla via delegações, bem como o Paraguai, o Uruguai, o Chile, Luxemburgo, os Países Baixos, a Alemanha, a Irlanda, a Finlândia, a Inglaterra, a Bélgica e a Suécia, os demais ordenamentos jurídico-constitucionais possibilitam ao Poder Executivo o uso desse mecanismo. Como visto, em alguns destes doze países descartados da lista daqueles que explicitamente adotam legislação de urgência existe a competência normativa do Poder Executivo, mas não com as características que marcam as medidas provisórias brasileiras, objeto desta investigação. É este por exemplo o caso da Alemanha, que permite ao Poder Executivo a proposição de lei no “estado de necessidade legislativa”, o que só se dá em casos muito excepcionais e somente mediante a aquiescência dos Estados Federados (via Conselho Federal). Com isso se relativiza ou até destrói-se o notório e largamente difundido mito que se formou nesta temática no sentido de que “todos” os Estados contemporâneos possuem institutos semelhantes às medidas provisórias brasileiras.

2.4 – Atuais formas de exercício da capacidade legislativa do Poder Executivo no Estado Brasileiro

Mais adiante ver-se-ão os danos causados num Estado de Direito ao não serem respeitados os limites constitucionalmente assinalados a cada um dos três poderes. Por ora dedica-se a bem marcar as formas pelas quais, no Estado brasileiro, o Poder Executivo exerce uma das suas funções atípicas - embora prevista constitucionalmente - qual seja, a de legislar.

Frisa-se desde logo não ser objeto deste trabalho a análise da **participação normal e corriqueira do Presidente da República no processo legislativo**, isto é, na formação da lei, quando desta tradicionalmente participa seja vetando, seja sancionando os projetos de lei que lhe chegam após terem sido aprovados em versão final pelo Poder Legislativo, seja promulgando e fazendo publicar as leis, ou ainda por meio da iniciativa própria de projeto de lei, que encaminha ao Congresso Nacional nos moldes prescritos pela Constituição. Edilson Pereira Nobre Júnior acresce ainda os métodos modernos de contribuição do Executivo para a formação da lei, quais sejam “o direito de mensagem, a convocação extraordinária do Parlamento e o pedido de urgência na apreciação de projetos de lei.”⁴¹⁷ Mas tudo isso nada mais é do que mero controle da atividade legislativa, ou seja, a tradicional participação do

⁴¹⁷ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Medidas provisórias: controle legislativo e jurisdicional*. P. 66.

Executivo no processo de elaboração da lei. O grande objeto de estudo deste trabalho é a medida provisória, mas como ela faz parte do que a doutrina usa chamar de exercício de “**função legiferante**” ou “**capacidade normativa**”, ou caso se prefira, “**capacidade legislativa**” pelo Presidente da República, neste item também se verá, ainda que com menor profundidade, as demais formas pelas quais dita capacidade pode ser exercida.

Colhe-se de Clèmerson Melin Clève a classificação do exercício da capacidade normativa do Poder Executivo em “atribuição própria” ou “em face de delegação”, ambas resultando em **atividade normativa primária**.⁴¹⁸

Na vigência da atual Constituição Federal, a atuação normativa do Poder Executivo brasileiro - no sentido de criar **normas primárias** - pode dar-se por meio das **leis delegadas** e das **medidas provisórias**. Já a **atividade normativa secundária** do Executivo é exercida por meio dos **decretos e regulamentos para a “fiel execução” das leis**. Estas “espécies normativas” ou “atos normativos” passam a ser vistos a seguir conforme suas especificidades.

2.4.1 – As Leis Delegadas – Histórico, conceito e previsão constitucional

Conforme Alexandre Mariotti, a legislação delegada pode ser definida “como a resultante de um processo que inicia com um pedido do Poder Executivo, prossegue com uma autorização do Parlamento para que aquele produza normas jurídicas sobre determinada matéria, observados os parâmetros fixados na autorização, e completa-se, via de regra, com a edição, pelo Executivo, do correspondente ato normativo.”⁴¹⁹

Já Carlos Roberto de Siqueira Castro, citado por Clèmerson Merlin Clève, conceitua a delegação legislativa como uma espécie de “transferência da função normativa atribuída originária e constitucionalmente ao Poder Legislativo a órgãos [...] integrantes dos demais Poderes do Estado.”⁴²⁰

Já foi visto no segundo item do primeiro capítulo desta tese que a figura da “delegação” legislativa era fortemente reprovada na doutrina de John Locke, merecendo serem lembradas suas palavras: “O legislativo não deve nem pode transferir o poder de elaborar leis a quem quer que seja, ou colocá-lo em qualquer outro lugar que não o indicado

⁴¹⁸ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 22.

⁴¹⁹ Cf. MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. P. 26-7.

⁴²⁰ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 22.

pelo povo”.⁴²¹ Locke sintetizava seu pensamento a respeito com a sentença latina *delegatus delegare non potest* (“o delegado não pode delegar”). Mesmo assim a delegação acabou por incorporar-se nos processos legislativos tanto dos ordenamentos jurídicos de herança romano-germânica, quanto nos de tradição da *common law*, **legislando o Executivo**, em qualquer caso, **em seu próprio nome**. Naqueles ordenamentos (nos quais está incluído o Brasil), segundo esclarecimento de Alexandre Mariotti, excetuando-se a Alemanha, as normas editadas pelo Executivo com apoio na autorização do Parlamento terão o *status* de **normas primárias**, enquanto nestes, de **normas secundárias**, ou seja, de atos normativos subordinados à lei.

No Brasil a delegação legislativa só foi formalmente acolhida por um texto constitucional em 1937, mas na prática já era utilizada desde a época da Constituição Imperial de 1824, conforme observação de Pimenta Bueno. Em suas análises à dita Constituição, o constitucionalista expressou toda sua indignação em relação ao “abuso da subdelegação do Poder Legislativo no Poder Executivo” (tal prática era por ele denominada de “subdelegação ministerial”), na mais clara e clássica orientação de defesa do princípio da separação dos poderes. Entendia não ser só “ilegítima, mas também muito nociva a subdelegação”: “É uma aberração que cumpre aniquilar”.⁴²² A Lei Fundamental, “antes de autorizar a delegar o poder legislativo, esse primeiro atributo da soberania nacional, teve o cuidado e sabedoria de estabelecer as condições apropriadas, as habilitações que necessariamente deveriam ter, as garantias que deveriam oferecer aos respectivos mandatários”. Daí que os representantes da nação, “procuradores do povo brasileiro”, deveriam desempenhar “a sua procuração nos precisos termos, segundo as instruções ou ordens que estão para isso claramente consignadas na lei fundamental.”⁴²³

Mas pouco eco tiveram as palavras do grande constitucionalista, uma vez que tal prática continuou presente durante a vigência da seguinte Constituição, a de 1891, período em que os estudiosos encontraram inúmeros exemplos de autorizações do Congresso para que o

⁴²¹ Cf. LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo*. P. 90.

⁴²² Cf. PIMENTA BUENO, J. A. *Direito público brasileiro e análise...* Op. cit., p. 36.

⁴²³ *Ibidem*, p. 37-9. Referia-se ele aos artigos 9º, 13, 15, §§ 8º e 9º e, dentre outros mais, especialmente o art. 36, que confirmava a “competência de legislar como exclusiva da assembléia geral”.

Poder Executivo pudesse legislar por meio de decretos.⁴²⁴ Não foram formalmente assumidas pela Constituição de 1934 mas sim na de 1937, tendo sido proibidas expressamente na de 1946, sem falar que esta ainda instituiu o “princípio da indelegabilidade de atribuições” (em seu art. 36, § 2º), vedando qualquer delegação legislativa. A Emenda Constitucional n. 4, de 1961, a fez retornar ao mesmo tempo em que revogou o princípio da indelegabilidade das atribuições, sendo que na curta experiência parlamentarista então vivida no país foram editadas onze leis delegadas, evidenciando sua mais frutífera fase de legitimidade formal.

Tendo o país retornado ao presidencialismo com a Emenda Constitucional n. 6, de 1963, por ela também reativou o princípio da indelegabilidade das atribuições legislativas. A legislação delegada retornou expressamente nos textos constitucionais de 1967 e 1969.⁴²⁵ Ainda que o primeiro tenha repetido o princípio da indelegabilidade (em seu art. 6º, parágrafo único), admitiu a delegação legislativa (em seus artigos 55, 56 e 57) enquanto exceção ao princípio. Entretanto esta foi largamente preterida pelo Poder Executivo, que preferia utilizar o decreto-lei.

Na Constituição de 1988 o instituto “lei delegada” consta no art. 59, inciso IV como uma das espécies normativas ao alcance da titularidade do Poder Executivo, devendo por este ser solicitada ao Congresso Nacional. No entanto, mesmo em um regime democrático o fenômeno da preferência do Executivo pelo outro instituto (a medida provisória) se repete. Isto se dá não só em relação à lei delegada, como também no que se refere à possibilidade de o Poder Executivo apresentar projeto de lei à apreciação do Congresso Nacional, mesmo dispondo, neste caso, do privilegiado pedido de urgência. É que todos estes casos são por ele considerados como fórmulas mais onerosas politicamente falando.

O art. 68 do texto constitucional disciplina o processo de elaboração da lei delegada, nos seguintes termos:

⁴²⁴ Clèmerson Clève aponta que tais delegações legislativas sem previsão constitucional são praticadas em alguns países, como nos Estados Unidos. No Brasil também existiram, principalmente na época de vigência da Constituição republicana de 1891, uma vez que embora o texto constitucional não previsse a delegação legislativa, foi ela intensamente praticada, norteadas pela postura pendular do então Supremo Tribunal Federal, que por vezes a julgava inconstitucional, por vezes não. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 22-3.

⁴²⁵ Quanto à Constituição de 1969 até hoje não há consenso na doutrina acerca de ter sido ela uma mera emenda constitucional ou verdadeiramente uma nova Constituição, já que se por um lado formalmente foi veiculada por uma emenda (a Emenda nº 1), por outro promoveu muitas modificações no texto da Constituição de 1967. Para Paulo Bonavides “não era Emenda, nem Constituição, mas, com certeza, o **estatuto da ditadura, o decreto magno do autoritarismo e da discricionariedade.**” Cf. BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. P. 23 (grifou-se). Neste estudo opta-se por denominá-la **Constituição** de 1969.

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

De titularidade do Poder Executivo, quanto autorizada, a lei delegada está hierarquicamente equiparada à lei ordinária,⁴²⁶ já que possui **caráter de norma primária** com o poder de inovar originariamente a ordem jurídica nacional, embora nasça condicionada à existência de uma prévia autorização do Poder Legislativo.

2.4.2 – Os Decretos Executivos Regulamentares – Histórico, conceito e previsão constitucional

Inicialmente cabe destacar que Decretos do Executivo há dos mais variados tipos e para os mais diversos objetos: de nomeações, de exonerações, relativos à abertura de crédito, de declaração de utilidade pública, de reforma agrária, de doação e aceitação de imóvel, de luto oficial, de criação de embaixadas e consulados, de calamidade pública⁴²⁷ etc. Todos estes contêm regras de caráter singular e não são numerados. Ao lado destes existem aqueles que configuram atos normativos de caráter geral e abstrato, devendo ser numerados. Dentre estes, por ser o mais típico e o que mais diretamente possui ligação com o cumprimento e a execução de outras espécies normativas previstas no processo legislativo, a análise deste

⁴²⁶ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 32; CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. P. 197-8; BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. P. 362.

⁴²⁷ Cf. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Dicas/Epigrafe.htm>. Acesso em: 10 ago. 2001. Vide também o Decreto Nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999 (que “Estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo”), especialmente o art. 11, § 1º e 2º. Quanto ao objeto dos decretos executivos, J. Cretella Júnior, citado por Ivo Dantas, relaciona os seguintes: “pôr em execução uma disposição legal”; “estabelecer medidas gerais para cumprimento da lei”; “providenciar sobre matéria de ordem funcional”; “resolver sobre interesse da Administração”; “decidir sobre algum interesse de ordem privada, que se prendia ao da Administração”; “criar, modificar, limitar ou ampliar uma situação jurídica”; “organizar, reformar ou extinguir serviços públicos dentro da competência do poder executivo”. Cf. DANTAS, I. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. P. 56-7.

subitem se deterá apenas nos Decretos ditos “regulamentares”, embora todos chamem-se genericamente tão somente “Decretos”.

O decreto regulamentar executivo constitui **atividade normativa secundária**⁴²⁸ por configurar, no Brasil, tradicionalmente, norma subordinada à própria lei que regulamenta, sendo que esta o conforma e o delimita, fixa-lhe o âmbito de eficácia e ainda condiciona-lhe o conteúdo. Com efeito, o Direito Constitucional brasileiro apenas acolhe a figura do “regulamento de execução” (*secundum legem*). Deste modo, nesta análise deixam-se de lado os ditos “regulamentos independentes” ou “autônomos” porque, embora alguns autores os vislumbrem, eles não existem enquanto previsão formal no texto constitucional brasileiro, eis que lhes faltaria justamente a autonomia necessária para serem assim considerados.

Com efeito, é a “supremacia da lei” que implica a evidente “subordinação do regulamento”, sendo este tolerado por ser “necessário ao próprio cumprimento das leis e das obrigações delas decorrentes”. Daí o “típico” regulamento, que é o “**regulamento de execução**”, ter sido admitido nos textos constitucionais apenas com um “nítido caráter secundário”.⁴²⁹

Inobstante tais ponderações, o “poder-dever” de regulamentar é também uma das maneiras pela qual o Poder Executivo contribui para a formação da ordem jurídica. E como bem observa Clèmerson Clève, tal poder, conferido ao Presidente da República pela Constituição, “consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária.”⁴³⁰

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o poder regulamentar “sempre foi reconhecido ao Executivo”, enquanto “competência de regulamentar as leis, ou seja, de editar regulamentos”.⁴³¹ Historicamente foram os regulamentos que abriram caminho “para a

⁴²⁸ Registre-se, a propósito, a preocupação de Sampaio Dória com o exato alcance do que seja “expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução da lei”. Em comentários à Constituição de 1946, um texto constitucional que nem decretos-leis previa, mas revelando a alta consciência democrática da época e a conseqüente vigilância contra o autoritarismo, assim se pronunciava o mestre: “A cada passo, a pretexto de regulamentar uma lei, ou cumprir deveres constitucionais, são expedidos decretos e regulamentos com inovações que importam legislar. Mas legislar é função indelegável do congresso. São abusos os decretos, que subtraíam ao congresso suas funções, os regulamentos que exorbitem da ‘fiel execução da lei’, para obrigar os cidadãos a fazerem, ou deixarem de fazer alguma coisa que determinem. A pedra de toque, para verificar se não ultrapassam os regulamentos à fiel execução da lei, é a inovação: o regulamento não pode exigir obrigações que não estejam na lei, implícita ou explicitamente. Nada que não seja o processo, o modo, ou meio de fazer cumprida a lei sobre que disponha o regulamento. Ir além é legislar.” Cf. SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito Constitucional*. Vol. I, p. 595.

⁴²⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. P. 158.

⁴³⁰ Cf. CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. P. 271.

⁴³¹ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 157.

transformação do Executivo, na ordem constitucional, em poder também legislativo.”⁴³² É lição ainda desse constitucionalista que, conforme a melhor doutrina, incluindo aí Carré de Malberg, é o regulamento “um ato administrativo que estabelece regras jurídicas, gerais e permanentes”. Daí o autor brasileiro considerá-lo “um **ato normativo**, mas de criação da autoridade administrativa”. Por seu conteúdo o regulamento “identifica-se com a lei”, mas dela difere “basicamente pela proveniência”: a lei é ato típico do legislador e o regulamento é um “**ato de administração**”, isto é, provém do Poder Executivo enquanto Administração.⁴³³

Noutros ordenamentos, como na Itália, é um tanto diferente a opinião dos autores quanto à natureza dos regulamentos, donde representantes da doutrina italiana, como Berliri, neles vislumbrarem apenas atos administrativos impostos pela idéia de “execução”, e não verdadeiros atos legislativos. No caso dos regulamentos não se delegariam atribuições do Legislativo para o Executivo, eis que já se tratam de poderes que lhe são próprios, próprios da sua tarefa-função de “execução”. Diz Berliri, reproduzido por Alberto Xavier:

Enquanto com a lei de delegação o Parlamento autoriza o governo a emanar um ato com força e valor de lei, com a atribuição do poder regulamentar em ordem a uma específica matéria o Governo é autorizado a emanar o regulamento – que é ato administrativo – e que portanto, apesar de conter normas jurídicas, não tem o valor e a força de lei, não é ato legislativo nem mesmo se a lei que autoriza a sua emanação prevê que ele possa, em qualquer ponto, e limitadamente a casos particulares, derrogar às normas dessa lei.⁴³⁴

Mas o próprio Alberto Xavier admite que no Direito brasileiro os “regulamentos são verdadeiros *atos normativos* – embora secundários – que, desde que nos limites da autorização legal, têm aptidão para criar direitos e obrigações para os particulares.”⁴³⁵

Na Constituição Federal de 1988, compete privativamente ao Presidente da República, conforme previsão do artigo 84, inciso IV, “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.**”

O curioso é que, mesmo sendo atos normativos, e embora não advindos do Poder Legislativo, os regulamentos deveriam estar – mas não estão - compreendidos entre as espécies normativas ou espécies de atos legislativos arroladas pela Constituição Federal no campo do processo legislativo, isto é, no seu art. 59. A explicação para isso é dada por Nelson

⁴³² Ibidem, p. 160.

⁴³³ Ibidem, p. 157 (grifou-se).

⁴³⁴ Cf. XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. P. 32.

⁴³⁵ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 31 (grifado no original).

de Sousa Sampaio em comentários ao disposto na ordem constitucional anterior, que neste particular não difere da atual. Segundo ele “a relação [do art. 59] não abrange todos os atos *materialmente* legislativos, mas tão-só os que estão sujeitos, para sua formação, ao processo legislativo no sentido estrito. Por isso foram excluídos do rol o **regulamento** e os regimentos internos dos Tribunais”.⁴³⁶ No mesmo sentido foi a análise de Pontes de Miranda em respeito ao dispositivo do texto constitucional de 1967, mas aplicável ao atual. Para ele o artigo [no caso o 49 daquela Constituição] “apenas cogita do processo legislativo estrito senso, porque ficaram fora, *e.g.*, as regras jurídicas do Regimento Comum (art. 31, § 2º, II) e dos Regimentos Internos de cada câmara (art. 32), as regras jurídicas de Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e dos outros tribunais e as dos **decretos e regulamentos do Poder Executivo**.”⁴³⁷

Tais atos são, portanto, privativos do Chefe do Executivo, única autoridade autorizada pela Constituição para editá-los, sendo os regulamentos expedido sob a forma de decretos.

2.4.3 – As Medidas Provisórias – Origens históricas, conceito e previsão constitucional

Em relação às medidas provisórias cuida-se de **competência própria, específica, não delegada**, de situação em que o Poder Executivo é habilitado pela própria Constituição para inovar diretamente na ordem jurídica, isto é, sem ter que previamente passar pela autorização do Congresso Nacional. A aquiescência dos representantes do povo deve vir depois, quando a norma criada, “com força de lei”, já estiver produzindo os seus regulares efeitos.

2.4.3.1 – A origem nos *provvedimenti provvisori* italianos e a tentativa de suplantar os anteriores Decretos-Leis

Instalada a Assembléia Nacional Constituinte, que foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, teve como uma de suas tarefas mais árduas harmonizar a imperativa necessidade de banir do ordenamento jurídico constitucional o decreto-lei e ao mesmo tempo desenhar alguma outra espécie normativa que representasse a essência do objetivo do anterior instituto, porém diversamente em sua forma de utilização. Aquele, instrumento jurídico tão mal visto e repudiado não só por grande parte da

⁴³⁶ Cf. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. P. 64 (grifou-se).

⁴³⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III, p. 119 (grifou-se).

comunidade jurídica nacional, como também pelas forças políticas que capitanearam a implosão do regime militar, apresentava tantas máculas no que diz respeito ao abuso de poder que chegava a ser naturalmente identificado com o próprio autoritarismo praticado nas décadas imediatamente pretéritas. Em seus discursos, os líderes políticos da então Nova República - a começar por Tancredo Neves - abominavam o decreto-lei, adjetivando-o como o “mais típico entulho do autoritarismo militar”,⁴³⁸ e isso apesar de o decreto-lei já haver sido praticado por Getúlio Vargas, de quem Tancredo Neves⁴³⁹ fora Ministro.

De toda maneira, desejava-se do novo instituto que cumprisse sim a função de permitir a rápida ação normativa do Poder Executivo em situações urgentes e emergenciais, mas depositava-se nele esperanças de que estivesse eivado do espírito democratizador que permeava todos os debates constituintes enquanto prenúncio de uma nova era na recente história constitucional brasileira.

Nasceria assim, fruto de acesos debates constituintes, a Medida Provisória, nome jurídico com o qual fora batizada a nova espécie normativa. Mas o curioso é que a matriz histórica do novo instituto continuou sendo a mesma que inspirou o antigo decreto-lei: o artigo 77 da Constituição italiana de 1947. Embora isso, certo é que os constituintes quiseram criar a nova espécie tão diferente daquela que deveria suceder, que acabaram por transpô-la quase *ipsis litteris* do modelo italiano. Possivelmente residam aí as origens dos inúmeros desacertos, tropeços jurídicos, abusos de poder, enfim, inconstitucionalidades várias que seriam colecionadas a partir do momento em que o instituto entraria em vigor e se alastrariam ao longo dos anos subseqüentes.

Começa-se a vislumbrar, portanto, a pouca atenção que foi dedicada pelos constituintes à premissa básica de que não se pode simplesmente trasladar modelos jurídicos de outros países sem antes fazer-se uma análise política, cultural e histórica da realidade concreta que sediará o instituto importado, o que no caso do Brasil seguramente recomendaria mais adaptações ao instituto copiado.

⁴³⁸ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Medidas provisórias*. P. 12.

⁴³⁹ Veja-se uma de suas manifestações na época da Assembléia Nacional Constituinte: “O decreto, com força de lei, tem sido o instrumento, por excelência, da atividade legislativa do Poder Executivo. Ele absorve, praticamente, todo o trabalho do Legislativo. Usado e abusado constitui, hoje, na fonte do caos das leis em que se debate o País, traumatizando os princípios gerais do Direito, violentando a norma jurídica e infringindo comezinhos princípios de técnica legislativa. A sua supressão pura e simples seria da maior importância para a disciplina, o aprimoramento e a consolidação do nosso sistema legal.” Cf. reprodução de PADOVESE, Ricardo Campos. Dos pressupostos, das limitações às medidas provisórias e assuntos conexos. *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, n. 18, p. 146. Por outro lado, esclareça-se que Tancredo Neves foi nomeado Ministro da Justiça do Governo Getúlio Vargas em 1953, e renunciou ao cargo no dia da morte do Presidente.

Por outro lado, uma pequena história da capacidade legiferante do Poder Executivo no Brasil pode mostrar como era o quadro até antes do advento da Constituição Federal de 1988 no que diz respeito às espécies normativas que poderiam ser editadas com os mesmos - ou semelhantes - fundamentos que, depois, na redação do art. 62 do novo texto, autorizariam a edição da medida provisória.

Na primeira etapa da história constitucional brasileira sequer se cogitava a necessidade de o Governo apelar para um instituto semelhante à atual medida provisória, consabidamente porque o Imperador Dom Pedro I exercia o Poder Moderador, pelo qual poderia suspender os trabalhos do Parlamento e avocar a si as funções legislativas quando bem lhe aprouvesse. Embora isso, no texto da Constituição Imperial de 1824 identifica-se a expressão “medida provisória”, ainda que com outro sentido que não o da espécie normativa de agora. Veja-se:

Art. 179. [...]

XXXV – Nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado que se dispensem, por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazer por ato do Poder Legislativo. Não se achando, porém, a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Pátria iminente perigo, poderá o Governo exercer a esta mesma providência, como **medida provisória** e indispensável, suspendendo-a imediatamente, quando cesse a **necessidade urgente** que a motivou; devendo, em um e outro caso remeter à Assembléa, logo que reunida for, uma relação motivada das prisões, e de outras medidas de prevenção tomadas; e quaisquer autoridades, que tiverem mandado proceder a elas serão responsáveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito” (grifou-se).

Tão logo proclamada a República, o Decreto Nº 1 de 1889 suspendeu a Constituição Imperial em tudo o que lhe fosse contraditório, sendo que o Governo então instaurado legislou por decretos ditatoriais até a promulgação da Constituição de 1891.

A Constituição de 1934, tendo restabelecido o Estado de Direito enfraquecido pela Revolução de 1930, não acolheu o instituto em seu texto.

A primeira vez em que a expressão “decreto-lei”⁴⁴⁰ apareceu num dos textos constitucionais brasileiros foi com o advento da Constituição de 1937, em que o texto da lavra de Francisco Campos designava com o mesmo nome jurídico diferentes espécies legislativas. Naquele texto constitucional, o art. 12 previa o decreto-lei autorizado pelo Parlamento, mediante a fixação de certas condições e limites; o art. 13 previa o decreto-lei de necessidade, a ser expedido sobre as matérias de competência legislativa da União nos períodos em que o Parlamento estivesse em recesso ou nos quais a Câmara dos Deputados tivesse sido dissolvida, sendo expressamente excluídas algumas matérias. O art. 14, por sua vez, previa o decreto-lei sobre matérias reservadas ao Presidente da República, e por fim o art. 180 consagrava o decreto-lei expedido pelo Presidente da República enquanto o Parlamento Nacional não se reunisse.

Cumprir lembrar, no entanto, que o constitucionalismo do Estado Novo foi apenas aparente. A consabida verve ditatorial do governo de Getúlio Vargas dissolveu o Parlamento⁴⁴¹ (conforme o art. 178 daquela Constituição) e conduziu o país de forma tão autoritária que sequer aproveitou todas as possibilidades legislativas de que dispunha, servindo-se ampla e precipuamente da modalidade prevista no art. 180 atrás referido.

⁴⁴⁰ No que diz respeito aos decretos-leis no ordenamento constitucional brasileiro veja-se na obra de Brasilino Pereira dos Santos detalhado estudo, inclusive sobre os aspectos históricos. Cf. SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. P. 214-291. Por outro lado, importante lição a de Dagoberto Liberato Cantizano no que diz respeito à divisão dos decretos-leis em dois tipos (decretos-leis “de fato” e decretos-leis “de direito”), feita doutrinariamente por diversos constitucionalistas de renome e por ele próprio. Ao frisar que tal distinção não opera diferença quanto aos efeitos jurídicos práticos, mas apenas quanto ao aspecto teórico-doutrinário, o autor explica: “O decreto-lei ‘de fato’ surge quando, nas Ditaduras, em períodos transitórios e de crise, nos períodos pós-revolucionários, os detentores do Poder exercem, ao mesmo tempo, o Poder Executivo e as funções do Poder Legislativo. Nesses governos de fato, normalmente é dissolvido o Poder Legislativo, mas o ordenamento jurídico de um Estado soberano não pode ficar estático, e a legislação de que ele necessita é expedida por meio de decretos-leis, ou seja, decretos com força de lei. Não se pode dizer que o decreto-lei ‘de fato’ seja melhor ou pior do que o decreto-lei ‘de direito’, ou seja, aquele que é previsto expressamente em texto da Constituição vigente. Pode-se dizer, entretanto, que este último tem mais legitimidade porque é apreciado pelo Congresso Nacional.” Cf. CANTIZANO, D. L. *O processo legislativo nas constituições brasileiras e no direito comparado*. P. 266.

⁴⁴¹ “O processo legislativo foi completamente delegado ao Presidente da República, que governou exclusivamente por decretos e decretos-leis” (sic). Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. P. 388. Na antes mencionada lição de Dagoberto Cantizano, como no regime da Constituição de 1937 as duas casas do Congresso Nacional “nunca estiveram em funcionamento” e o Poder Executivo arrogou-se o direito de legislar sob a forma de decretos-leis, estes foram decretos-leis “de fato”, porque não estavam previstos na Constituição. Segundo o autor, o mesmo ocorreu no Brasil após à “revolução” de 31 de março de 1964, sendo decretos-leis “de fato” todos aqueles expedidos com base em Atos Institucionais. Deste modo, no período de 9 de abril de 1964 (data do primeiro Ato Institucional) até a revogação desses atos pelo “poder revolucionário” (via Emenda Constitucional Nº 11), em 13 de outubro de 1978 (com efeito a partir de 1º de janeiro de 1979), deu-se a coexistência do processo legislativo autocrático com o processo legislativo representativo ou indireto, com a predominância do primeiro até o advento da Constituição de 1967 com seus arts. 49 e 58. Cf. CANTIZANO, D. L. *Op. cit.*, p. 267.

Conforme Nelson de Sousa Sampaio, ao longo do período o número destes decretos editados beirou os 10 mil, incluindo grandes diplomas legais, tais como o Código Penal, o Código de Processo Penal, além de praticamente toda a legislação trabalhista cuja reunião posterior resultou na Consolidação das Leis do Trabalho.⁴⁴²

Já a Constituição de 1946, de feições redemocratizantes, repudiou o instituto em sua totalidade, não só atribuindo o exercício da função legislativa exclusivamente ao Congresso Nacional (conforme seu art. 37), como ainda vedando expressamente a qualquer dos três poderes a delegação de atribuições, garantia de não ingerência de um poder no outro prevista no § 2º do art. 36 daquele texto.

Os decretos-leis só iriam reaparecer no cenário brasileiro após o golpe militar que em 1964 depôs João Goulart, nos Atos Institucionais de nº 2 e 4, de 1965 e 1966, respectivamente. Em seu art. 30 o Ato Institucional Nº 2 facultava de forma lacônica ao Presidente da República baixar decretos-lei “apenas” em matéria de segurança nacional, mas uma vez que ocorresse a hipótese de decretação de recesso parlamentar, o § único do art. 31 estendia essa faculdade a “qualquer matéria”. Na seqüência, o conteúdo passível de ser legislado por decreto foi ampliado pelo Ato Institucional Nº 4 para a matéria financeira (durante a convocação extraordinária do Congresso Nacional e até em sua reunião ordinária), bem como à matéria administrativa (no período do fim da convocação extraordinária até a reunião ordinária), conforme seu art. 9º, parágrafos primeiro e segundo.

Não pairam dúvidas de que estes dois Atos Institucionais inspiraram a redação da Constituição de 1967, que em seu art. 49, inciso V, estabelecia que o processo legislativo compreendia a elaboração de decretos-leis, e no inciso IV previa as leis delegadas. Já o art. 58 era explícito quanto à previsão dos decretos com força de lei:

Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas.

Parágrafo único: Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se nesse prazo não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.

⁴⁴² Cf. SAMPAIO, Nelson de S. *O processo legislativo*. P. 59. Informação mais detalhada é oferecida por Janine Massuda, que em pesquisa realizada no Serviço de Documentação da Biblioteca da Câmara dos Deputados concluiu que entre os anos de 1937 e 1946 foram editados 9.914 decretos-leis, sendo 8.154 deles durante o governo de Getúlio Vargas. Cf. MASSUDA, Janine Malta. *Medidas provisórias: os fenômenos na reedição*. P. 36.

A seguinte Constituição, denominada “Emenda Constitucional Nº 1”, de 1969, seguiu mantendo tanto a lei delegada quanto o decreto-lei, porém este ganhou novo nome, vindo a efetivamente chamar-se “decreto-lei”. Também teve seu alcance material ampliado, bem como ganhou disposição a respeito dos atos praticados durante a sua vigência, conforme o texto do artigo 55:

Art. 55. O Presidente da República em casos de urgência ou interesse público relevante e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias, e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Foi nesta ocasião que se proibiu aos Estados expedirem decretos-leis, conforme o art. 200 e seu parágrafo único:

“Art. 200 – As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

§ único. As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis.”

Contudo, o transcrito artigo 55 ganhou nova redação a cargo da Emenda Constitucional Nº 22, de 1982:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias, e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Dizia o art. 51 e seu § 3º, antes referidos:

Art. 51. O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais, se o solicitar, serão apreciados dentro de quarenta e cinco dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal.

§ 3º - Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final delas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

Esta foi, pois, a ultima versão dos decretos-leis antes da entrada em vigor da atual Constituição,⁴⁴³ destacando-se como principais características:

- o automático aperfeiçoamento em lei passados 60 dias, correndo o prazo em favor do Poder Executivo no caso de ausência de deliberação;
- um campo material definido: não permitia aumentar despesas e só poderia tratar de matérias relativas à segurança nacional, às finanças públicas (inclusive normas tributárias), criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

2.4.3.2 – Conceito, previsão constitucional e limitações materiais ao seu uso

Mas afinal, o que são as medidas provisórias? Em termos genéricos elas significam a possibilidade de o Poder Executivo⁴⁴⁴ legislar, tarefa que originariamente não é sua, mas que mediante um permissivo constitucional o pode fazer, dentro de certos limites traçados pela própria Constituição.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a medida provisória é “um típico ato primário e geral. Edita-o o Presidente 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.”⁴⁴⁵

⁴⁴³ Entre os anos de 1965 e 1988 foram expedidos cerca de 2.500 decretos-leis no Brasil. Cf. Massuda, J. M. Op. cit., p. 39.

⁴⁴⁴ A atribuição é do Presidente da República, observando Ana Cláudia Rodrigues que em caso de impedimento deste, a medida provisória poderá ser editada pelo Vice-Presidente da República. Cf. RODRIGUES, Ana Cláudia Manso Sequeira Ovidio [doravante RODRIGUES, A. C.]. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. P. 26.

⁴⁴⁵ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 231.

Já traçando o perfil constitucional das medidas provisórias, Celso Antônio Bandeira de Mello assim as conceitua:

‘Medidas provisórias’ são providências (como o próprio nome diz) ‘provisórias’ que o Presidente da República poderá expedir em casos de relevância e urgência e que terão força de lei, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei no prazo de 30 dias contados a partir de sua publicação. Estando o Congresso em recesso, será convocado para reunir-se extraordinariamente em cinco dias a fim de apreciá-las. Não sendo convertidas em lei, o Congresso regulará as relações jurídicas que nelas se fundaram.⁴⁴⁶

Este subitem limita-se a dizer como a medida provisória esteve inicialmente configurada na Constituição Federal de 1988, sendo que mais adiante serão vistos aspectos mais detalhados, como a sua natureza jurídica, os seus pressupostos, bem ainda a questão dos efeitos e da eficácia. Já o próximo capítulo contemplará a análise de como vinha sendo a utilização da medida provisória na prática até a recente regulamentação do seu uso por Emenda Constitucional, o que se deu em setembro de 2001.

A seguir elencam-se as disposições que poderiam ser vistas no texto constitucional no que diz respeito às medidas provisórias até o advento da regulamentação, incorporadas todas as reformas ocorridas, exceto a da própria regulamentação (a Emenda Constitucional N° 32/2001), que será analisada em separado no último capítulo desta tese.

No art. 59, inciso V as medidas provisórias estão previstas como uma das espécies normativas do processo legislativo.

Pelo inciso XXVI do art. 84, a edição das mesmas é uma das competências privativas do Presidente da República. Note-se que este inciso deixa bem claro que o Presidente só poderá editar medidas provisórias “nos termos do art. 62”. Esta observação é importante para fixar-se desde agora que “nos termos” significa “nos limites, de acordo com os limites, na forma”, não se tratando, portanto, de uma atuação inteiramente livre, embora autônoma.

No art. 62 é onde efetivamente recebiam a autorização constitucional, nos seguintes termos:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

⁴⁴⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Medidas provisórias na Constituição brasileira. In: *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. P. 1.421.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

E pelo § 2º do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a Constituição determinou a conversão em medidas provisórias dos decretos-lei editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da nova Constituição (em 5 de outubro de 1988).

As outras previsões constitucionais que se relacionavam especificamente às medidas provisórias diziam respeito às **limitações materiais** das mesmas, valendo ressaltar que eram apenas três, e todas obras do Poder Constituinte de Reforma, ou seja, não nasceram originariamente com o instituto. Assim:

- o art. 73 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1 de 1994, determinou que na regulação do Fundo Social de Emergência não poderia ser utilizado o instrumento medida provisória;
- o parágrafo 2º do art. 25, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 5 de 1995, disse caber “aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”;
- o art. 246,⁴⁴⁷ introduzido pela Emenda Constitucional nº 6 (*DOU* de 16 de agosto de 1995), vedava “a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”. Cumpre ressaltar que a Emenda Constitucional nº 7, da mesma data, repetiu essa inclusão. Do mesmo modo, a EC nº 8 (de 15/08/95) e a EC nº 9 (de 9/11/95) também estabeleceram expressamente a vedação de disciplina por medida provisória das matérias por elas alteradas.

2.4.3.2.1 – Medidas Provisórias nos Estados-membros e Municípios

Questão que tem despertado algum interesse tanto na doutrina quanto na atividade prática dos poderes públicos estaduais e municipais brasileiros é a de se saber se estes entes

⁴⁴⁷ Na verdade este preceito instituiu mais uma limitação temporal do que propriamente material. Talvez por essa razão tenha gerado controvérsias na doutrina e até no STF, neste não havendo unanimidade quando ao alcance do artigo. Cf. ADIn(MC) 1.518, julg. 5/12/96, *DJ* 25/4/97; ADIn(MC) 1.975, julg. 20/5/99, Informativo 150; ADIn(MC) 2.005, julg. 26/5/99, Informativo 151 e ADIn 2.065, julg. 17/2/00, Informativo 178. Na doutrina veja-se forte censura ao dispositivo por parte de MARIOTTI, Alexandre. *Op. cit.*, p. 80-1.

federativos podem ou não baixar medidas provisórias em suas respectivas esferas de poder, ou seja, em sede de seus poderes executivos. À luz da anterior Constituição e em relação aos decretos-leis portanto, isso era terminantemente proibido aos Estados (art. 200, § único da Constituição de 1969). Veja-se então o caso na presente ordem constitucional.

Quanto aos Estados-membros e aos municípios, em princípio parece que as medidas provisórias podem ser editadas, até porque não há na Constituição Federal de 1988 nenhuma proibição que impeça a adoção de medidas provisórias pelas unidades da federação;⁴⁴⁸ o texto constitucional aliás acabou autorizando expressamente sua utilização em um caso específico, que é o do art. 167, § 3º,⁴⁴⁹ lembrado por Clèmerson Clève.⁴⁵⁰ De resto, não havendo proibição, todos os entes federativos poderão adotar medidas provisórias desde que suas Constituições e Leis Orgânicas contemplem o instituto. Neste sentido há inclusive textos constitucionais estaduais que prevêm explicitamente tal possibilidade, como é o caso da Constituição do Estado de Santa Catarina, vigente desde outubro de 1989, que no art. 51, parágrafos 1º, 2º e 3º, possibilita a adoção de medidas provisórias pelo Governador do Estado, caso haja relevância e urgência.⁴⁵¹ Além disso, há precedente desta matéria no Supremo Tribunal Federal, que em abril de 1993, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 812,⁴⁵² permitiu a utilização de medida provisória pelo Estado do Tocantins. Além deste e de Santa Catarina, portanto, também os Estados do Acre e do Piauí prevêm em suas Constituições a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Governador.

Embora livres para fazê-lo, Clèmerson Clève é da opinião de que as coletividades federadas não devam fazer uso dessa providência emergencial legislativa. “Deveras, as medidas (i) constituem mecanismos legislativos extraordinários que se prestam para regular questões emergenciais mais afetas à competência da União; depois (ii) porque a competência legislativa dos Estados-membros e municípios, embora com a Constituição de 1988, é

⁴⁴⁸ Neste sentido confira-se SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. P. 70-4; também CHIESA, Clélio. *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*. P. 93-5, e FERRARI, Regina Macedo Nery. *Medidas provisórias – Estados e municípios*. CDCCP, n. 15, p. 32-46. Em sentido contrário: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional* [b]. P.146; e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. P. 504.

⁴⁴⁹ Quando ao tratar dos “orçamentos” diz a Constituição: “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

⁴⁵⁰ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. P. 153.

⁴⁵¹ Determinação esta que inclusive foi questionada pela ADIn (MC) 2.391-8. Informa-se que em 8/8/2001 esta ADIn ainda estava aguardando julgamento, tanto da Liminar, quanto do Mérito. Cf. <.../adin.html&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=BLANK&p=1&08/08/01>.

⁴⁵² Relator: Min. Moreira Alves; julgamento em 10/4/93 e publicação no DJU em 14/5/93.

reduzida. Com as medidas provisórias, os legisladores estaduais e municipais restariam ainda mais esvaziados.”⁴⁵³ Em sua grande maioria consta que tanto Estados como municípios evitaram adotar o instituto em suas Cartas Políticas, donde concluir que “os constituintes estaduais e os legisladores orgânicos municipais não se deixaram seduzir pela inexistência de vedação” constitucional na matéria.⁴⁵⁴

A isso se poderia acrescentar o risco que com as medidas provisórias se abriria para as presumíveis lesões constitucionais em tema já tão polêmico, a julgar pelo exemplo no âmbito federal, em que se verificam inconstitucionalidades de toda ordem em se tratando de exercício legislativo do Poder Executivo, começando pelo achaque ao princípio da separação dos poderes, de que deveria configurar mera exceção.

Não obstante a relevância do tema, este estudo dedica-se apenas às questões relativas à medida provisória na esfera federal, razão pela qual aqui dá-se apenas breve notícia do assunto.

2.4.3.3 - Principais diferenças existentes entre o decreto-lei e a medida provisória

Viu-se em item anterior que as análises doutrinárias são uníssonas em aceitar a origem da medida provisória nos *provvedimenti provvisori* italianos. Incorreto seria, pois, afirmar-se que ela tem origem no decreto-lei do anterior regime constitucional brasileiro, até porque ambos beberam na mesma fonte italiana. Ademais, há análises que concluem que os dois institutos “assumiram perfis constitucionais substancialmente discrepantes, seja da matriz, seja entre si.”⁴⁵⁵ Mas não se pode deixar de reconhecer, contudo, como sagazmente o fez Alexandre Mariotti e outros tantos autores, que existiu sim na medida provisória uma “relativa continuidade” em relação ao decreto-lei.⁴⁵⁶ A seguir se verá, a partir do levantamento das principais diferenças na disciplina jurídica de um e outro instituto, até que ponto realmente é possível afirmar-se a tal “continuidade” do decreto-lei na medida provisória. Toma-se por base a **redação original do art. 62** da Constituição Federal.

⁴⁵³ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. P. 154.

⁴⁵⁴ Informa Clèmerson Clève que as exceções são as Constituições dos Estados de Santa Catarina, Tocantins, Piauí e Acre, sendo que no caso específico do Paraná “há alguns municípios que, por meio de suas Leis Orgânicas, instituíram a legislação emergencial de responsabilidade do Chefe do Executivo.” Cf. CLÈVE, C. M. Op. cit., p. 154.

⁴⁵⁵ É o caso da análise feita por BARROS, Sérgio Resende de. *Medidas provisórias*. P. 10.

⁴⁵⁶ Cf. MARIOTTI, A. *Medidas provisórias*. P. 65.

A primeira e **substancial diferença** existente entre as duas espécies normativas diz respeito aos próprios sistemas constitucionais que as albergaram e delas se serviram em larga escala: um visceralmente arbitrário e tendo atuado ao arrepio das instituições democráticas, outro de inspiração democrática e de atuação orientada à defesa de um efetivo Estado de Direito.

As demais **diferenças** diziam respeito especificamente ao regime jurídico regente de uma e de outra, conforme se vê abaixo:

- a) enquanto a disciplina dos decretos-leis exigia apenas um ou outro dos requisitos, a inovação no caso das medidas provisórias deu-se pela exigência concomitante dos seus dois requisitos formais, quais sejam, a “relevância” e a “urgência”;
- b) por outro lado para as medidas provisórias não foram constitucionalmente previstas limitações materiais de forma explícita ao exercício da competência legislativa do Presidente da República (a não ser aquelas inseridas depois por meio de reforma constitucional), enquanto para os decretos-leis tais limitações existiam;
- c) em relação aos decretos-leis era terminantemente proibido que com a edição de qualquer deles houvesse o aumento de despesa, proibição que não existe em se tratando de medidas provisórias;
- d) em relação às medidas provisórias inicialmente era obrigatória a convocação extraordinária do Congresso Nacional em caso de recesso, imperativo não existente para o caso dos decretos-leis;
- e) em relação aos anteriores decretos-leis o prazo para a apreciação parlamentar da espécie normativa foi reduzido pela metade no caso das medidas provisórias, passando de 60 para 30 dias;
- f) o termo inicial do prazo para a apreciação pelo Congresso Nacional era o do recebimento do decreto-lei, enquanto em relação à medida provisória passou a ser o da sua publicação;
- g) a cláusula pela qual o correr do prazo operava-se em favor do Poder Executivo no caso dos decretos-leis foi eliminada em relação às medidas provisórias, sendo a aprovação por decurso de prazo substituída pela idéia de rejeição tácita;
- h) em relação à medida provisória foi inserida a regra da ineficácia *ex tunc* para os casos de não conversão em lei, enquanto que em relação aos decretos-leis rejeitados não

havia a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência, impondo-se apenas a ineficácia *ex nunc*;

- i) em decorrência do acima enunciado, os atos praticados durante a precária vigência dos decretos-leis não convalidados eram ressalvados, regra que não se repetiu em relação às medidas provisórias, tendo o constituinte atribuído ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as relações jurídicas constituídas em tal período;
- j) a medida provisória pode ser emendada pelo Congresso Nacional enquanto a emenda do decreto-lei era expressamente vedada;
- k) o regime constitucional anterior vedava expressamente a adoção dos decretos-leis pelos Estados, enquanto o atual texto constitucional silenciou a respeito, possibilitando interpretações favoráveis a que Constituições Estaduais e até mesmo Leis Orgânicas Municipais prevejam a adoção de medidas provisórias por Governadores de Estado e por Prefeitos Municipais.

As discussões a respeito dos juízos de valor em relação ao anterior e ao atual instituto alongaram-se. Mais adiante, no próximo capítulo, entender-se-á melhor porque autoriza-se a dizer que nestes treze anos da "Constituição Cidadã", aquela com grande orientação humanista, que veio justamente para no Brasil reinaugurar o Estado de Direito e restituir a democracia e a liberdade amplamente falando, houve autores, dos mais diversos matizes ideológicos - e não apenas publicistas -, dizendo que era preferível o instrumento do anterior regime. E isto porque nem o regime militar, com toda sua face autoritária, conseguiu concentrar tantos poderes nas mãos do Presidente da República pela via desse instrumento. E note-se que não se está, para nada, defendendo aquele regime ditatorial.

A preferência ao instituto anterior pôde ser vista inclusive em obras comemorativas aos dez anos da Constituição Federal de 1988, quando os estudiosos afirmaram ter sido a substituição do antigo decreto-lei pela medida provisória um dos mais "impressionantes erros de avaliação da Constituinte".⁴⁵⁷ E por que um erro de avaliação? Porque fugiu do controle. Mas é possível que só tenha fugido do controle devido a que, embora querendo ser muito diferente dos decretos-leis, foram feitas as medidas provisórias uma cópia quase *ipsis litteris* do instituto italiano, sem maiores adaptações ao sistema de governo presidencialista e ao

⁴⁵⁷ Cf. PILATTI, Adriano. O processo legislativo na Constituição de 1988. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (Org.). 1988-1998: *uma década de Constituição*. P. 81.

regime político brasileiro em geral.⁴⁵⁸ Pode-se dizer que a medida provisória substituiu com desvantagem o decreto-lei.⁴⁵⁹ Ver-se-á nos subitens abaixo e no próximo capítulo o porquê de as medidas provisórias terem passado a configurar um "presente de grego" que os constituintes deixaram ao país.

2.4.3.4 - Natureza jurídica, pressupostos, eficácia e efeitos das medidas provisórias

Neste item passa-se a conhecer aqueles aspectos das medidas provisórias que lhes determinaram o regime jurídico, bem como outras características a este conexas. Em cada subitem já poderá ser vislumbrado um **descompasso** existente entre a previsão constitucional e a prática do instituto, caracterizando um notório abuso na sua utilização.

2.4.3.4.1 - Da natureza jurídica do instituto

De início admite-se que a medida provisória é um instituto cuja natureza jurídica é de difícil definição, havendo muitos confrontos na doutrina a respeito. Para Clélio Chiesa,

⁴⁵⁸ Conforme Sérgio Resende de Barros, o fato de o constituinte ter retornado à origem – ao art. 77 da Constituição italiana – para tomar o instituto em toda sua fidelidade, sem emendá-lo para que não lembrasse o autoritário decreto-lei, foi o que provocou o resultado de que **“o soneto sem as emendas ficou pior, mas bem pior mesmo, do que o soneto emendado.** Por quê? Porque, na verdade, independentemente do **regime político**, tais emendas, melhor dizendo, tais adaptações são necessárias por decorrência do **sistema de governo** - necessidade essa, que o anterior regime autoritário não esqueceu, mas que o novel regime democrático desconheceu.” Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Medidas provisórias*. P. 12 (com grifos originais).

⁴⁵⁹ É o dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a esse respeito: “a substituição do decreto-lei pela medida provisória é a famosa emenda pior que o soneto [...]”. Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 235. Neste sentido também converge a opinião de Michel Temer, para quem o fato de a CF/88 não ter repetido as limitações materiais expressas que o regime constitucional anterior fixava aos decretos-leis enseja uma comparação desfavorável às medidas provisórias. Cf. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional* [b]. P. 145. Por esta mesma razão Leomar Barros Amorim de Sousa considera que o decreto-lei “era mais virtuoso” que a medida provisória. Cf. SOUSA, L. B. A. de. *A produção normativa do Poder Executivo*. P. 90 (nota 89). As medidas provisórias sucederam os decretos-leis “para pior”, conclui BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 10. Veja-se igualmente a análise de Ivo Dantas a esse respeito: “Só a fobia pela expressão decreto-lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão de nosso constitucionalismo (Decreto-Lei) por esta outra (Medidas Provisórias), cujos aspectos negativos, em razão dos poderes, aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República são, muitas vezes, piores do que aqueles permitidos pelo decreto-lei.” Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 55. Veja-se ainda a recente análise de OLIVEIRA, Edson Freitas de. Op. cit., p. 244, e as mais antigas, de GRECO, M. A. *Medidas provisórias*. P. 7, e de SZKLAROWSKY, L. F. Op. cit., p. 75. Este autor lamenta especificamente a “insegurança” jurídica gerada pela perda da eficácia *ex tunc* da medida provisória não convertida, o que não ocorria com o decreto-lei; de resto, considera a medida provisória “um mal necessário” (p. 11). Por fim, para Walter Ceneviva, as milhares de medidas provisórias são “desmedidas na quantidade e permanentes no desrespeito”. Cf. CENEVIVA, W. Tipos de presidencialismo. *Folha de São Paulo*, 20 de abril de 1996. C. 3, p. 2.

“natureza jurídica” deve ser entendida como “o tratamento dado pelo ordenamento jurídico a determinado instituto, isto é, o seu regime jurídico.”⁴⁶⁰

Como a medida provisória vem da cópia de um modelo específico de decreto-lei (o *decreto-legge* italiano), colhe-se de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández o entendimento acerca de decreto-lei: é “toda a **norma com categoria de lei** que emana, por via de exceção, de um órgão que não tem o poder legislativo, concretamente do Governo ou Conselho de Ministros”.⁴⁶¹ Esta definição é aquela que corresponde ao art. 86 da Constituição Espanhola de 1978; ao art. 77 da Constituição Italiana; ao art. 38 (em parte) da Constituição Francesa de 1958 e, por fim, à redação inicial do art. 62 da Constituição Brasileira de 1988. Conforme já exposto no item que analisou a presença de atribuição legislativa ao Poder Executivo em Portugal, o modelo adotado na Constituição da República Portuguesa de 1976 não serve de parâmetro para a análise das medidas provisórias brasileiras, pois em virtude da amplitude de poderes legislativos conferidos ao Governo, Joaquim José Gomes Canotilho compreende que o mesmo não possui “poderes legislativos de exceção”, e sim “competência legislativa normal”.⁴⁶²

A partir destas informações introdutórias ao tema, pode-se perquirir a natureza jurídica da medida provisória brasileira. Despreza-se de pronto a opinião dos que a consideram simples “ato administrativo”.⁴⁶³ Julga-se incorreta e ultrapassada tal classificação porque a medida provisória efetivamente inova na ordem jurídica sob a forma de espécie legislativa de competência primária do Presidente da República. Mas a partir daí o qualificativo “força de lei”⁴⁶⁴ confere a ela o *status* de lei?

Em primeiro lugar há que se observar a linguagem empregada pela Constituição: ao falar em atos normativos “com força de lei”, já pressupõe que quem os edita não poderia

⁴⁶⁰ Cf. CHIESA, C. Op. cit., p. 25, nota 11.

⁴⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. P. 140 (grifou-se).

⁴⁶² Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 739.

⁴⁶³ Como é o caso de FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medida provisória: natureza jurídica. *RTDP*, 1:53, p. 156. Também Marco Aurélio Greco sustenta que por ser a medida provisória um ato do Poder Executivo sem a participação do Poder Legislativo, não pode ser ela galgada à posição de lei, motivo pelo qual a classifica como um “ato administrativo com força de lei”. Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. P. 15.

⁴⁶⁴ Alguns debates doutrinários costumam diferenciar “força” e “valor” de lei, mas esta questão vem perdendo importância prática quando se vê, por exemplo, que a maior parte da doutrina italiana entende que a Constituição da Itália equipara ambos os termos. Cf. CUOCOLO, Fausto. All’origine della patologia del decreto-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 139. O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro parece seguir pela mesma trilha, referindo-se apenas à “força de lei”. Questiona-se, portanto, diante da referida doutrina italiana, o entendimento de Marco Aurélio Greco, que vê distinções no art. 77 do texto constitucional italiano, referindo que este, ao tratar dos decretos emitidos com base em delegação parlamentar atribui-lhes “valor de lei”, e quando trata das medidas provisórias limita-se a emprestar-lhes “força de lei”. Cf. GRECO, M. A. *Medidas Provisórias*. P. 30. Clémerson Clève diz que no direito brasileiro não há motivo para distinguir força de lei de valor de lei, mas entende que a doutrina italiana pretende fazer tal distinção. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 58. Já na Itália Federico Sorrentino esclarece que em linguagem constitucional “a força de lei identifica os atos sindicáveis pela Corte [Constitucional], tendo pelo menos a mesma competência da lei (decreto-lei, decreto legislativo, decreto de atuação dos estatutos regionais especiais, leis constitucionais etc.), e o valor [de lei identifica] a identidade de competência respeito à lei: a primeira expressão corresponde portanto a uma noção mais ampla, idônea a compreender seja os atos somente com valor legislativo, seja todos os outros sindicáveis pela Corte.” Diz ainda o autor italiano que, embora isso, “historicamente não resulta que os constituintes tenham entendido dar às duas expressões significado diverso”. Cf. SORRENTINO, Federico. *Le fonti del Diritto*. P. 24.

editar uma lei, pois isso seria acabar com a especialidade da função legislativa. O mais correto seria então diferenciar “capacidade normativa” de “capacidade legislativa”. Esta é exclusiva do Poder Legislativo; aquela também pode ser exercida pelo Poder Executivo.

Para Clélio Chiesa a competência em que se apóia o Poder Executivo não é legislativa em sentido técnico: “Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação dos Poderes, confundiria suas funções e não explicaria o desfazimento integral da medida provisória caso não convertida em 30 dias. A isto se acrescente que, nos termos do art. 62, a medida provisória é convertida em lei. Logo, em si mesma, não é lei, pois não se converte o que já é.”⁴⁶⁵

Dizer, pois, que uma espécie normativa possua “força de lei” não equivale a dizer que seja lei em sentido formal, principalmente no caso da medida provisória,⁴⁶⁶ que da lei difere pelos aspectos da eficácia, do processo de elaboração (procedimento legislativo), dos pressupostos, da condição, das matérias-objeto e do caráter de excepcionalidade. É bem verdade que apesar destas diferenças todas, a medida provisória guarda sim alguma semelhança com a lei, notadamente quanto à eficácia legal (ainda que temporária). Mas nunca se deve esquecer a lição de José Souto Maior Borges: “**Similitude não revela igualdade mas diversidade**”.⁴⁶⁷ Logo, a medida provisória pode ser considerada **lei apenas no sentido material, nunca no sentido formal**. É exatamente assim que José de Reina Amarillas vê os decretos-leis espanhóis. Para o autor, a expressão “força de lei” não deve induzir a confusão: “Os Decretos-Leis são Leis em sentido material, quer dizer, seu grau, entendido como força de obrigar, em nosso sistema de hierarquia normativa é o mesmo que o das Leis aprovadas pelo Parlamento, porém, do ponto de vista formal, nunca se pode entender que sejam Leis,

⁴⁶⁵ Cf. CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: o regime jurídico constitucional*. P. 26.

⁴⁶⁶ Veja-se neste sentido o entendimento de Clèmerson Clève, que em trabalhos iniciais sobre o tema considerava a medida provisória como sendo “lei sob o ponto de vista formal” e “lei no sentido técnico-formal” (cf. *As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988*, p. 47, e *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 159), tendo depois classificado a mesma como “[...] lei (embora não lei formal)”, conforme sua obra *Medidas provisórias*, p. 61. Infere-se, pois, que o autor reconhece ser a medida provisória lei de “cunho material”, no que é acompanhado por Michel Temer. Este, embora inicialmente afirmava a não-equivalência entre a lei e a medida provisória (cf. *Elementos de Direito...* [b], p. 153), mais tarde negou à medida provisória a condição de lei em sentido formal, reconhecendo-lhe porém a condição de lei em sentido material. Cf. *Constituição e Política*. P. 124.

⁴⁶⁷ Cf. BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *RDT*, n. 64, p. 195 (grifou-se).

precisamente por não terem sido aprovadas pelo sistema constitucionalmente estabelecido para tal efeito.”⁴⁶⁸

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, criticando o fato de o governo editar (e reeditar) atos normativos, “hoje num sentido, amanhã no oposto”, sentencia: “Chamar esses atos de ‘leis’ é desvalorizar o termo.”⁴⁶⁹

A medida provisória, diferentemente da lei, requer a obediência a dois pressupostos para ser editada: os da relevância e da urgência. Tais pressupostos ditam seu caráter excepcional, que foi inclusive aumentado em relação à espécie normativa que a antecedia, pela exigência cumulativa dos mesmos na atual ordem constitucional. Assim a medida provisória é a via excepcional de legislar, enquanto a lei é a via normal, ordinária.

Medida provisória tem força de lei, e somente após a sua conversão⁴⁷⁰ pelo Congresso Nacional poderá ser entendida como lei, em sentido material e formal.⁴⁷¹ Neste sentido era a análise feita por Geraldo Ataliba, embora escrevendo sobre o regime constitucional anterior. Na prática isto significava, para ele, que

⁴⁶⁸ O autor explica ainda que esta afirmação do grau dos decretos-leis como leis em sentido material, porém nunca formal, “tem uma conseqüência de indubitável importância: quando um Decreto-Lei regular uma matéria que está constitucionalmente reservada à lei formal **incorrerá em inconstitucionalidade** não por transgredir os limites do art. 86, em sentido estrito, mas **por ser contrário ao princípio de reserva constitucional de Lei ordinária.**” Cf. REINA AMARILLAS, José de. Los Decretos-Leyes del Gobierno. Análisis Jurisprudencial. P. 1.985 e 1.986 (grifou-se).

⁴⁶⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. P. 466.

⁴⁷⁰ Esta exigência de conversão em lei é figura semelhante à hoje existente nas Constituições italiana (art. 77), espanhola (art. 86) e portuguesa (art. 169). Em Portugal intitula-se “ratificação-confirmação”, sendo que Jorge Miranda explica que o conceito de ratificação em Direito Constitucional é instituto “por meio do qual o Parlamento intervém *a posteriori* relativamente a atos doutro ou doutros órgãos (em especial, actos legislativos), podendo determinar a cessação da sua eficácia ou outros efeitos.” Especificamente quanto à ratificação-confirmação diz o constitucionalista: “um órgão diferente daquele que pratica o ato ratificando manifesta uma vontade de sentido idêntico, confirmando-o, e se tal não ocorrer até certo prazo, porventura o ato caduca.” Cf. MIRANDA, Jorge. *Ratificação (em Direito constitucional)*. In: DICIONÁRIO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Vol. VII, p. 17.

⁴⁷¹ A tese de que são diferentes os perfis jurídicos tanto formal quanto material para a lei e para a medida provisória é defendida por José Souto Maior Borges de maneira sintética e convincente: “A **MP é formal e materialmente ato normativo diverso da lei**. Formal ou, o que é o mesmo, procedimentalmente, porque a sua tramitação é diversa da aplicável à legalidade. Materialmente por vários motivos, dos quais o mais importante é que ela só provisoriamente tem ‘força de lei’”. Cf. *Limitações temporais...*, op. cit., p. 195 (grifou-se). Afastam ainda a concepção da medida provisória como ato materialmente legislativo vários outros autores, tais como: Carlos Roberto Ramos, Sérgio de Andréa Ferreira, José Eduardo Soares de Melo, Sacha Calmon Navarro Coelho, Marcelo Figueiredo, Clélio Chiesa e José Roberto Vieira. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas...* Op. cit., p. 242.

Quanto à eficácia, o decreto com força de lei é bem diferente desta. É que, a lei, em regra – e salvo disposição dela própria em contrário – é, a partir de sua vigência, eficaz de maneira plena. Assim que posta, é plenamente eficaz. A publicação da lei integra-a no sistema jurídico e imediatamente produz o efeito de revogar definitivamente todas as normas de igual grau ou inferior, que lhe contrariem os mandamentos. Estes efeitos são absolutos e inexoráveis. Revogada, os atos singulares praticados na sua conformidade persistem plenamente. E a sua revogação não revigora a lei anterior.

Já o decreto-lei não tem a mesma eficácia.

Embora o texto constitucional diga que tem vigência imediata exatamente porque se trata de disciplinar matérias que requerem urgência, ou versam interesse público relevante, na verdade não possui a mesma eficácia.

Porque os efeitos do decreto-lei, antes de sua aprovação - efetiva ou ficta não importa - são sempre precários, porque dependente de aprovação.⁴⁷²

Veja-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao buscar provar que as medidas provisórias guardam profundas diferenças em relação às leis, e não apenas pelo órgão que as emana. Contesta ele inclusive a “força de lei”, afirmando que nisso não foi a Constituição “tecnicamente precisa”. Apóia essa assertiva na enumeração de cinco diferenças entre medidas provisórias e leis:

A **primeira diferença** entre umas e outras reside em que as medidas provisórias correspondem a uma forma excepcional de regular certos assuntos, ao passo que as leis são a via normal de discipliná-los.

A **segunda diferença** está em que as medidas provisórias são, por definição, efêmeras, de vida curtíssima, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias cuja duração máxima já está preestabelecida na Constituição: 30 dias.

A **terceira diferença** consiste em que as medidas provisórias são precárias, isto é, podem ser infirmadas pelo juízo político de Poder distinto de quem as emanou, isto é, pelo Congresso, e a qualquer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, em contraste com a lei cuja persistência só depende do próprio órgão que as produziu (Congresso).

A **quarta diferença** resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não transformada em lei, perde sua eficácia desde o início, tratamento análogo ao que é dispensado aos casos de nulidade; a lei, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos *ex nunc*.

Por isso tudo se vê que a força jurídica de ambas não é a mesma.

Finalmente, a **quinta e importantíssima diferença** procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos; especificamente os de ‘relevância e urgência’, enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria ‘não é condição para que seja produzida’; antes, passa a ser de direito relevante tudo o que a lei houver estabelecido. Demais disso, inexistente o requisito de urgência. -

Em virtude do exposto, seria erro gravíssimo analisá-las como se fossem leis ‘expedidas pelo Executivo’ e, em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normalizadoras equivalentes às das leis.⁴⁷³

⁴⁷² Cf. ATALIBA, G. *O Decreto-lei na Constituição de 1967*. P. 21-2.

⁴⁷³ Cf. MELLO, Celso A. B. de. *Medidas provisórias na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 1.422 (grifou-se).

Alexandre Mariotti apóia-se na doutrina italiana, especialmente em Aldo Sandulli, para afirmar que “força de lei” consiste na particular aptidão para inovar a ordem legislativa pré-existente, donde o regime jurídico das medidas provisórias teria semelhanças em relação ao das leis de origem parlamentar, como a mesma submissão ao controle jurisdicional de constitucionalidade.⁴⁷⁴

Alessandro Pizzorusso, analisando o caso dos atuais decretos-leis italianos, diz que a força normativa deles distingue-se da das leis do Parlamento sobretudo “pelo fato de terem validade temporária e condicionada à ratificação parlamentar.”⁴⁷⁵

Quanto à medida provisória: se tem apenas força de lei, somente poderá ser considerada lei propriamente dita após efetivamente convertida nesta. Do contrário teria sido inútil a regra posta pelo constituinte, que prevê a sua conversão em lei. Logo, lei só será quando nela for convertida. Resta saber se seus “poderes” no período em que possui “força de lei”, isto é, desde a sua edição até a sua conversão ou perda da eficácia (podendo esta ser operada pela rejeição tanto expressa quanto tácita) incluem o de **revogar** a legislação a ela incompatível. A resposta é “não”, como consequência primeira de seus efeitos desenvolverem-se sob o signo da provisoriedade.⁴⁷⁶

Ainda quanto à hipótese da revogação é clara a lição de Ivo Dantas quando diz que apesar de sua vigência imediata uma medida provisória não poderá revogar “nenhum dispositivo de Lei, pois só quando convertida pelo Congresso Nacional é que poderá fazê-lo, como consequência do princípio de que ‘a lei posterior revogará a lei anterior naquilo em que colidirem’”.⁴⁷⁷

Entretanto, decidiu o STF que a eficácia da legislação incompatível a uma dada medida provisória fica **suspensa**,⁴⁷⁸ no que conta com a concordância de alguns

⁴⁷⁴ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 69 e ss.

⁴⁷⁵ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *La Costituzione ferita*. P. 126.

⁴⁷⁶ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 88.

⁴⁷⁷ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op.cit., p. 66.

⁴⁷⁸ Conforme acórdãos redigidos nos julgamentos das ADInS 1.210-DF a 1.216-DF, publicados no *DJU* de 1º de dezembro de 1995 (p. 41718-20). Vale destacar um trecho de uma decisão do Min. Celso de Mello, posteriormente referendada por unanimidade pelo Pleno do STF: “a *cláusula de revogação* constante de medida provisória – até que esta se converta em lei ou seja rejeitada pelo Congresso Nacional, ou, ainda, seja atingida pela caducidade – tem o condão apenas de *suspender* a eficácia da norma legal precedente, impossibilitando desse modo, *mas sempre em caráter precário*, a aplicabilidade do ato legislativo com ela incompatível. Na realidade, a eficácia derogatória da medida provisória processa-se ‘sub conditione’, *dependendo*, para operar a *definitiva* exclusão do ato por ela atingido, de sua *conversão* em lei.” Cf. ADIn(MC) 1.636, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 6/8/97, *DJ* 26/9/97 (grifado no original). Tal entendimento também foi defendido no voto do Min. Néri da Silveira, Rel. da ADIn(MC) 1.204, julg. 15/2/95, *DJ* 7/12/95. Assim, a cláusula de revogação, que é “uma constante das medidas provisórias”, segundo Ana Cláudia Rodrigues, na verdade implica a suspensão da vigência e da eficácia da legislação preexistente incompatível com o ato presidencial com força de lei. Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 38.

doutrinadores.⁴⁷⁹ Diz Celso Bastos a respeito: “A publicação da medida provisória e, conseqüentemente, sua vigência temporária, tem como efeito a suspensão da eficácia dos atos legislativos que com ela não se conformem. Se a medida provisória for aprovada, esses atos serão revogados. Se for rejeitada, terão sua eficácia restabelecida.”⁴⁸⁰ Segundo Caio Tácito, por esta exegese ficou superada “a objeção de que a lei, quando revogada, somente é reprimada mediante norma expressa que a restaure”.⁴⁸¹

Na esteira desta discussão traz-se à baila o fato de o Presidente da República ter editado em maio de 2001 uma medida provisória atacando o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que é formal e materialmente uma lei (Lei nº 8.078/1990) e que levou quase dois anos de estudos até a sua aprovação final, seguindo todos os passos do processo legislativo específico. O mais grave é que dita lei tenha sido criada a partir de uma expressa **reserva do Parlamento**,⁴⁸² fixada pelo constituinte originário no art. 48 do ADCT da CF/88, nos seguintes termos: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” A situação esdrúxula deu-se no contexto da crise de racionamento de energia elétrica, onde pela MP nº 2.148-1,⁴⁸³ de 22 de maio de 2001, se restringiu a aplicação do referido Código, redundando ademais em supressão de direitos dos consumidores, conforme se verá melhor no próximo capítulo. O exemplo não excluiria tantos outros,⁴⁸⁴ eis que passou a ser uma prática comum também alterar dispositivos de leis por meio de medidas provisórias. Quanto a isto último parece que tal “poder” está incluído na “força de lei”, o que não lhe retira a gravidade no que diz respeito às

⁴⁷⁹ Por exemplo: TEMER, M. Op. cit. [b], p. 146, e CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. P. 172.

⁴⁸⁰ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 361.

⁴⁸¹ Cf. TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *RDA*, n. 176, p. 6.

⁴⁸² Chegou-se a esta conclusão e utilizou-se esta expressão a partir dos ensinamentos do autor uruguaio AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoría General de la Ley*. P. 55; do mesmo modo na Itália Franco Modugno utiliza a expressão “**reserva da Assembléia Parlamentar**” para designar caso semelhante. Cf. MODUGNO, Franco. *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*. P. 57 (grifou-se).

⁴⁸³ A ementa da MP é: “Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.” Na verdade, em sua versão originária (MP nº 2.147, de 15/5/2001) ela não tinha tal dispositivo, que foi acrescido na MP que a substituiu (a de nº 2.148-1), dispondo no art. 25: “Não se aplica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em especial os seus arts. 12, 14, 22 e 42, às situações decorrentes ou à execução do disposto nesta Medida Provisória e das normas e decisões da GCE.” Cf. os textos das MPs, disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2148-1.htm>. Acesso em: 10 ago. 2001.

⁴⁸⁴ Embora a extinção de direitos seja “providência totalmente incompatível” com a natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, isso vinha acontecendo na experiência jurídica brasileira. Tome-se o caso dos servidores públicos federais que tiveram direitos repentinamente suprimidos pela MP nº 831, de 18 de janeiro de 1995, direitos estes que haviam sido consagrados pela Lei nº 8.112/90. Este é outro exemplo de medidas provisórias que suprimiram direitos consolidados por legislações amplamente debatidas no Congresso Nacional. Cf. DIAS, Luiz C. P. Op. cit., p. 128.

conseqüências legadas aos destinatários da norma, muitas vezes sendo elas a supressão de direitos. Neste caso, porém, entende-se que sequer o atributo “força de lei” autorizaria um ato normativo do Poder Executivo a proceder alterações em um diploma legal criado sob reserva do Congresso Nacional. Qualquer alteração na referida lei, por decorrência, só poderia ter sido feita pelo próprio Congresso Nacional.

Para fins deste estudo considera-se que embora as medidas provisórias sejam atos normativos possuidores de “força de lei”, leis não são pela fundamental razão de que estas nascem do Poder Legislativo,⁴⁸⁵ isto é, requerem a participação da representação popular para a sua formação desde o início, e não apenas em uma segunda etapa, como é o caso daquelas. Logo, o fato de não serem leis (embora possam ser consideradas como *lex in fieri*), pelo menos em sentido formal, lhes impede dentre outras coisas, de substituírem as leis quando a Constituição expressamente prevê a utilização destas ao invés daquelas.⁴⁸⁶ “Decreto-lei não é lei e não preenche as exigências do princípio da legalidade” já dizia Geraldo Ataliba.⁴⁸⁷ É o caso, por exemplo, da reserva de lei em se tratando de Direito Tributário, a ser visto *infra*. As medidas provisórias são pois atos legislativos, espécies normativas com força de lei, mas não aptas a substituírem a lei.

2.4.3.4.2 – Dos pressupostos: a problemática dos “princípios-válvula”

De fundamental importância é a análise detida dos dois pressupostos constitucionais exigidos para a edição das medidas provisórias - a relevância e a urgência -, pois foi pela não observância estrita dos mesmos, com o acréscimo da figura da reedição, que se chegou a um uso muito exagerado dessas espécies normativas. Um uso que mais configurou um abuso, por desenfreado e indiscriminado, tendo transformado o Poder Executivo brasileiro num baobá dentro da configuração constitucional da separação dos poderes.

⁴⁸⁵ Neste sentido é a análise da característica “força de lei” dos antigos decretos-leis feita por Michel Temer. Cf. TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional* [a]. P. 169.

⁴⁸⁶ É exatamente esta a opinião de Celso Ribeiro Bastos. Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 360. É este também o entendimento de Federico Sorrentino em relação aos decretos-leis italianos. Para ele, o fato de os decretos-leis serem considerados atos diversos da lei ordinária, mas dotados de sua força “**não exclui**, segundo a opinião prevalente, **que determinados objetos sejam subtraídos à decretação de urgência** do Governo.” Cf. SORRENTINO, F. *Le fonti...* Op. cit., p. 19 e 21 (grifou-se).

⁴⁸⁷ Cf. ATALIBA, G. *O Decreto-lei na Constituição...* Op. cit., p. 61. Conforme ainda o mesmo autor, em outra obra: “Se só a lei obriga, tudo que não seja lei não obriga, salvo as **exceções expressas, que devem ser restritivamente interpretadas.**” Cf. ATALIBA, G. *República e Constituição*. P. 123 (grifou-se).

Mas antes de se passar especificamente a tais pressupostos, convém que se digam algumas palavras acerca da cada vez mais recorrente técnica da utilização de cláusulas ditas “abertas”, “gerais” ou “elásticas” nas Constituições contemporâneas. Estas cláusulas também poderiam ser entendidas como “conceitos jurídicos indeterminados” ou meramente “conceitos indeterminados”, conforme nomenclatura do administrativista português António Francisco de Sousa,⁴⁸⁸ ou ainda como “princípios-válvula” na terminologia anglo-saxônica. São cláusulas utilizadas “no intuito de se dar uma resposta ao dinamismo da realidade atual e de tornar efetivo o pluralismo jurídico, consagrado nos ordenamentos contemporâneos”, segundo Ana Cláudia Rodrigues.⁴⁸⁹ Aproveitam-se os constituintes originários da chamada “textura aberta do direito”,⁴⁹⁰ apregoada por Herbert Hart, para inserir tais cláusulas, justamente porque é no campo do Direito Constitucional que a técnica melhor se ajeita, haja vista ser o ramo jurídico que por natureza abarca “as mais diversas relações e situações jurídicas” e que tende “a disciplinar a vida do Estado e dos indivíduos por um largo tempo”.⁴⁹¹

É pois a intenção de fazer duradoura a Constituição, pelo mecanismo de poder o intérprete adequar o significado de alguns de seus preceitos conforme o dinamismo dos fatos, que ao lado daqueles conceitos “normais” de caráter mais concreto se adotam outros conceitos “essencialmente abstratos e menos determinados”, “que apresentam um caráter genérico e essencialmente valorativo”;⁴⁹² as cláusulas ditas “abertas”. Abertas porque não totalmente fechadas, não completamente pré-determinadas, permitindo a “colocação” de conteúdos conforme os fatos concretos forem aparecendo e requerendo aplicação. Esta elasticidade é propiciada justamente por alguns conceitos que, no dizer de Ana Carmona Contreras, “rejeitam um significado unívoco, suscetível de ser aprioristicamente pré-fixado, e cuja

⁴⁸⁸ Em estudo sobre o fenômeno da aplicação do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto, com os inúmeros problemas que tal operação suscita, tanto material quanto juridicamente, o autor pretendeu, na prática, garantir o respeito pelos direitos dos cidadãos previstos na Constituição e nas leis em geral. Para tal, propôs “uma maior subordinação da Administração à lei e aos tribunais”. Cf. SOUSA, António Francisco de. *‘Conceitos indeterminados’ no Direito Administrativo*. P. 16.

⁴⁸⁹ Cf. RODRIGUES, A. C. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. P. 63.

⁴⁹⁰ Cf. HART, Herbert L. A *O conceito de direito*. P. 137.

⁴⁹¹ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 63. Na lição de López Pina: “[...] a aqueles que por idealismo ou defesa de interesses queriam fazer da Constituição algo acabado, é necessário significar que, precisamente porque a vida que a Constituição quer ordenar é vida histórica, havendo de estar aberta a câmbios sociais, deverá o texto constitucional como norma permanecer imperfeito e incompleto; se a própria Constituição há de possibilitar a solução ou o controle de variadas situações e problemas - por sua vez em evolução - sua estrutura deverá conter ‘conceitos’ (Dworkin) jurídicos indeterminados, e seu conteúdo permanecer aberto.” Cf. LÓPEZ PINA, Antonio. *Constitucionalismo y ‘Religión Civil’*, a modo de prólogo para españoles. In: _____. (Ed.). Op. cit., p. 10.

⁴⁹² Cf. CARMONA CONTRERAS, A. M. *La configuración constitucional del Decreto-Ley*. P. 56.

determinação somente é possível em relação a eventos concretos verificados na realidade”.⁴⁹³ A autora espanhola vê aí “supraconceitos ou metaconceitos jurídicos”, na verdade conceitos “politicamente indeterminados”, nos quais se embasa a estrita vertente jurídica para abarcar outros aspectos compreensivos da situação fática (conotações sociais, econômicas, políticas) na que estes hão de ser aplicados.”⁴⁹⁴

Através destes “princípios-válvula” permite-se a constante interação entre fato e norma, a “adaptação inteligente da Constituição às circunstâncias”,⁴⁹⁵ nas palavras de Konrad Hesse; é dizer, adaptação à sua realidade subjacente, condição básica para qualquer ordenamento que tenha a pretensão de ser efetivo na prática, sem para isso necessitar renunciar à sua força jurídica. Não se perderia assim a “força normativa da Constituição”. Neste sentido também vai a teoria das “normas abertas” de Canotilho, para quem os preceitos constitucionais são “*modos de ordenação de uma realidade presente, mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro)*” que, por estarem inseridos em uma “pluralidade de quadros de referência, nos quais o direito político e a política se relacionam, a eles se exige *abertura, flexibilidade, extensão ou indeterminabilidade*, de modo a possibilitar uma conformação compatível com a natureza da direção política e uma adaptação concreta do programa constitucional.”⁴⁹⁶

Entende-se que os conceitos de relevância e urgência, que funcionam como pressupostos necessários para que o Presidente da República brasileira possa adotar medidas provisórias, são exemplos dos aludidos conceitos “abertos” ou “princípios-válvula”, ou ainda “conceitos jurídicos indeterminados”⁴⁹⁷ adotados no texto constitucional de 1988. Aliás, é

⁴⁹³ Idem.

⁴⁹⁴ Idem.

⁴⁹⁵ Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. P. 65.

⁴⁹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. P. 192-3 (grifado no original).

⁴⁹⁷ Encontra-se apoio para isso em: REIS, Carlos David Santos Aarão. Medida provisória: relevância e urgência como seus pressupostos. *RDP*, n. 18, p. 66; SIQUEIRA, Janilson Bezerra de. Os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias como conceitos jurídicos indeterminados e o seu controle judicial. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos CEJRN*, n. 5, p. 117-143, e ROSA FILHO, Telmo Candiota da. Medida provisória e plano econômico. *RDP*, n. 94, p. 165-172. A este rol podem ser somados autores de renome, tais como, Celso Antônio Bandeira de Mello, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Humberto Bergmann Ávila, Fran Figueiredo e Regina Machado Nery Ferrari, conforme especificações a serem vistas adiante, no item destinado à análise do requisito “relevância”. Em sentido contrário, entendendo tratar-se de poder discricionário, NOBRE JÚNIOR, E. P. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 181, bem como os seguintes autores, por ele citados: Nagib Slaibi Filho, Sérgio de Andréa Ferreira, Alexandre de Moraes, Paulo Lopo Saraiva, Pinto Ferreira e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Ibidem*, p. 178. Seria de referir ainda aqueles autores que, mesmo sem optar entre as teses da

como um dos mais respeitados administrativistas da atualidade, Eduardo Garcia de Enterría, entende o requisito possibilitador dos decretos-leis espanhóis.⁴⁹⁸ Entender diversamente, propendendo para à tese de que a aferição de tais pressupostos se restringe ao mero poder discricionário do Presidente da República, implicaria aceitar, também, a tese de que esses pressupostos só poderiam ser fiscalizados no âmbito político, pelo que a fiscalização jurisdicional restringir-se-ia apenas às situações em que a atuação presidencial tivesse se dado com evidente abuso de poder.⁴⁹⁹

Ampara também esta opção a precavida observação de Sainz Moreno, citada por António Francisco de Sousa: “Um controle de razão, fortalece mais que delibita uma profunda

discricionariedade ou dos conceitos jurídicos indeterminados, manifestaram-se favoravelmente à possibilidade do controle jurisdicional dos pressupostos relevância e urgência: Eros Roberto Grau, Ivo Dantas, Clèmerson Clève, Clélio Chiesa, Celso Antônio Bandeira de Mello e Carlos David Aarão Reis. Cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. Op. cit., p. 177. Quanto aos dois últimos autores, entende-se que eles reforçam a tese dos conceitos jurídicos indeterminados. Bandeira de Mello nomina as noções de “urgência” e “relevância” enquanto conceitos “vagos, fluidos, imprecisos, indeterminados ou elásticos” para dizer que embora isso, sempre existirá, em relação a qualquer deles, uma “zona de certeza positiva” (compreensiva das hipóteses em que é indubitosa sua abrangência pelo conceito) e outra “zona de certeza negativa” (em que é indubitosa sua inaplicabilidade), utilizando expressões de Saenz Moreno, havendo no intervalo entre elas uma “zona de incerteza”. Para Mello, nestes casos, a “decisão judicial sobre a matéria limitar-se-á às ‘zonas de certeza’”. Logo: “O Judiciário jamais poderá deixar de proceder à sobredita análise, ao cabo da qual reconhecerá ou (a) que a situação referida mediante palavra rotuladora de conceito fluido indubitavelmente estava por ela recoberta (zona de certeza positiva), sendo, pois, legítimo o ato que haja sido praticado com embasamento nela ou (b) que indubitavelmente não estava por ela abrangida, caso em que fulminará o ato que lhe haja feito indevida remissão (zona de certeza negativa) ou, finalmente, (c) que, na hipótese em causa, tanto seria razoável um entendimento quanto outro, indiferentemente, razão pela qual concluirá que a intelecção dada pelo agente público não foi violadora de regra de direito e, pois, haverá de ser respeitada.” Cf. MELLO, Celso Antônio B. de. Medidas provisórias na Constituição Brasileira. Op. cit., p. 1.429 e ss.

⁴⁹⁸ “Esta definição do pressuposto de fato habilitante (‘casos de extraordinária e urgente necessidade’) é um exemplo típico do que se conhece na teoria jurídica com o nome de **conceitos jurídicos indeterminados**, quer dizer, de conceitos cujo alcance concreto não pode ser precisado *a priori*, mas sim caso a caso em função das circunstâncias coetâneas e, inclusive, posteriores (um atraso notável na publicação do decreto-lei obviamente desmentiria a urgência de sua adoção) à sua aplicação e que, em vista destas, não admitem senão uma só solução justa (ou a necessidade existe e é realmente extraordinária e urgente, ou não existe com tais características). A apreciação do pressuposto de fato habilitante assim configurado é, obviamente, uma das questões que o órgão legislativo haverá de colocar-se ao revisar o Decreto-Lei, porém, seja qual for a sua decisão, que como é lógico, produzir-se-á a partir de valorações políticas e não necessariamente jurídicas, isso não impede nem limita de modo algum o controle final do Tribunal Constitucional, se a norma for apresentada formalmente a ele.” Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. I. P.* 132-3.

⁴⁹⁹ Manifestando-se no sentido de não haver como “sustentar o entendimento de que é vedado ao Judiciário o exame dos requisitos relevância e urgência condicionadores da expedição de medida provisória”, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que se os aludidos pressupostos não pudessem ser examinados pelo juiz, e mesmo assim este viesse a se pronunciar pela validade ou não de uma medida provisória, teria que fazê-lo desconsiderando a parte do art. 62 “que justamente traça os contornos de sua válida promoção”. Por isso indaga: “Como dizer-se que algo é válido ou inválido sem considerar precisamente os fatores que lhe determinarão a validade ou invalidade?” Cf. MELLO, Celso A. B. de. Medidas provisórias na Constituição... Op. cit., p. 1.428.

e respeitada ação administrativa. A carência de controle conduz inexoravelmente à arbitrariedade.”⁵⁰⁰

Concorda-se, portanto, que a Constituição tenha que ser flexível para garantir sua própria aplicação e atualização sem recorrer constantemente a reformas em seu texto. Porém entende-se que os problemas iniciam quando da concretização dos princípios-válvula propiciadores daquele benefício. E isto que, no caso das medidas provisórias, a demarcação dos referidos pressupostos enquanto “**conceitos jurídicos indeterminados**” já **elimina o total discricionarismo do Presidente da República**. Isto porque à indeterminação do conceito, ou do enunciado, não equivale uma indeterminação do conteúdo,⁵⁰¹ que se, é bem verdade, não pode ser definido *a priori*, poderá sê-lo no caso concreto, pelo aplicador do preceito inscrito no art. 62 da CF/88. “Nesse ponto reside a **diferença entre discricionariedade e conceito jurídico indeterminado**: a primeira supõe mais de uma solução possível (isto é, conforme ao direito), enquanto o segundo admite uma única - a indeterminação cessa no caso concreto”,⁵⁰² diz Alexandre Mariotti. O autor ressalta ainda que:

A conseqüência desse fato é que, enquanto o exercício da discricionariedade pode ser sindicado nos seus aspectos formais e de pressupostos de validade, mas não quanto ao seu mérito, pois o juiz não pode substituí-se ao administrador, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é matéria totalmente aberta à interpretação, o que a torna, em tese, suscetível de revisão judicial plena. [...] Pela caracterização da relevância e urgência como conceitos jurídicos indeterminados, e não como balizas de um poder discricionário do Presidente da República, sempre estaria aberta aos Tribunais, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de perquirir sobre a sua ocorrência no caso concreto e se pronunciar categoricamente pela sua existência ou inexistência.⁵⁰³

Ademais, pela especificidade que norteia a edição das medidas provisórias, o juízo do Presidente da República deve obrigatoriamente ser objeto de reexame por parte do Congresso Nacional. Mas nada justifica “que se caracterize como puramente político - isto é, insuscetível de controle jurisdicional - o juízo de existência dos pressupostos constitucionais autorizadores da emissão de medidas provisórias.”⁵⁰⁴ É que, se fosse para “conferir um poder

⁵⁰⁰ Cf. SOUSA, António F. de. Op. cit., epígrafe.

⁵⁰¹ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 74.

⁵⁰² Idem (grifou-se).

⁵⁰³ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p.74-5.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 76.

incondicionado, a Constituição não teria feito referência a pressupostos, ainda mais de forma cumulativa”.⁵⁰⁵

Mesmo assim é tarefa das mais difíceis a de dar um contorno constitucional à conformação dos pressupostos de relevância e urgência, o que requer uma interpretação “lógico-sistemática”⁵⁰⁶ da Constituição. Haveria que se dar especial atenção à tentativa de harmonização dos princípios constitucionais da separação equilibrada dos poderes do Estado e da configuração do Estado Democrático de Direito, com a necessidade de se ofertar uma célere resposta normativa às situações da vida contemporânea que a requerem. A delimitação dada aos conceitos e o legítimo uso deles pelo Presidente da República teriam que ser verificados em última instância pelo poder de controle constitucional, conforme se verá em itens específicos do próximo capítulo.

a) Da relevância

Embora a medida provisória provenha do modelo italiano dessa espécie normativa, e naquele país a Constituição adote o requisito “necessidade”, o texto constitucional brasileiro de 1988 optou pelo conceito de “relevância” para ser um dos pressupostos ensejadores da adoção do instrumento pelo Chefe do Poder Executivo. Talvez o tenha feito, conforme observação de Ana Cláudia Rodrigues, “por influência da Carta Política anterior, que aludia ao ‘interesse público relevante’ para a edição do decreto-lei.”⁵⁰⁷ Se assim foi, isso representa mais um ato equivocado na tentativa de superação do antigo instituto, conforme já foi analisado em outro item deste mesmo capítulo.

Para além disso, em não tendo adotado o critério da “extraordinariedade”, que tanto no ordenamento italiano, quanto no espanhol é casado com o critério de “necessidade”, parece que o constituinte brasileiro acabou facilitando a atuação do Presidente da República. Neste sentido veja-se afirmação de Raul Machado Horta: “Casos extraordinários de necessidade e de urgência ensejam verificação mais rigorosa, no juízo de admissibilidade, que no caso de ‘relevância e urgência’, refletindo redação mais branda na sua primeira parte, pois a

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 77.

⁵⁰⁶ Vejam-se os desdobramentos do significado deste tipo de interpretação constitucional no item 3.2 do capítulo III, *infra*.

⁵⁰⁷ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 66.

relevância sempre sujeita a avaliação subjetiva e discricionária, não dispõe da energia e da evidência objetiva dos casos extraordinários de necessidade e de urgência.”⁵⁰⁸

Na doutrina brasileira há duas correntes no que diz respeito à extensão e à compreensão do conceito “relevância” em se tratando da disciplina constitucional das medidas provisórias. Há aqueles autores que defendem a impossibilidade de se estabelecer um conceito objetivo para a relevância, por tratar-se de questão de cunho político, ficando entregue apenas à **discricionariedade** do Presidente da República em seu primeiro momento e à ponderação do Congresso Nacional num segundo momento. Dentre tais autores destacam-se Carlos Ramos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁵⁰⁹ Antecipa-se desde já que tais posicionamentos não ensejariam maiores problemas não fosse a experiência comprovar que na prática apenas em umas poucas oportunidades conseguiu o Poder Legislativo apreciar as medidas provisórias no prazo estabelecido. Este detalhe deveria ser levado em consideração em qualquer análise feita sobre o tema, eis que, embora se afaste do que está no texto constitucional, faz parte da sistemática de uso que se formou em torno às medidas provisórias, uma prática que quase se “autonomizou” em relação à previsão do constituinte originário e que, pensa-se, não pode ser ignorada. É por isto que se discorda desta corrente doutrinária que enxerga na questão apenas o manejo de mera competência discricionária do Presidente da República.

Em outra banda estão autores que tentam delimitar o conceito “relevância” para o caso específico das medidas provisórias, atrelando-o sempre a “uma necessidade social e pública inelutável”.⁵¹⁰ Para tais autores – Humberto Bergmann Ávila, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Celso Antônio Bandeira de Mello, Regina Macedo Nery Ferrari, Fran Figueiredo, entre outros⁵¹¹ – a relevância há de ser tamanha que a não adoção da medida provisória possa resultar em grave comprometimento da ordem pública. Por esta corrente de entendimento, sobretudo pela pena de Fran Figueiredo, liminarmente estariam excluídos do objeto das

⁵⁰⁸ Cf. HORTA, Raul Machado. *Medidas provisórias*. P. 12.

⁵⁰⁹ Cf. RAMOS, Carlos. *Da medida provisória*. P. 143-4; FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 2, 1992, p. 101. Em relação a este, há que se observar que em outra obra sua ele diz que o exercício do poder normativo primário do Presidente da República, no caso das medidas provisórias portanto, “é condicionado à urgência e à **relevância do interesse público**.” Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 231 (grifou-se).

⁵¹⁰ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 67.

⁵¹¹ Confirmam-se detalhes em RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 67.

medidas provisórias os planos econômicos, por configurarem interesses particulares do governo, programas com prioridades momentâneas de ação deste.⁵¹²

Para Bandeira de Mello é certo que “só ante casos graves, ante **interesses invulgarmente importantes**, justifica-se a adoção de medidas provisórias.”⁵¹³ Aprofundando um pouco mais o tema, o autor observa que por serem “excepcionais”, ou seja, “fórmulas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias”, cabíveis apenas ante “questões relevantes”, que demandem “urgente suprimento”, é óbvio que as medidas provisórias “só podem ser expedidas quando: a) situação muito grave demande providências imediatas, que tenham de ser tomadas *incontinenti* pena de pericimento do interesse público que devem suprir e; b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário.”⁵¹⁴

Aliás, a Constituição de 1969, conforme já foi lembrado antes, expressamente atrelava a “relevância” a “interesse público relevante”. Mas ainda assim aquele caso gerou exacerbações porquanto em “interesse público relevante” cabia muita matéria, haja vista que ao requisito se somava a autorização para legislar sobre questões de “segurança nacional”,⁵¹⁵ que então se observavam com um rigor inaudito.

Em que pese a obviedade da afirmação, “relevante” encerra tudo o que é importante.⁵¹⁶ Daí ser igualmente óbvio afirmar que tudo o que figurar em dada espécie normativa terá sua parcela de importância.⁵¹⁷ Pois é justamente do resguardo da importância que encerra cada intervenção legislativa que resulta a dificuldade de se determinar “a relevância” justificadora da criação de uma medida provisória. Conforme Celso Bastos, deve ser esta relevância “bem

⁵¹² Cf. RODRIGUES, A. C. A autora nota ainda que, apesar disso, os planos Verão, Collor e Real foram inicialmente implementados por meio desse ato normativo governamental. Op. cit., p. 67 e 69.

⁵¹³ Cf. MELLO, C. A. B. de. Perfil constitucional das medidas provisórias. RDP, n. 95, p. 29 (grifou-se).

⁵¹⁴ Idem.

⁵¹⁵ Com efeito, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho deu-se uma “interpretação amplíssima ao conceito de segurança nacional, de modo a fazê-lo abranger tudo, ou quase tudo. Afinal, o que não toca, embora mui indiretamente, a segurança da nação?”. Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 233. Mas o exagero foi tamanho que o STF acabou tendo que julgar inconstitucional o Decreto-Lei nº 322, de 7/4/67, sob o argumento de que a matéria nele tratada - pertinente à purgação de mora nas locações não residenciais - não se enquadrava no conceito de segurança nacional. Deu-se isto no RE 62.739-SP, questão repetida no RE 62.731-GB, onde se questionava a validade do mesmo diploma. Cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. Op. cit., p. 179.

⁵¹⁶ Dizem Rosenice Deslandes e Alexandre Barros Castro: “Por relevante (do latim, *relevare*) entende-se o que é apreciável, tem fundamento, é legítimo, é razoável em virtude do que se mostra admissível, evidente, insuperável. Assim, matéria relevante, seja de fato ou de direito, é a que se apresenta em toda exuberância, em toda evidência, para ser acatada ou apreciada como justificativa do pedido, da pretensão, ou da proteção ao direito.” Cf. DESLANDES, R; CASTRO, A. B. *Tributos x medidas provisórias no-direito brasileiro*. P. 32.

⁵¹⁷ “Constitui um fundamento genérico do estado constitucional que critérios de regulamentação de interesse público - a saber, os critérios da normatização por parte do estado - já são importantes enquanto tais.” Cf. MÜLLER, Friedrich. *As medidas provisórias...* Op. cit., p. 1.436.

mais expressiva do que a relevância comum que toda matéria merecedora de disciplina legislativa possui.”⁵¹⁸ No mesmo sentido vai a opinião de Clèmerson Clève: “Toda matéria suscetível de disciplina legislativa é em princípio relevante. Ora, a relevância autorizadora da edição de medida provisória não se confunde com a relevância ordinária desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se antes de **relevância extraordinária**, ou seja, relevância **especialmente qualificada**”.⁵¹⁹

Além das tentativas doutrinárias de precisar o conceito pela via positiva, isto é, dizendo-lhe como deveria ser ou o que deveria significar tal relevância, conforme foi visto imediatamente acima, isto também poderia ser feito pela via negativa. Quer dizer: averiguar-se-ia se uma medida provisória era ou não relevante pela avaliação dos efeitos nocivos ou das conseqüências negativas que adviriam caso ela não tivesse sido emitida, e a matéria pudesse ter sido normatizada num prazo maior do que os trinta dias próprios dela. Claro que aí já se somaria o segundo critério - a urgência - mas efetivamente é assim que a Constituição trata os dois requisitos: em conjunto, ligados pela coexistência (um “e” outro, e não um “ou” outro como o fazia a Constituição anterior).

A **relevância** teria que ser, portanto, não a ordinária, que reveste todo e qualquer interesse público, mas a **extraordinária**, que se apresenta em casos excepcionais. Embora isso, medidas provisórias houve até para oferecer comendas, inscrever os nomes de algumas personalidades no rol dos heróis da pátria,⁵²⁰ conceder isenções e viabilizar a compra de um automóvel para o Vice-Presidente da República.⁵²¹ Estas e outras, igualmente questionáveis, já fazem parte do anedotário jurídico nacional. Seria de perguntar que grande relevância⁵²² apresentam tais assuntos, que não poderiam ter sido tratados por outra espécie normativa que

⁵¹⁸ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 360.

⁵¹⁹ Cf. CLÈVE, C. M. *As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988*. P. 54-5 (grifou-se).

⁵²⁰ Trata-se da Medida Provisória nº 105, de 13 de novembro de 1989 (convertida na Lei nº 7.919/89), que veio ao mundo jurídico para estabelecer a inscrição dos nomes de Tiradentes e do Marechal Deodoro da Fonseca no Livro dos Heróis da Pátria.

⁵²¹ A Medida Provisória nº 179, de 17 de abril de 1990 alterou a redação do art. 5º da Lei nº 7.800, de 10 de julho de 1989 (que dispunha sobre “as diretrizes orçamentárias para o ano de 1990”), para possibilitar a aquisição de carro oficial para o Vice-Presidente da República.

⁵²² Como considerar relevantes matérias que poderiam perfeitamente ter sido disciplinadas pela via da legislação ordinária? Vejam-se como exemplos os seguintes casos: o registro provisório de estrangeiro (MP nº 19); a limitação do número de Zonas de Processamento de Exportações a sete (MP nº 62); a fixação da competência do Conselho Nacional de Energia Nuclear e do Departamento Nacional de Águas e Energia (MP nº 64); a adoção pelo IBGE de metodologia análoga à do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor (MP nº 66); a organização da Presidência da República e dos Ministérios (MP nº 29, reeditada pela MP nº 39, convertida na Lei nº 7.738/89); a criação da Secretaria Especial de Ciência e Tecnologia (MP nº 41, convertida na Lei nº 7.740/89).

não a medida provisória? Ou pior ainda, que grau de urgência⁵²³ - já referindo-se ao segundo requisito que também deve ser preenchido para a emissão de uma medida provisória - teriam as ações então empreendidas para ensejar o uso dessa espécie normativa? É por isso que se diz que o Poder Executivo banalizou ao extremo o uso de um instrumento que deveria ter sido utilizado com toda a parcimônia, em atenção ao respeito que a Constituição como um todo deve merecer.

Quanto à relevância, tome-se como exemplo o caso da Medida Provisória nº 2176-79, que trata do CADIN (“cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais”). Não seria de se afirmar que a matéria não seja, à sua maneira, importante. Mas parece óbvio não apresentar uma excepcionalidade tal que justificasse a existência de uma medida provisória para tratar do assunto. Isto porque, como assevera Ivo Dantas a partir dos ensinamentos de Nelson de Sousa Sampaio, se “toda matéria legislada, presumivelmente, tem em si a característica de relevância, aquela que seja objeto de medida provisória tem que ser, **ao mesmo tempo, portadora de urgência**, o que equivale dizer-se que traga em si a marca da pressa, da carência, do aperto ou da pressão.”⁵²⁴

Por fim, seja qual for o entendimento prevalente a respeito da “relevância”, o marco sempre terá que ser o da constitucionalidade. Assim, seria de se perguntar, seguindo a trilha do raciocínio de Douglas Yamashita,⁵²⁵ “se as medidas provisórias sacrificam o princípio da legalidade e da tripartição dos poderes”, bem como inúmeros outros a serem vistos no próximo capítulo, o que pode ser tão ou mais relevante do que isso dentro do mesmo texto constitucional?

⁵²³ São relevantes e urgentes as medidas provisórias que versaram sobre as matérias a seguir mencionadas? As matérias exemplificativas são: a fixação do efetivo da Polícia Militar de Roraima (MP nº 77, convertida na Lei nº 7.815/89); a estipulação do valor dos direitos a serem pagos a entidades desportivas pelo uso de suas denominações e símbolos, na Loteria Esportiva Federal (MP nº 93, convertida na Lei nº 7.921/89); a natureza jurídica do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural e da Biblioteca Nacional (MP nº 206); a prorrogação de prazo para inventário do INSS (MP nº 643, reeditada pelas MPs nº 689, 739, 798, 862, convertida na Lei nº 8.993/95); o estabelecimento de prazo para liquidação de débitos previdenciários, com efeitos retroativos a 31/8 e 13/10/1988 (MP nº 12, convertida na Lei nº 7.681/88); a transformação de cargos do Ministério das Minas e Energia (MP nº 741, reeditada pela MP nº 800, que perdeu a eficácia); a gratificação e vantagem de pessoal executivo em geral e da polícia federal em particular (MP nº 807, reeditada pelas MPs nº 808, 831, 871, 872, 892, 922 e 923, convertida na Lei nº 9.014/95); a obrigatoriedade de iodação do sal destinado ao consumo humano (MP nº 672, reeditada pelas MPs nº 720, 774, 834 e 895, convertida na Lei nº 9.005/95); a vinculação da Fundação Osório ao Ministério do Exército (MP nº 623, reeditada pelas MPs nº 664, 714, 768, 837, 897 e 942, convertida na Lei nº 9.026/95); o valor das mensalidades escolares (MP nº 1733). Ou ainda uma das últimas (a MP nº 2.208, de 17/8/2001, *DOU* de 20/8/01), que dentre outras disposições tirou da União Nacional dos Estudantes e da União Brasileira de Estudantes Secundaristas o monopólio na concessão das carteiras de estudantes no Brasil.

⁵²⁴ Cf. DANTAS, I. *Aspectos jurídicos...* Op. cit., p. 61 (grifou-se).

⁵²⁵ Apud RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 69.

Vê-se assim que o conceito “relevância” possui uma latitude muito vasta, e como tal permite realmente ser utilizado como verdadeira válvula de escape⁵²⁶ em muitas e variadas situações. A experiência mostra que medidas provisórias foram emitidas pelos Presidentes da República sobre as mais variadas matérias, sobretudo no que diz respeito à macroeconomia, implantando na prática políticas de governo, o que pela linha do conteúdo veiculado, por si só, se verá no capítulo seguinte, já fere outro dispositivo constitucional, qual seja, o da vocação “social” do Estado de Direito brasileiro.

O que ocorreu foi que, não tendo sido coibidos de maneira rígida neste - e também no outro - pressuposto, nem pelo Congresso Nacional nem pelo STF (conforme se verá na parte final do terceiro capítulo), os Presidentes da República sentiram-se muito à vontade, sem qualquer barreira de difícil transposição. Passaram então a baixar medidas provisórias sob um enfoque “particular” de relevância e urgência.

b) Da urgência

Não se contesta a necessidade de o Poder Executivo dispor de meios, instrumentos, para legislar emergencialmente. É evidente no entanto que o instituto medida provisória, para isso disponível no ordenamento constitucional brasileiro, deveria ser utilizado apenas em casos excepcionais, nos quais coexistissem os requisitos “urgência” e “relevância”, sob pena de desequilibrar os próprios alicerces do Estado de Direito. É porque o requisito **urgência** visaria justamente impedir o *periculum in mora*, que fatalmente decorreria para o interesse público do atraso na concretização da prestação legislativa: evitaria assim grave lesão, de difícil reparação. A medida provisória seria o instrumento hábil para evitar os danos pelo retardamento. Nota-se que aqui os debates doutrinários e jurisprudenciais puderam alicerçar-se sob bases mais objetivas do que se se tratasse do pressuposto da “relevância”.

Conforme ensinamentos de Rosenice Deslandes e de Alexandre Barros Castro, por “urgência (do latim, *urgentia*), entende-se a qualidade do que é urgente, isto é, premente, imperioso, de necessidade imediata, que não deve ser protelado, sob pena de provocar, ou

⁵²⁶ Ao analisar amplamente as medidas provisórias brasileiras na procura da confirmação daquela promessa de que as mesmas teriam vindo para limitar os excessos cometidos pelo Executivo em suas faculdades legislativas, neste mesmo sentido se pronuncia Adrián Lerer: “Estas medidas seguiram constituindo uma **válvula de escape** pela qual o Poder Executivo pode eludir o controle parlamentar no processo de *decision-making*”. Cf. LERER, Adrián. *Presidencialismo en Latinoamérica. Experiencias reformistas recientes. El caso brasileño*. In: SANTIAGO NINO, Carlos et al. *El presidencialismo puesto a prueba...* Op. cit., p. 179 (grifou-se).

ocasionar um dano ou prejuízo. Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa e inadiável necessidade, e para que se evitem males, ou perdas conseqüentes de maiores delongas ou protelações.”⁵²⁷ A urgência que ensejaria a adoção de uma medida provisória seria aquela da imprescindível e imediata ação do Poder Executivo, presente na situação em que o Estado estivesse diante de questões extraordinárias, nas quais a utilização dos instrumentos ordinários de ação implicaria prejuízos.

Tome-se mais uma vez a límpida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao se perguntar “que é urgência?”, ou “que coisa deve ser havida como urgente?” diz: “Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser **enfrentado imediatamente**, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.”⁵²⁸

A urgência exigida como pressuposto “não é uma urgência comum”. Tanto isto é certo que, pela redação inicial do art. 62 da CF/88, estando o Congresso em recesso quando da publicação e imediata submissão de qualquer medida provisória a ele, seria convocado para reunir-se em cinco dias. É o que lembra Américo Lacombe.⁵²⁹

Com efeito, sob a luz da primeira redação do art. 62, a doutrina brasileira⁵³⁰ traçou um critério objetivo: seria urgente a providência governamental que não pudesse esperar pelo procedimento do art. 64, § 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988. Por este procedimento o Presidente pode solicitar regime de urgência na apreciação de Projeto de Lei de sua iniciativa ao Congresso Nacional. Pela soma dos prazos extremos previstos no processo legislativo de urgência, a matéria resultaria votada num prazo aproximado de 100 dias, isso em caso de não existirem emendas e considerando-se a duração da passagem do projeto de uma casa legislativa para a outra, bem como o período para sanção, promulgação e publicação da lei, embora se esteja falando apenas em votação, não na finalização total do processo.⁵³¹

⁵²⁷ Cf. DESLANDES, R; CASTRO, A. B. Op. cit., p. 32.

⁵²⁸ Cf. MELLO, Celso A. B. de. Medidas provisórias na Constituição brasileira. Op. cit., p. 1.423 (grifou-se).

⁵²⁹ Cf. LACOMBE, A. M. Medida... Op. cit., p. 125. Ressalte-se que se esta regra por um lado reafirma ou qualifica a “urgência”, por outro indica que a submissão da medida provisória sem detença ao exame do Congresso é imprescindível.

⁵³⁰ O entendimento é majoritário, destacando-se os nomes de Pinto Ferreira, Clélio Chiesa, Carlos Ramos, bem como Pontes de Miranda e Geraldo Ataliba, em relação aos decretos-leis, análise que segue sendo válida para as medidas provisórias.

⁵³¹ Ana Cláudia Rodrigues desce a detalhes, lembrando a ressalva do § 2º do art. 64 da CF/88 de que os prazos mencionados não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional. Cf. op. cit., p. 71.

Logo, se a matéria a ser disciplinada por medida provisória pudesse aguardar este prazo, não deveria ser ela legislada por essa via e sim pelo processo legislativo de urgência, que para isso existe, significando um mecanismo que favorece o andamento dos projetos de lei advindos do Presidente da República. "Mas isso, ao que parece, não é do seu interesse, pois o projeto pode ser rejeitado e, assim, sujeitar-se à regra do art. 67, que prevê a necessidade de aprovação de maioria absoluta de qualquer das Casas Parlamentares para nova discussão de projeto rejeitado."⁵³²

Computados os prazos acima, ter-se-ia a exata dimensão da urgência nos treze primeiros anos de utilização das MPs, i. e., antes do advento da EC N° 32/2001 que, pela via tangente, obriga a reformular esta interpretação. José Roberto Vieira opina que se deva acrescer ao curso de projeto de lei apresentado pelo Presidente da República com o pedido de urgência, o próprio curso de um projeto de lei normalmente apresentado pelo mesmo, sem o pedido de urgência. Assim só seria urgente a medida provisória que não pudesse aguardar o prazo de um ou outro procedimento. "Entender diversamente seria aceitar a configuração da medida provisória como alternativa à lei, o que se choca vigorosamente com a conotação de medida excepcional e com todo o sistema constitucional."⁵³³

Assiste razão a Ana Cláudia Rodrigues ao afirmar que o regime de urgência se apresentava como um critério objetivo e seguro à edição de medida provisória e - o mais importante - extraído do próprio texto constitucional. A autora relembra ainda que o próprio Poder Executivo reconheceu essa limitação constitucional em 1999,⁵³⁴ quando no Decreto n° 2.954, de 29 de janeiro daquele ano, dispôs sobre as regras para a redação dos atos normativos de competência dos seus órgãos, dizendo no art. 32, § 2°: "Não serão disciplinadas por medidas provisórias matérias que possam ser aprovadas dentro dos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição."

A mesma autora menciona que a "**aplicação diferida da disciplina da medida provisória**" foi também apontada pela doutrina como **outro critério delimitador do conceito de urgência**. Por este critério, aceito pela doutrina dominante no Brasil, "não seria admissível medida provisória, cujas disposições não fossem aplicadas imediatamente, concomitantes à

⁵³² Cf. DIAS, Luiz Claudio Portinho. Medidas Provisórias - inconstitucionalidade institucionalizada. *RT/Fasc. Civ.*, v. 771, p. 127.

⁵³³ Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 259-260.

⁵³⁴ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 72. Na leitura deste Decreto terão que ser observadas as alterações estabelecidas pelo Decreto n° 3.495, de 30/5/2000, e pelo Decreto n° 3.723, de 10/1/2001.

edição do ato governamental, mas apenas após um certo lapso temporal.”⁵³⁵ Ao se posicionar contrariamente à aplicação diferida das prescrições das medidas provisórias, asseverou Clèmerson Clève: “Urgente deve ser não apenas a vigência da norma editada como, igualmente, a sua incidência (aplicação). Por isso, não é admissível adotar-se medida provisória para produzir efeitos apenas após determinado lapso temporal.”⁵³⁶ Foi este inclusive um dos fortes argumentos utilizados pelos publicistas opositores à possibilidade de instituição ou de majoração de tributo por MP, em face do princípio da anterioridade.⁵³⁷

Por outro lado, viu-se que até mesmo Montesquieu já admitia que o Poder Executivo era a parte do governo que necessitaria, quase sempre, de uma **ação rápida**.⁵³⁸ Porém é preciso ter muito cuidado na análise deste pressuposto e nas justificativas de atos públicos que nele se baseiam, porque muitas vezes pode ser que a ação “rápida”, “súbita”, “urgente”, esteja encobrindo o descaso irresponsável para com a questão a que se refere. Isto configuraria a **urgência “fabricada”**, na expressão de Cármen Lúcia Antunes Rocha,⁵³⁹ ou a **“falsa urgência”**, na acepção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁵⁴⁰ É o que bem pode ilustrar, no caso brasileiro, o recente e polêmico exemplo da crise energética. Esta foi tornada pública em fins de abril e início de maio de 2001, embora atestassem os analistas que o governo era velho sabedor da gravidade da situação. Quando por fim viu o colapso à sua frente, apelou para uma medida provisória (a de nº 2.147, de 15/5/2001), que em sua segunda versão (nº 2.148-1, de 22/5/2001) foi inconstitucional por mais de uma razão, inclusive por dificultar o acesso da população descontente ao Judiciário. As providências então anunciadas pelo governo apenas aparentemente atendiam ao caráter de urgência necessário para que fossem implementadas por meio de medidas provisórias, segundo análise de Fábio Konder Comparato. A esse

⁵³⁵ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 72-3.

⁵³⁶ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 73.

⁵³⁷ Dentre eles: DERZI, Misabel. Medidas provisórias – sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. *RDT*, n. 45, p. 130-41, e BORGES, José Sôto Maior. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *RDT*, n. 64, p. 192-200. Em sentido contrário: GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. P. 24, 53 e 54.

⁵³⁸ Cf. MONTESQUIEU. Op. cit., p. 118-9.

⁵³⁹ Este é o nome dado à ineficiência travestida, tratando-se de ação a destempo da Administração Pública, que pela ausência de adequado planejamento provoca a necessidade que conduz ao uso do instrumento provisório, sob a alegação da urgência. Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Conceito de urgência no Direito Público brasileiro. *RTDP*, n. 1, p. 250.

⁵⁴⁰ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. As medidas provisórias no sistema constitucional... Op. cit., p. 465.

respeito assim manifestou-se o jurista: “Não é urgência. É negligência. O anúncio do colapso energético foi feito desde o começo do atual governo”.⁵⁴¹

Diante disso, também no que se refere a este pressuposto, durante os treze anos em análise, não se pôde alcançar no Brasil o necessário uso comedido do instrumento. Tome-se novamente o exemplo da medida provisória que trata do CADIN (MP nº 2176-79). Considerando que não se vislumbra na matéria sequer a urgência de 30 dias, imagine-se a “urgência” embutida em 79 reedições! A matéria veiculada não pôde esperar os 100 dias antes referidos para ser transformada em lei pelo regime de urgência, mas depois esperou mais de seis anos e meio para o mesmo fim. Isto prova que ela poderia ter sido objeto de projeto de lei, inclusive sem o privilégio da urgência. Estes exemplos só vêm reforçar a desconfiança de que grande parte das medidas provisórias careceu de urgência,⁵⁴² revelando pois uma inconstitucionalidade devida ao não cumprimento deste requisito formal.

Na leitura de Santolaya Machetti, feita por Clèmerson Clève, pode-se ver como a experiência e a doutrina européias possuem clareza acerca destes pressupostos que tantos aborrecimentos têm causado na experiência brasileira: “a relevância é da matéria e da situação, a urgência é do provimento.”⁵⁴³ Acrescenta ainda o autor espanhol, a respeito da urgência, ser este um conceito referente à necessidade, não à vontade, donde, “não é urgente aquilo que o Governo quer que o seja”.⁵⁴⁴

Ivo Dantas já há muito tempo vinha chamando a atenção para a insegurança jurídica que envolve o emprego das medidas provisórias, eis que na maioria destas os pressupostos formais da relevância e urgência aparecem “como mero jogo de palavras, como se em Direito, mormente no Direito Constitucional, as palavras fossem simples adorno, e não definidoras de

⁵⁴¹ Cf. *Folha de São Paulo*, 23 de maio de 2001. C. B, p. 12. No mesmo sentido a declaração de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Suponhamos que a população aceite tudo o que eles [governo] querem. Isso nos livra do apagão? Não. A situação é resultado de **incúria, imprevidência e negligência do governo**”. Cf. *Idem* (grifou-se).

⁵⁴² Parece que até o próprio Poder Executivo se deu conta dessa absurda situação, pois pelo Decreto nº 1.937, de 1996, estabeleceu regras para a redação dos atos normativos de sua competência, inclusive de medidas provisórias. O Decreto que vige atualmente a esse respeito é o de nº 2.954/99. Determina ele aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal a observância do “estado de necessidade legislativa” e a “conveniência da edição da medida provisória”, verificando-se antes se não se trata de hipótese de simples projeto de lei ou de projeto de lei com solicitação de urgência. Na prática porém não se fez sentir uma diminuição no número de tais espécies normativas após a vigência dos referidos decretos.

⁵⁴³ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 72.

⁵⁴⁴ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. P. 110.

institutos jurídicos.”⁵⁴⁵ De fato, o que se vê é que em inúmeras MPs editadas relevante foi o dano que causaram ao país, e urgentes, alguns “apetites a saciar”.⁵⁴⁶

Contudo assevera Ivo Dantas que, se por um lado os conceitos em questão “formam algo em torno do qual não se pode estabelecer conteúdo rígido”, por outro é justamente isso que torna indispensável a “apreciação, caso a caso, pelo Poder Legislativo, a fim de apurar-se sua caracterização”.⁵⁴⁷ De toda maneira, é ainda opinião do autor que mesmo não havendo um balizamento constitucional explícito, a caracterização ou o preencimento dos pressupostos deveria dar-se de maneira a nunca ir de encontro ao texto constitucional como um todo.

Arremata-se a análise dos dois pressupostos com a lição de Humberto Ávila, para quem uma vez presente “essa situação de relevância (relacionada com o fim de interesse público) e urgência (no sentido de que os outros instrumentos normativos, ordinários ou de urgência, são impróprios para regulamentar a situação fática, sem danos decorrentes do retardamento), o Poder Executivo tem o **dever de agir**,⁵⁴⁸ **não de qualquer forma**, mas dentro dos limites estabelecidos, em nível constitucional, **para matéria específica**.”⁵⁴⁹

c) Da nem sempre existente fundamentação ou verificação da existência dos pressupostos

Fundamentar ou motivar um ato público implica, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir, e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, numa imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato.”⁵⁵⁰

⁵⁴⁵ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 13.

⁵⁴⁶ Conforme expressão utilizada por LINS, Carlos Francisco Bandeira. As “organizações sociais” e o governo. *Folha de São Paulo*, 13 nov. 1997. C. 1, p. 3.

⁵⁴⁷ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 61.

⁵⁴⁸ Nada obstante que a linguagem empregada pela CF/88 em seu art. 62 tenha sido “poderá adotar”, e não “deverá adotar”, Américo Masset Lacombe defende a tese que, presentes os pressupostos, já não se trataria mais de “faculdade”, mas sim de “dever”: “ocorridos os pressupostos, que devem ser qualificados, não restará ao Presidente da República outra alternativa senão emitir o ato de governo (medida provisória).” Cf. LACOMBE, A. M. *Medidas provisórias*. Op. cit., p. 117. Também entendendo que uma vez presentes os pressupostos o Chefe do Poder Executivo tem a **obrigação de agir**: FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição*. P. 23, e RAMOS, Carlos. *Da medida provisória*. P. 147.

⁵⁴⁹ Cf. ÁVILA, H. B. *Medida...* Op. cit., p. 86 (grifou-se).

⁵⁵⁰ Cf. MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. P. 206-7.

De todos os atos praticados pelos poderes do Estado, somente os emanados do Poder Legislativo em sua função típica dispensam fundamentação. Isto se deve à existência do procedimento ou processo legislativo. De resto, tanto o Judiciário⁵⁵¹ quanto o Executivo⁵⁵² têm o dever de fundamentar seus atos. Isto é uma exigência constitucional que visa coroar, dentre outros, os princípios da publicidade e da moralidade, norteadores da atividade estatal. Por exemplo: deve o Executivo comunicar os motivos do veto, a fim de que seja apreciado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 1º, CF). Ora, se isto é uma exigência em relação à sua corriqueira participação na produção das leis, *a fortiori* o é para o caso das medidas provisórias, quando tem o Presidente da República o dever de demonstrar “perfeitamente”⁵⁵³ os pressupostos de relevância e urgência para atestar e garantir que sua ação foi legitimamente constitucional.

Referindo-se ao texto constitucional de 1969, aduzia Nelson de Sousa Sampaio que “a primeira limitação à legitimidade do decreto-lei reside em sua fundamentação, e decorre de seu próprio conceito de legislação extraordinária. Ele só se justifica ‘em casos de urgência ou de interesse público relevante’”.⁵⁵⁴ Não obstante referir-se ao instituto do anterior regime, falava o autor da presença dos requisitos, o que continua válido para as medidas provisórias, neste caso até com maior rigor, pela exigência da conjunção de ambos.

Orientando-se pela Constituição de 1988, colhe-se a lição de Carlos Ramos sobre o assunto: “A situação de direito existe formalmente, consagrada na Carta no art. 62, mas a situação de fato que autoriza o uso daquele, deve ser comprovada para futura apreciação, quer política, quer jurisdicional. Em qualquer tempo deve ser possível ao Executivo recompor, ainda que documentalmente, o motivo, a causa da situação excepcional.”⁵⁵⁵

Ana Cláudia Rodrigues evidencia que essa carga argumentativa do Presidente da República deve ser ainda maior quando a medida provisória por ele editada atingir restritivamente direitos fundamentais do cidadão – “e não faltam medidas provisórias com esse conteúdo” -, “visto que a intervenção nos direitos fundamentais só se legitima com o respeito às regras fixadas constitucionalmente para o processo legislativo. O cidadão tem

⁵⁵¹ Cf. art. 93, IX e X da CF/88. Diz o inciso IX deste artigo: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

⁵⁵² Quanto a este, exceções há no que diz respeito aos atos administrativos estritamente vinculados à determinação legal e aos atos de governo altamente subjetivos, como a sanção ou a exoneração em cargos de confiança.

⁵⁵³ Cf. LACOMBE, A. M. Medidas provisórias. Op. cit., p. 119.

⁵⁵⁴ Cf. SAMPAIO, N. de S. *O processo legislativo*. P. 48 (grifou-se).

⁵⁵⁵ Cf. RAMOS, Carlos. *Da medida provisória*. P. 123.

direito fundamental a que seja obedecido o trâmite legislativo para ter seu direito atingido.”⁵⁵⁶ Está-se diante do chamado “**núcleo essencial** dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado”, conforme Canotilho. Diz o mestre português: “Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.”⁵⁵⁷

É pois na fundamentação para a adoção de cada medida provisória que o Presidente da República deve deixar explícita e de maneira inequívoca a reunião dos pressupostos “relevância” e “urgência”. Esta exigência foi reafirmada pela constatação do quanto é difícil o fornecimento apriorístico de um conceito geral aos referidos pressupostos.⁵⁵⁸ Mas não basta dizer o Presidente que considera certa matéria relevante e urgente. Há que dizer o porquê disso, expondo a relação de causalidade entre o ato legislativo expedido e a finalidade com ele perseguida. Isso facilitaria enormemente o trabalho de apreciação do “juízo de admissibilidade”⁵⁵⁹ da espécie normativa por parte do Congresso Nacional. Mas o que se tem verificado é que tais fundamentações não existiram, ou melhor, existiram mas não de maneira a oferecer elementos esclarecedores e convincentes da necessidade de adoção da espécie normativa. Limitaram-se a, no próprio preâmbulo da medida provisória adotada, repetir o clichê: “O Presidente da República, **no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição**, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei”.⁵⁶⁰ Ora, isso não fundamenta nada; é apenas a mera repetição de uma fórmula, neste caso e assim expressa, vazia de sentido.

Assim, se na epígrafe da espécie normativa não estivesse plenamente configurada a fundamentação, a mesma deveria seguir na Mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional submetendo a este a deliberação sobre o texto da medida provisória. Esta

⁵⁵⁶ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 79.

⁵⁵⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria...* Op. cit., p. 430 (grifado no original).

⁵⁵⁸ Cf. RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 6 e 79.

⁵⁵⁹ Pelo art. 5º da Resolução Nº 1 do Congresso Nacional, de 1989 (doravante Resolução 1/CN/89), que disciplinou a apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional nos treze primeiros anos de uso do instituto, tinha a Comissão Mista para este fim específico designada “o prazo de cinco dias, contados da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, para emitir parecer que diga respeito à sua admissibilidade total ou parcial, tendo em vista os pressupostos de urgência e relevância a que se refere o art. 62 da Constituição.” Se não identificado o preenchimento dos pressupostos formais, a medida provisória seria **rejeitada** e arquivada. Apenas no caso da identificação das referidas formalidades é que seriam analisados os “aspectos constitucionais e de mérito”. Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 70.

⁵⁶⁰ Conforme a abertura da MP nº 31, de 15/1/89 que, de resto, é igual para todas (grifou-se).

deveria ser acompanhada de “Exposição de Motivos”,⁵⁶¹ geralmente do Ministro em cuja pasta se estaria editando a medida provisória. Mas ao que parece isto também foi uma prática nem sempre observada, haja vista várias propostas legislativas tendentes a limitar o uso das medidas provisórias solicitarem rigor neste particular. Neste sentido, por exemplo, veja-se o Projeto de Lei Complementar Nº 223-B/1990, do então deputado federal Nelson Jobim, que exigia do Poder Executivo que sua mensagem deveria ser acompanhada de “exposição de motivos circunstanciada, contendo: I - razões que justificam a urgência da iniciativa e relevância da matéria versada; II - fundamentos da constitucionalidade e da juridicidade da proposição; e III - minuciosa descrição das circunstâncias conjunturais que evidenciem a oportunidade e a conveniência do mérito das inovações pretendidas”.⁵⁶²

O já mencionado Decreto nº 2.954/1999 passou a exigir (em seu art. 33, com redação dada pelo Decreto nº 3.495/2000) que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, ao apresentarem anteprojeto de lei com “sugestão” de edição de medida provisória, encaminhassem exposição de motivos, devidamente fundamentada, demonstrando objetivamente as circunstâncias fáticas ou jurídicas de difícil previsão, a urgência, a relevância e o “estado de necessidade legislativo”. Este, segundo o § 1º do art. 33, caracteriza-se “pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato, sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.” Em Anexo (I), o mesmo Decreto prescrevia que deveriam ser respondidas algumas perguntas, tais como: “O que acontecerá se nada for feito?”; “A proposta não poderia ser submetida ao Congresso em regime de urgência?”; “Estão caracterizadas a urgência e relevância necessárias para ser editada uma medida provisória?”. Diante disso, veja-se a análise de Ana Cláudia Rodrigues: “Não obstante toda essa disciplina para a adoção do ato normativo governamental, observa-se que, na maioria dos casos, as exposições de

⁵⁶¹ Era este o procedimento adotado para a tramitação dos anteriores decretos-leis no Congresso Nacional. Cf. FIGUEIREDO, S. R. de. Op. cit., p. 70. Ainda em relação ao decreto-lei já asseverava Geraldo Ataliba: “A urgência deve ser bem caracterizada e bem documentada tendo em vista a ulterior (e, mesmo eventualmente, remota) apreciação judicial.” Cf. ATALIBA, G. *O decreto-lei na Constituição de 1967*. P. 31. Na doutrina brasileira que trabalha em torno à CF/88, sustentam a obrigatoriedade dessa “motivação” da presença dos referidos pressupostos por parte do Presidente da República: REIS, Carlos David Aarão. *Medida provisória: controle jurisdicional dos seus pressupostos*. RTDP, n. 8, p. 114-122; CLÈVE, C. M. *Medidas...* P. 73; GRAU, E. R. *Medidas provisórias na Constituição de 1988*. RT, p.; FERREIRA, Sérgio. *Medida provisória: natureza jurídica*. RTDP; GRECO, M. A. *Medidas provisórias*. P. 18; ÁVILA, H. B. Op. cit., p. 100-1.

⁵⁶² Cf. MACHADO, Regina H. Op. cit., p. 3. Também cf. PADOVESE, Ricardo C. Op. cit., p. 180-1.

motivos não têm comprovado a coexistência da relevância e da urgência, limitando-se a tecer breves considerações acerca da matéria regulada.”⁵⁶³

Além disso, poder-se-ia alertar ainda para o atraso no aparecimento deste “roteiro” para a elaboração da espécie legislativa provisória, surgido apenas após mais de dez anos de uso desenfreado desse instituto.

Ressalte-se ainda que a comprovação da efetiva ocorrência de ambos os pressupostos ensejadores de uma medida provisória também pode ser realizada pelo Presidente da República por meio das informações que for chamado a prestar numa Ação Direta de Inconstitucionalidade, porventura ajuizada contra seu ato legislativo, ou ainda em qualquer outra oportunidade em que seja convocado para fazê-lo.

Enfim, a falta desse arrazoado mais completo e profundo que justificasse a adoção de cada medida provisória foi o que permitiu fossem as mesmas adotadas aos borbotões, tornando-se fortalecido mais uma vez o poder discricionário do Presidente da República.

2.4.3.4.3 – Da eficácia e dos efeitos das medidas provisórias

Dizia o parágrafo único do art. 62 da CF/88: “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.” Este trintídeo foi alterado para 60 dias após quase treze anos de uso do instituto, mas a alteração não retirou da espécie legislativa a marca da precariedade.

As medidas provisórias possuem pois **vigência e eficácia precárias**, embora **imediatas**, o que ainda assim lhes confere um **caráter efêmero**. Desde a publicação passam a produzir efeitos jurídicos. “Mas essa eficácia, por ora, é temporária, pois perdura apenas até a manifestação do Congresso”,⁵⁶⁴ conforme Celso Bastos. Neste sentido é que Pontes de Miranda chamava o decreto-lei do regime constitucional de 1967 de “lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro do prazo)” ou de “decreto com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional”.⁵⁶⁵

Mas em relação às medidas provisórias a condição resolutiva temporal está ligada à sua aprovação, e não mais à rejeição, como ocorria com os decretos-leis. Com razão expõe

⁵⁶³ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 81.

⁵⁶⁴ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 361.

⁵⁶⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III, p. 138.

Alberto Silva Franco: “Se a medida provisória, não convertida em lei, perde a eficácia ‘desde sua edição’, é evidente que, no momento de sua publicação estava subordinada à uma condição temporal: a da sua aprovação, no prazo de 30 dias, pelo Congresso Nacional. Rejeitada, ou não tendo havido deliberação a respeito, no prazo já mencionado, **a condição não se realiza e a medida provisória é algo inexistente** no mundo jurídico.”⁵⁶⁶

Logo, embora Gilmar Ferreira Mendes diga que as disposições constantes nas medidas provisórias estão “vocacionadas a uma vigência indeterminada”,⁵⁶⁷ só pelo pronunciamento favorável do Congresso é que o teor delas adquirirá definitividade. Anote-se, assim, desde já, a importância do ato parlamentar (apreciação)⁵⁶⁸ que confirmará (via lei de conversão) ou não uma medida provisória.

A precariedade das medidas provisórias refere-se à **provisoriedade dos seus efeitos**, no sentido da possibilidade de eles cessarem ou serem eliminados, coincidindo necessariamente com o desaparecimento da medida provisória caso ela não seja convertida em lei no trintídio legal. Essa **ineficácia retroativa** é que causará **insegurança jurídica** aos atingidos pelas medidas provisórias.

Para o fim de acrescentar estabilidade à sua vigência pela conversão em lei, cada medida provisória deve, assim que for editada, ser imediatamente submetida ao Congresso Nacional. Essa é, como já foi destacado em outro item, uma das suas grandes diferenças em relação à lei: “Enquanto a lei de origem parlamentar depende do Congresso Nacional para ter vigência, a medida provisória depende do mesmo órgão para que sua vigência perca a provisoriedade que a caracteriza.”⁵⁶⁹ Por outro lado, relembra Celso Bastos que esta também é uma das diferenças do regime jurídico das medidas provisórias em relação aos antigos decretos-leis: elas “só podem ser aprovadas expressamente pelo Congresso Nacional”,⁵⁷⁰ enquanto eles gozavam também da aprovação tácita.

⁵⁶⁶ Cf. FRANCO, Alberto Silva. A medida provisória e o princípio da legalidade. *RT*, n. 648, p. 367 (grifou-se).

⁵⁶⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição consitucional*. P. 171.

⁵⁶⁸ Partindo da classificação apresentada por Maria Asunción García Martínez no sentido de que os atos parlamentares podem ser normativos e não normativos, tem-se que este é um ato do tipo não normativo (manifestando, do mesmo modo que nos atos normativos, “tanto o critério da descrição das funções clássicas do Parlamento como a projeção de sua autonomia funcional”), embora de “conteúdo materialmente normativo”. Estes centram-se na autorização que as Câmaras devem outorgar a textos de conteúdo normativo não elaborados por elas, **para que possam produzir plenos efeitos jurídicos**. É o caso do decreto-lei espanhol, “cuja eficácia está condicionada à sua convalidação pelo Congresso, de tal forma que o ato parlamentar não normativo pelo qual se produz tal convalidação de um texto normativo tem o **efeito de suprimir a condição suspensiva** que pesava sobre aquele, de forma que é o ato não normativo do Congresso que provoca a produção de plenos efeitos jurídicos, sem condição, do texto normativo do Governo.” Cf. GARCÍA MARTÍNEZ, M. A. *El procedimiento legislativo*. P. 91 (grifou-se).

⁵⁶⁹ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 89.

⁵⁷⁰ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 359.

Assim, quanto aos efeitos produzidos pelas medidas provisórias, convertidas estas expressamente em lei, são os mesmos validados. Também neste caso trata-se do desaparecimento das medidas provisórias, mas a conversão consolida os efeitos produzidos desde a sua publicação, os quais ganham juridicidade e são projetados para o futuro. O problema residiria nas relações jurídicas decorrentes daquelas medidas provisórias não convertidas em lei, isto é, aquelas rejeitadas tanto expressamente pelo Congresso Nacional quando da sua apreciação, quanto tacitamente, justo pela falta dessa apreciação. Interpreta-se que para ambos os casos a Constituição desde o seu início outorgou efeito *ex tunc* para a perda da eficácia, significando que os atos praticados sob a égide de tais medidas provisórias perderiam sua eficácia retroativamente, desde a edição das mesmas. Isso acarretaria graves conseqüências aos envolvidos em tais relações jurídicas, e por isso mesmo previu sabiamente o constituinte a intervenção do Congresso Nacional para disciplinar tais relações, que o faz por meio de Decretos Legislativos.

Mas o decreto legislativo previsto pela Resolução 1/CN/89 também é necessário quando a medida provisória é aprovada, porém com emendas, devendo neste caso regulamentar as relações jurídicas decorrentes “do” ou “dos” dispositivos da MP que sofreram modificações ou que foram extirpados do seu texto.

Há que se atentar também para a problemática da eventual adoção de medidas provisórias cujos efeitos seriam impossíveis de ser desfeitos. Obra de desavisados, demonstrando constrangedora ignorância constitucional, isso ocorreria pela falta de compreensão de que a provisoriedade, além de adjetivar a medida, é também um pressuposto e uma característica do seu conteúdo.

Diante disso, há vários autores que advogam a tese de que a perda da eficácia *ex tunc* só poderia se verificar em relação àqueles atos que suportam desfazimento,⁵⁷¹ uma vez que os atos consumados são definitivos, cabendo eventualmente a composição dos danos que forem

⁵⁷¹ É o que se verifica na análise de Valquíria Prochmann, para quem são indisciplináveis por medidas provisórias as matérias “que requerem leis de eficácia diferida ou eficácia que não admite desfazimento.” Cf. PROCHMANN, V. B. *Poder Executivo e produção normativa*. P. 79. Compartilham do mesmo entendimento acerca da impossibilidade de providências de índole definitiva serem veiculadas por intermédio de medidas provisórias, cuja irreversibilidade impedisse o retorno ao *status quo ante*, estabelecendo assim intoleráveis situações de fatos consumados no caso de rejeição das respectivas medidas provisórias pelo Congresso Nacional, o que por si só fulminaria a recusa do parlamento: GRAU, Eros R. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *RT*, v. 658, p. 241; CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 81; ÁVILA, H. B. *Medida...* Op. cit., p. 100; DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 67-8; ROTHENBURG, Walter Claudius. Reflexões sobre as medidas provisórias (inclusive em matéria criminal). *RPGEP*, n. 3, p. 72; FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *RIL*, n. 110, p. 148-9; CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 – contribuição crítica*. P. 134.

detectados. Assim, os efeitos das medidas provisórias devem necessariamente poder ser desfeitos, observando-se o disposto no parágrafo único do art. 62 da CF. Isso implica que a medida provisória só pode incidir sobre matéria que, pela sua própria natureza, possa reverter ao estado anterior, no caso de recusa pelo Congresso. Diz Marco Aurélio Greco: “A medida provisória não pode conter disposições que levem a situações irreversíveis” pois caso se admitisse tal possibilidade “a Constituição perderia sentido, não apenas no art. 62, mas globalmente como instrumento de garantia dos valores básicos do cidadão, pois tudo, quando muito, se reduziria a perdas e danos.”⁵⁷² Neste sentido pode vir a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, importa, ademais, “que as medidas provisórias não contenham em si providências incompatíveis com sua natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, *ab initio*.” Para ele isso funciona como uma espécie de limitação ao uso das medidas provisórias,⁵⁷³ já que a natureza destas deve ser compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário. Veja-se:

Disso decorre que através delas não se pode pretender mais que o indispensável para atendimento do resultado que as justifica. Logo, **não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria** para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também - e por igual razão -, **não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas**, já que **supressão é ato de índole definitiva**, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias. Outrossim, **não pode, por igual razão, decidir sobre alienação de bens públicos ou o regime que lhes corresponderá**. Esses são apenas alguns exemplos, dentre muitas outras hipóteses, em que haveria natural incompatibilidade entre a índole das medidas provisórias e o objeto em causa.⁵⁷⁴

Na visão de Celso Bastos, o fato de o constituinte ter modificado o regime da perda da eficácia, que para os decretos-leis não retroagia, foi a tentativa de, com a medida provisória diferentemente disciplinada, retirar das mãos do Presidente da República um “instrumento de poder extremamente forte” como era o decreto-lei. Para o autor, o fato de a rejeição de um decreto-lei pelo Congresso Nacional não implicar a “nulidade dos atos praticados durante a sua vigência” era sinal de poder do Presidente, que deixava assim suas marcas no ordenamento jurídico. Considera, a partir disso, que a perda da eficácia de uma medida provisória não aprovada, desde a sua edição, é uma “grande vantagem” em relação ao

⁵⁷² Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. P. 38.

⁵⁷³ Também para Clèmerson Clève, que arrola entre as matérias insuscetíveis de serem disciplinadas por meio de medida provisória “aquelas que desafiam eficácia normativa que, por sua natureza, **inadmitem desconstituição**”. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 84 (grifou-se).

⁵⁷⁴ Cf. MELLO, C. A. B. de. *Medidas provisórias na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 1.424 (grifou-se).

decreto-lei, porque só assim não deixa “marcas da sua passagem pelo universo jurídico”.⁵⁷⁵ Em que pese a excelência de seu raciocínio, há que discordar do autor num ponto crucial: se por um lado isso retirou “poder” do Presidente da República, por outro sujeitou a população à insegurança jurídica, à instabilidade do direito, o que não deixa de ser um grande e nefasto “poder” à disposição do Presidente.

É óbvio que o desejável e mais correto do ponto de vista do preceito constitucional inscrito no *caput* do art. 62 seria a apreciação imediata de toda a medida provisória pelo Congresso Nacional, caso em que se evitaria essa espécie de caos e de incerteza jurídicos, pelo menos quando as medidas provisórias fossem aprovadas, isto é, convertidas em lei. Até mesmo no caso de serem rejeitadas, quanto antes isso fosse feito menos tempo as medidas provisórias teriam vigorado e, por conseguinte, menos relações jurídicas regido, o que implicaria menos hipotéticos danos ocasionados.

De qualquer modo, parece que os Presidentes da República “resolveram” em parte estas questões com o apelo à figura da reedição, pela qual a cada 30 dias costumavam renovar os efeitos das medidas provisórias não apreciadas. Assim, esquivava-se a possibilidade da rejeição tácita. Para isso contavam com a conivência do Congresso Nacional. Este, além do baixo índice de apreciação de tais espécies normativas, o que conseqüentemente acarreta poucas rejeições expressas delas (e em sendo poucas as rejeições, poucos são igualmente os casos de disciplinamento de relações jurídicas delas decorrentes), com isso ainda se livrava da tarefa de ter que disciplinar aquelas que seriam consideradas tacitamente rejeitadas. É por isso que se diz que a prática criou outra dinâmica de funcionamento das medidas provisórias, podendo-se afirmar que sob certo aspecto o Congresso Nacional se beneficiou da reedição.

Ressalte-se, por fim, que a mera possibilidade de o Poder Executivo poder participar da função legislativa do Estado não resulta por si só na automática e natural conseqüência do desequilíbrio nas suas relações com os demais poderes. Se executada dentro dos parâmetros, limites e controles constitucionalmente previstos, a atribuição legislativa conferida ao Poder Executivo pode ser um ágil e até benéfico instrumento de governo. Os problemas e disfunções começam, no entanto, quando o uso de tal instrumento passa a ser abusivo, ilimitado. E é justamente a sistemática do uso indiscriminado da Medida Provisória que permeará o estudo no próximo capítulo.

⁵⁷⁵ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 359-60.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO**

GISELA MARIA BESTER BENITEZ

**O USO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO:
ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Volume 2

Florianópolis, 2002.

CAPÍTULO III – A MEDIDA PROVISÓRIA NO ESTADO BRASILEIRO DE 1988 A 2001: SISTEMÁTICA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E CONTROLE JURISDICIONAL

Não se pode ignorar que a medida provisória tem um componente autoritário indiscutível. Ela traduz a manifestação unilateral do governante. É a vontade unipessoal do príncipe que se impõe sobre toda a coletividade sem prévio debate parlamentar. Nem mesmo a Constituição outorgada pela ditadura militar conferiu em matéria de decreto-lei tantos poderes ao presidente da República. O presidente pode virtualmente tudo, e isso não é aceitável num regime democrático.

José Celso de Mello Filho, 1997

Todo Gobierno degenera si se confia unicamente en los gobernantes.

Jefferson

3.1 – Medidas provisórias num sistema presidencialista de governo

Antes de qualquer análise mais específica a respeito das medidas provisórias no Brasil seria de indagar: coadunam-se elas com um sistema presidencialista de governo? Parece que não,⁵⁷⁶ ao menos se não se cuida de estabelecer prévias adaptações à sua implantação e funcionamento, especificamente no que respeita a formas de controle para evitar um uso indiscriminado, tarefa desnecessária no sistema parlamentarista porque os princípios básicos de funcionamento do regime por si só já garantem essa segurança.

Este é sem dúvida um detalhe importante que estará sempre presente na análise e em muito ajudará na compreensão das disfunções verificadas no uso das medidas provisórias brasileiras. Tendo os trabalhos constituintes de 1987/1988 em seu início enveredado para o Parlamentarismo, previa-se a adoção de medida provisória pelo Presidente da República, por solicitação do Primeiro Ministro. Saindo depois vencedor o Presidencialismo, por ter-se enfraquecido a base política que sustentava a pretensão parlamentarista, além de ter-se frustrado o segundo turno, não houve tempo para que o texto final fosse passado a limpo, restando pois alguns institutos típicos daquele-outra sistema, como o Mandado de Injunção, o

⁵⁷⁶ Brasilino Pereira dos Santos opina ao final do seu longo estudo que “as medidas provisórias, devido às inúmeras perplexidades que causam na ordem jurídica, não se compatibilizam com o sistema presidencialista. Somente seriam aceitáveis em um sistema parlamentarista.” CF. SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 847.

Conselho da República e a própria Medida Provisória.⁵⁷⁷ Estes institutos em si são excelentes, mas, deslocados, mais parecem um defeito. Exemplo doloroso foi a questão do Mandado de Injunção, poderoso instrumento nas mãos da cidadania que teve sua potência praticamente reduzida a zero. Também em relação à Medida Provisória ocorreu uma disfunção, só que com o sinal invertido em relação àquele, porque neste caso na prática se potencializou exageradamente a força do instituto.

Restaria ainda indagar o porquê do funcionamento a contento do instituto nos sistemas parlamentaristas. Em tais sistemas o instrumento é eficiente primeiramente porque a espécie normativa é criada em conjunto, geralmente pelo Primeiro Ministro e o seu Conselho de Ministros, que é um órgão colegiado que forma o Governo. Em segundo lugar porque naturalmente o instituto é utilizado de maneira módica e com extremo respeito aos requisitos previstos na Constituição, devendo-se esse cuidado à questão da responsabilidade política de quem o emite, própria dos sistemas parlamentaristas. Tome-se por óbvio o exemplo italiano - matriz para o Brasil - e veja-se que o governo adota os Provimientos Provisórios sob sua responsabilidade política, de maneira que, se o Parlamento não os aprova por terem sido

⁵⁷⁷ De fato o esforço bem sucedido do Presidente José Sarney em derrubar o modelo parlamentarista acabou criando, em muitos dispositivos do texto finalmente aprovado, um descompasso entre o modelo inicialmente idealizado pelos constituintes e aquele plasmado pelo Plenário da Assembléia Nacional Constituinte. Embora não se possa atribuir à Comissão de Redação Final a indevida incorporação das medidas provisórias no atual art. 59 da Constituição, o fato é que elas lá foram incorporadas. Quanto a isso assim se manifestou José Afonso da Silva: “As *medidas provisórias* não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto e ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto, depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 496. Uadi Lamêgo Bulos, em atualização à clássica obra do mestre Nelson de Souza Sampaio, compartilha desta opinião de que a medida provisória não deveria vir elencada entre as espécies normativas do art. 59. “Ora, então por que inseriram-na no elenco do mencionado art. 59, da Constituição Federal de 1988? Em verdade, assinada a redação final da Lei Maior pelos Constituintes, mais precisamente no dia 22/9/1988, as medidas provisórias não integravam o rol de I a VI, do art. 59. Todavia, ao encaminharem o texto para a redação do *Diário Oficial* em Brasília, alguém resolveu, ainda de madrugada, acrescentá-las no inciso V, do art. 59. Inseriu-se aí, inopinadamente, no texto que seria publicado no dia 5/10/1988.” Cf. SAMPAIO, Nelson de S. *O processo legislativo*. P. 80. Vejam-se por fim as colocações contrárias à permanência do instituto no texto final da Constituição, feitas pelo deputado constituinte Nilson Gibson, quando o mesmo ainda não constava no rol do art. 59: “Não há como explicar essa presença teratológica no Projeto. Mas, do espírito de quem as propôs dizem bem duas circunstâncias: tais medidas não constam no rol de normas do processo legislativo, e não têm designação tradicional. Por quê? Exatamente para passarem despercebidas. Em benefício de quem? Tal arma é um perigo imenso para todos, até mesmo para a própria sociedade. Nas mãos de um governo extremista é algo de irresistível. Manejada por um fanático, ou desabusado, ou irresponsável, será um desastre. Concluo, Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, formulando veemente apelo aos companheiros Constituintes no sentido de se retirar da nova Carta política a figura ‘medida provisória com força de lei’, prevista no art. 76 do Projeto, por ser o mais odioso casuísmo que subverte a ordem social e destrói a segurança jurídica, cria instabilidade, leva à irresponsabilidade do Governo.” Cf. seu pronunciamento reproduzido no Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei Complementar n. 229/90. Apud SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 106.

tomados sem a devida urgência ou necessidade, isso manifesta desconfiança, o que pode gerar a queda do Gabinete, como já ocorreu.⁵⁷⁸

Deste modo o constituinte brasileiro trouxe um instrumento “cuja eficiência reside exatamente no fato de, em regimes parlamentaristas [não só o italiano, mas também o da maioria dos países europeus que o adotam, sob variadas denominações], ser o Poder Executivo cercado de precauções anti-ditatoriais”,⁵⁷⁹ sendo o centro a ação do Parlamento. Friedrich Müller aprofunda a crítica: “Se em outros países, e.g., na Itália, decretos-leis podem funcionar razoavelmente, isso só é possível com base em uma dependência do governo da maioria parlamentar. Mas no sistema presidencialista brasileiro, caracterizado pela sua forte tradição clientelista, esse instrumento produz conseqüências perversas.”⁵⁸⁰

No Brasil, onde vige o sistema de governo do Executivo monocrático, as medidas provisórias são criadas pela vontade unipessoal do Presidente da República, que por elas não responde politicamente perante o Poder Legislativo. A expedição indevida de medidas provisórias se restringe apenas à eventual reparação de danos por elas causados, sem qualquer responsabilização política imediata. E em não tendo a obrigação constitucional de responder perante o Congresso Nacional por eventuais abusos que possam cometer, abaixo se verá, parece que os presidentes arvoraram-se no direito de incorrer em inúmeros abusos, redundando em gritantes agressões ao texto da Constituição.

Vem de Raul Machado Horta a lição: “É irrecusável que, no regime presidencialista, a Medida Provisória, como se acha concebida na Constituição, contribuiu para a **dilatação dos poderes presidenciais**, e o uso imoderado desse instrumento excepcional de legislação governamental reduz consideravelmente a intensidade da atividade legislativa do Congresso Nacional.”⁵⁸¹ Para o autor a transposição desse poder legiferante excepcional para o ordenamento jurídico brasileiro, sob regime presidencialista, e “sem os riscos da responsabilidade política, que é inerente ao regime parlamentar, gerou o uso imoderado das medidas provisórias. O titular da volumosa iniciativa legislativa sentiu-se atraído pela

⁵⁷⁸ Cite-se aqui o sempre lembrado caso do Gabinete do Primeiro Ministro Fanfani (1958), derrubado pela não conversão de três decretos-leis. Cf. SAMPAIO, Nelson de S. *O processo...* Op. cit., p. 81.

⁵⁷⁹ Cf. MACHADO, R. H. Op. cit., p. 22.

⁵⁸⁰ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil... Op. cit., p. 1.444.

⁵⁸¹ Cf. seu Prefácio à obra *Da medida provisória*, de Carlos Roberto Ramos, constante nas referências bibliográficas *in fine*.

imediatidade da legislação direta, através da qual assumiu competência concorrente à do Congresso Nacional, ampliando os poderes presidenciais.”⁵⁸²

Desde modo, fixe-se desde já a advertência feita por Antônio Souza Prudente: “Medida provisória, no regime presidencialista do Brasil, é *ato do Príncipe*, que só possui validade jurídica quando, em seu uso constitucionalmente mitigado, recebe a pronta acolhida do povo, através de seus representantes no Congresso.”⁵⁸³

Relembre-se por fim que, se na Europa ocidental o instituto congênere da medida provisória está presente em quase a metade dos países analisados no segundo capítulo, em atenção às “necessidades da urgência, de tomar posição em face da complexidade sempre crescente das questões impostas pela vida moderna”,⁵⁸⁴ isto é feito assegurando-se o respeito ao parlamento democrático. Parte-se da perspectiva dada por estas observações preliminares para a análise a ser feita no próximo item quanto ao uso das medidas provisórias no Estado Constitucional de Direito brasileiro.

3.2 – O uso das MPs acarretando a ofensa a princípios fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito: necessidade de interpretação sistemática

Antes de iniciar esta extensa e pormenorizada análise deixa-se claro que a intenção, neste terceiro capítulo, é trabalhar o instituto da medida provisória e seus problemas correlatos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 até o advento da Emenda Constitucional Nº 32, em 11 de setembro de 2001. Visa-se, com isso, demonstrar a cristalização de hipotéticas inconstitucionalidades ocorridas nos treze primeiros anos de utilização do instrumento em sua conformação constitucional original. Isso implica o não ingresso nas modificações efetivadas na moldura da medida provisória pela referida Emenda Constitucional. Informa-se, isso sim, onde houve alteração, mas não se dá a conhecer o teor das mudanças, objeto do último capítulo desta tese.

Geraldo Ataliba, lembrando o dizer de Tércio Sampaio Ferraz Jr. de que “uma Constituição não é apenas o seu texto, mas é, principalmente, uma prática” lembrou também a lição de Rui Barbosa de que, mesmo que uma Constituição fosse tão perfeita, “como se

⁵⁸² *Ibidem*, p. 10.

⁵⁸³ Cf. PRUDENTE, Antônio Souza. Contribuição tributária do servidor inativo. *ST* 89, p. 114.

⁵⁸⁴ Cf. observação de LANGROD, Georges. *O processo legislativo na Europa Ocidental*. P. 109-10.

tivesse sido baixada dos Céus”, ainda assim o país que a sediasse “haveria de ser julgado não pelo seu texto, mas sim segundo o modo pelo qual a pusesse em prática.”⁵⁸⁵

Todas as deformações e abusos cometidos no seio de anteriores textos constitucionais, desgraçadamente ensejados pela prática brasileira de viés autoritário, julgavam-se superados pela nova Constituição de 1988. Especial relevo adquiriu neste quadro a estigmatização dos decretos-leis enquanto previsões de regimes ditatoriais, marcados pela utilização abusiva. Aos treze anos do vigente texto constitucional, no entanto, as informações que podem ser colhidas sobre a prática da prerrogativa conferida ao Presidente da República para editar medidas provisórias servem sobretudo para revelar inúmeras inconstitucionalidades.

Entre os conceitos que concedem identidade aos modernos Estados constitucionais, o Estado de Direito ocupa um lugar de destaque, nele culminando os postulados políticos e as experiências históricas de numerosas gerações, muitos destes condensados sob a forma de **princípios constitucionais**. Para Américo Lacombe as disposições constitucionais não têm todas o mesmo valor: “Existe uma hierarquia entre elas. Entre todos os preceitos, avultam aqueles que são classificados como princípios. Superiores às normas e às regras, condicionam a interpretação e o alcance destas.”⁵⁸⁶ A lição de José Afonso da Silva vem corroborar a idéia já incontroversa na doutrina de que, de um ponto de vista ontológico, há princípios que não constituem normas, como imperativos, sendo antes “induzidos de um conjunto de normas”.⁵⁸⁷

O sistema constitucional brasileiro vem guardando, desde 1891, conforme Geraldo Ataliba, “umas linhas básicas, invariavelmente reiteradas ao longo de nossos pronunciamentos constituintes”.⁵⁸⁸ Essas constantes nada mais são do que **princípios**, destacando-se os da federação e da república, neste embutido o da separação dos poderes.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ Cf. ATALIBA, G. *República...* Op. cit., p. 16.

⁵⁸⁶ Cf. LACOMBE, Américo Masset. Medidas provisórias. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2. Direito Administrativo e Constitucional*. P. 112.

⁵⁸⁷ Neste caso está o autor a referir-se especificamente aos ditos “princípios gerais do Direito Constitucional”, que se distinguiriam das “normas gerais de princípio”. Como exemplos de “princípios gerais do Direito Constitucional” o constitucionalista arrola entre outros o da “supremacia das normas constitucionais”, o do “controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”, o da “proteção da autonomia individual em face do poder, decorrente da declaração dos direitos individuais e garantias constitucionais”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. P. 121.

⁵⁸⁸ Cf. ATALIBA, G. *República...* Op. cit., p. 36.

⁵⁸⁹ Na verdade este princípio foi proclamado em todas as Constituições brasileiras, a começar pela de 1824 (embora nesta sob a fórmula quadripartida, cf. art. 9º e 10). Já com a configuração tripartida: na Constituição de 1891 (art. art. 15), na Constituição de 1934 (art. 3º), na Constituição de 1946 (art. 36), na Constituição de 1937 (apesar de não ter utilizado expressamente a fórmula de enunciação do princípio, disciplinou cada poder do Estado, o que evidenciou a sua consagração implícita), na Constituição de 1967 (art. 6º), na Constituição de 1969 (art. 6º), e na Constituição de 1988 (art. 2º).

Mas afinal o que são os princípios constitucionais? São o “coração” e o “espírito” de uma Constituição, os norteadores das suas diretrizes, ao explicitarem as opções valorativas consubstanciadas em nível constitucional. Neste sentido, esclarecedora é a lição de Santi Romano: “O direito constitucional é o início, a primeira posição do direito e, por isso, está em imediato contato com o mundo metajurídico ou extrajurídico, do qual está separado por limites freqüentemente não determinados e muito variáveis”.⁵⁹⁰ Geraldo Ataliba, servindo-se dos ensinamentos de Juan Manuel Terán, diz que os princípios “são os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).”⁵⁹¹ Prossegue dizendo que eles “expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.”⁵⁹²

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que

qualquer disposição, qualquer regra jurídica [...] para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio [...], realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade,** conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁵⁹³

No texto constitucional de 1988 divisam-se os ditos “princípios fundamentais” (ou “normas-princípios”), inscritos nos artigos 1º a 4º, fixadores dos limites-parâmetros dentro dos quais a própria Constituição terá que se moldar,⁵⁹⁴ e muitos outros princípios ditos gerais, que tanto podem ser “gerais” de Direito Constitucional, como “gerais” do Direito enquanto ordenação jurídica ampla. Quanto a isto, aduz José Afonso da Silva que certas normas constitucionais “não são propriamente fundamentais, mas contêm *princípios gerais*

⁵⁹⁰ Cf. ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. P. 30.

⁵⁹¹ Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. P. 34.

⁵⁹² Idem.

⁵⁹³ Cf. MELLO, Celso Antônio B. de. Criação de secretarias municipais. *RDP*, n. 15, p. 238 (grifou-se).

⁵⁹⁴ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 102. A nomenclatura “normas-princípios” vem de José Afonso da Silva. *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 119.

informadores de toda a ordem jurídica nacional”,⁵⁹⁵ como as que consagram o princípio da isonomia, o da legalidade, o da irretroatividade das leis etc. Diversos ainda são os “princípios gerais do Direito Constitucional”, que se destacam pela universalidade advinda de comporem temas de teoria geral do Direito Constitucional, sobressaindo, na lição de Pinto Ferreira, o princípio da supremacia da Constituição e o princípio Democrático.⁵⁹⁶

Canotilho, compreendendo a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios” (sendo regras e princípios duas espécies de normas) refere-se a quatro tipos de princípios: os princípios jurídicos fundamentais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores, os princípios constitucionais impositivos e os princípios-garantia. Entende os primeiros como pertencentes à ordem jurídica positiva, possuidores de uma função positiva (a de constituírem fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo)⁵⁹⁷ e também de uma função negativa, particularmente relevante nos “casos limites”, como o são os de “Estado de Direito e de Não Direito”, “Estado democrático e ditadura”. São “os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma **recepção expressa ou implícita** no texto constitucional.”⁵⁹⁸ Os princípios politicamente conformadores “são os princípios constitucionais que explicitam as valorizações políticas fundamentais do legislador constituinte.”⁵⁹⁹ Eles condensam as opções políticas nucleares e refletem a ideologia inspiradora da Constituição. Situam-se aí os “princípios definidores da forma de Estado”, englobando, entre outros, os princípios da organização econômico-social (como por exemplo “o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático”). Salienta Canotilho que tal como acontece com os primeiros, estes também também “são princípios *normativos, retrizes e operantes*, que **todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta**, seja em atividades interpretativas, seja em atos

⁵⁹⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 119.

⁵⁹⁶ O autor cita outros três nesta categoria, mas nem todos são encontráveis em todas as ordens constitucionais. Cf. FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional moderno*. Tomo I, p. 50-1.

⁵⁹⁷ Vézio Crisafulli em 1941 já havia se debruçado sobre o tema nesta perspectiva, ressaltando a “função construtiva dos princípios”. Para o autor, a diferença existente entre “disposições concretas” e “princípios” não seria de natureza, sendo esta jurídica em ambos os casos; a distinção seria somente de “espécie”, consistindo precisamente na generalidade que é característica dos princípios. “Esta generalidade é funcional, já que se manifesta dentro da dinâmica do próprio ordenamento, na capacidade construtiva que possuem os princípios.” Apud BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. P. 65-6.

⁵⁹⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 1.090 (grifou-se).

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 1.091.

inequivocamente conformadores (**leis, atos normativos**).⁶⁰⁰ Já os princípios constitucionais impositivos englobam “todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”.⁶⁰¹ São dinâmicos, definidores dos fins do Estado. Por fim os princípios-garantia “traduzem-se no estabelecimento direto de garantias para os cidadãos”.⁶⁰²

O que importa demarcar é que “a interpretação das normas deve ser contida pela lógica dos princípios”, como afirma Américo Lacombe, e que em matéria de princípios a atual Constituição Brasileira é rica, alguns figurando como cláusulas pétreas, como é o caso do já visto princípio da separação dos poderes, “o que, só por só, já seria suficiente para lhes conferir uma proeminência toda especial.”⁶⁰³

Daí lembrar Ivo Dantas que, uma vez reconhecido o preenchimento dos requisitos formais da relevância e da urgência em uma medida provisória, isso não lhe autoriza o desprezo ao que se denominava durante o século XIX de “o espírito da Constituição”, e que hoje “costuma ser referido como os ‘limites implícitos’ ou seu conteúdo ideológico-material, visto como um todo sistemático e homogêneo, que imporá limites, até mesmo, ao exercício do Poder Constituído de Reforma.”⁶⁰⁴ Para este autor os “limites implícitos” ao juízo de constitucionalidade estariam presentes no “Preâmbulo” e nos “Princípios Fundamentais” da Constituição de 1988.⁶⁰⁵ Ver-se-á no item seguinte que estes limites são ainda mais amplos.

Ora, a preocupação do constituinte originário em demarcar matérias que não poderiam ser reformuladas sequer por emendas constitucionais, e em elencar princípios-alicerces do ordenamento jurídico vigente, consistem, conforme Geraldo Ataliba, em “pressupostos de interpretação da atuação dos Poderes, em especial do Poder Executivo.”⁶⁰⁶ É pois tendo em vista o sistema constitucional brasileiro como um todo que deve ser analisada a competência fixada no artigo 62 da CF/88, bastando portanto que se interprete a Constituição de acordo com os cânones postos pela hermenêutica tradicional. Friedrich Carl von Savigny traçou em 1840 - partindo dos conceitos cunhados pelos grandes juristas romanos -,⁶⁰⁷ diretrizes

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 1.092 (grifou-se).

⁶⁰¹ Ibidem.

⁶⁰² Ibidem, p. 1.093.

⁶⁰³ Cf. LACOMBE, A. M. Medidas provisórias. Op. cit., p. 112.

⁶⁰⁴ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 71.

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 73.

⁶⁰⁶ Citado por ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medidas provisórias*. P. 46.

⁶⁰⁷ Cf. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el profesor Peter Häberle. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, España, n. 9, p. 28.

exegéticas que consideravam os aspectos gramatical, lógico, histórico e sistemático. No Brasil, Carlos Maximiliano⁶⁰⁸ pioneiramente trabalhou este rol e o aspecto teleológico. E embora Friedrich Müller diga que “o tradicional pensamento sobre o método não logrou estabelecer uma seqüência hierárquica ou qualquer outra relação uniforme reconhecível entre os *canones*”,⁶⁰⁹ tendo sido este fracasso “necessário”, os constitucionalistas em sua grande maioria procuram sempre contemplar o elemento “sistemático”⁶¹⁰ no processo de interpretação constitucional, alguns indo mais além ao reivindicarem interpretação que considere texto e contexto.⁶¹¹

E isto porque, frisa Geraldo Ataliba, servindo-se de Paulo de Barros Carvalho e de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

a chamada **interpretação literal não é interpretação**. É pressuposto de interpretação, pois é lendo que o intérprete se aproxima dos textos, para – desenvolvendo acurada atividade científica – desvendar o conteúdo, sentido e alcance das normas neles contidas. Não se pode pretender entender um texto sem correlacioná-lo com o contexto em que está inserido. **Não há norma jurídica avulsa**. Só é jurídico o preceito integrado no sistema e com ele – em seu todo, como um conjunto – interpretado, para captação do encadeamento de significações normativas.⁶¹²

⁶⁰⁸ Além de sua clássica obra sobre o tema - *Hermenêutica e aplicação do direito* – considerações a respeito da interpretação do Direito também podem ser vistas em MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. P. 135-6 e ss.

⁶⁰⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. P. 97-8.

⁶¹⁰ Veja-se neste sentido o entendimento de Pablo Lucas Verdú, para quem “a interpretação de uma articulação constitucional implica a [interpretação] de toda a Constituição”. Esclareça-se que para o autor a “articulação constitucional” contempla um aspecto formal (“a coerência lingüística e lógica das normas fundamentais enunciadas no Texto Básico”) e outro axiológico (“as normas constitucionais conectam-se entre si porque lhes inspira uma mesma razão, uma razão de ser, e fundamentam-se axiologicamente”). Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría general de las articulaciones constitucionales*. P. 27, 29 e 71. No Brasil podem ser citados, entre outros: José Souto Maior Borges, que considera este o método “característico da doutrina moderna”. Cf. BORGES, J. S. M. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. P. 15; Paulo de Barros Carvalho, que considera este “o método por excelência” da interpretação jurídica. Cf. CARVALHO, P. de B. *Curso de lógica jurídica*. P. 76; José Roberto Vieira, que também professa sua “fidelidade à visão sistemática do Direito”. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias em matéria...* P. 18. Na Itália, entre tantos, Gustavo Zagrebelsky defende que se tenha em consideração, “com a máxima atenção, o caráter sistemático do Direito”. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución*. In: LÓPEZ PINA, A. (Edit.). *Op. cit.*, p. 169.

⁶¹¹ Paulo de Barros Carvalho oferece impar lição a esse respeito: “Daí porque o texto seja apenas o ponto de partida, o dado inicial do longo e penoso trabalho hermenêutico, que culmina com a construção de um sentido... Lembremo-nos, aliás, que ali onde houver texto, haverá, necessariamente, um contexto. Não há texto sem contexto. E o conteúdo semântico da norma jurídica será construído depois de uma séria e profunda investigação contextual”. Cf. CARVALHO, P. de B. *Lançamento por Homologação – Decadência e pedido de substituição*. *IOB-TCA*, n. 3/97, p. 77.

⁶¹² Cf. ATALIBA, G. *República...* *Op. cit.*, p. 128-9 (grifou-se). Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. a complexa estrutura da norma é o que obriga a se falar em encadeamento de “significações normativas”, expressão esta que bem resume as múltiplas camadas dimensionais que compõem o fenômeno jurídico. [...] Este sistema de ‘significações normativas’ constitui uma estrutura gradualmente escalonada conforme dois princípios sistematizadores, o da *validade emanente* e o da *diferenciação material*”. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. P. 173 (grifado no original).

Estes ensinamentos são complementados e reforçados com a límpida lição de José Afonso da Silva:

[...] os elementos da constituição não têm valor isoladamente, pois, como se inserem num sistema, condicionam-se reciprocamente, de sorte que não se podem interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente, e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere **coerência e unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados**.⁶¹³

Logo, para se saber qual o campo próprio da medida provisória “não basta ler o art. 62 da Carta Constitucional. É preciso interpretá-lo, isto é, desvendar seu sentido, conteúdo e alcance, **em função do sistema constitucional**, compreendido como um todo uno, harmônico e coerente.”⁶¹⁴ Daí porque, na lição de Ataliba, se impõe a recapitulação “dos princípios constitucionais cuja consideração é decisiva para apontar as diretrizes constitucionais da interpretação do mandamento do art. 62.”⁶¹⁵ Para o publicista tais princípios são: “o republicano democrático (art. 1º); o da tripartição do poder (art. 2º); o da atribuição da função legislativa ao Congresso Nacional (art. 44); o da atribuição da função executiva ao Presidente da República (art. 76); o da legalidade (art. 5º, II) e o da estrita legalidade da tributação (art. 150, I e III, a).⁶¹⁶

⁶¹³ Cf. SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. P. 184 (grifou-se). Note-se que a “conexão recíproca de significados” deste autor corresponde ao “encadeamento de ‘significações normativas’” de Tércio Sampaio Ferraz Jr., referido por Geraldo Ataliba, conforme explicações à citação anterior.

⁶¹⁴ Cf. ATALIBA, G. *República...* p. 129 (grifou-se). Dentre tantos, também os seguintes autores podem ser citados como defensores de um enquadramento constitucional sistemático para a interpretação das medidas provisórias: Sérgio de Andréa Ferreira, que advoga a necessidade “de considerar a medida provisória dentro do sistema jurídico-constitucional brasileiro”. Cf. FERREIRA, S. de A. *Medida provisória: natureza jurídica*. RTDP, n. 1, p. 153; Humberto Bergmann Ávila, que aludiu à “[...] impossibilidade de se solucionar a problemática da medida provisória pela simples análise isolada da competência estabelecida em nível constitucional (CF: art. 62) [...] A norma resulta de vários dispositivos analisados conjuntamente. A **competência excepcional do Poder Executivo para editar medidas provisórias** não foge a essa regra. Ela **resulta [...] da confluência de vários preceitos [...]**” (sic). Cf. ÁVILA, H. B. *Op. cit.*, p. 69 (grifou-se). Em outra passagem de sua mesma obra o autor reafirma sua contrariedade à tendência de literalidade presente em vários estudos doutrinários que se dedicam à interpretação das medidas provisórias, afirmando que tais estudos dão-se “[...] por meio de uma descrição meramente literal do dispositivo que disciplina a edição das medidas provisórias, sem atenção ao sistema constitucional do qual ele é apenas um elemento dependente.” *Idem*, p. 20. Já na doutrina constitucional estrangeira pode-se citar o italiano Giovanni Pitruzzella que orienta: “[...] a tentativa de enquadrar dogmaticamente a lei de conversão do decreto-lei postula o esclarecimento prévio de alguns pressupostos do tipo **sistemático** que caracterizam o contexto no qual ambientar a referida figura de lei. Esta aliás parece a via mais idônea para superar a ambigüidade semântica do art. 77 sem cair em um deletério subjetivismo interpretativo”. Cf. PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto-legge*. P. 3 (grifou-se).

⁶¹⁵ Cf. ATALIBA, G. *República...* p. 129.

⁶¹⁶ *Idem*.

Existem ao lado destes princípios outros facilmente reconhecidos no texto constitucional, a serem abordados nesta tese, bem como inúmeras regras que dão aos primeiros a exata dimensão, lhes reforçam, reiteram e asseguram a sua eficácia, como os próprios preceitos insculpidos nos artigos 62 e 68 da Constituição. Estes dois últimos tratam de exceções à “privatividade da função legislativa pelo Congresso. Ora, é cediço que *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. Não se pode, em consequência, atribuir ao preceito do art. 62 maior extensão ou alcance do que ele pode ter, como exceção aos princípios maiores do sistema.”⁶¹⁷

Esta interpretação restritiva ao excepcional poder de editar medidas provisórias e os limites materiais que para a edição delas deveriam aflorar da Constituição antes da alteração neste ponto específico feita em seu art. 62 pela EC Nº 32 podem encontrar amparo nos longínquos escritos do clássico Carlos Maximiliano. Veja-se:

É força que não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram.

A regra enunciada acima é completada por duas mais: a) **Onde se mencionam os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob o pretexto de serem mais eficazes ou convenientes;** b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como *estendendo-se* de acordo com os mesmos termos, salvo se **alguma clara restrição** for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita.⁶¹⁸

Coaduna-se com esta linha interpretativa a preleção de José Roberto Vieira:

Sempre e inevitavelmente **em função do interesse público**, e à luz da escala de relevâncias que decorre dos valores constitucionalmente consagrados *nos seus princípios*, é que o Presidente da República poderá fazer uso do instrumento normativo provisório. Enfatize-se, porém, que o interesse público em causa precisa ser nitidamente visualizado pelos que, após o emissor original, seguir-se-lhe-ão no apreciar a situação e a matéria em que cabível ou não esse excepcional ato normativo.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Cf. ATALIBA, G. *República...* Op. cit., p. 130 (grifou-se). Em função do seu caráter excepcional, a legislação via medida provisória chega a ser chamada de “**normatividade anã**”. Cf. PRUDENTE, A. S. Op. cit., p. 115.

⁶¹⁸ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. P. 312-3 (grifado originalmente em itálico, e com grifos acrescidos).

⁶¹⁹ Cf. VIEIRA, J. R. Op. cit., p. 269 (grifado originalmente em negrito, e com grifos acrescidos).

Claro restará que, com a frequência com que as medidas provisórias foram utilizadas e a maneira como o fazia, o Presidente da República foi o primeiro a violar o Texto Maior, assenhorando-se, sem constrangimento, de função típica do Legislativo. “Ora, ninguém pode, ainda que se julgue o salvador da pátria, sobrepor-se à Constituição. Isso é próprio de 'Führer', de 'Duce'”.⁶²⁰ Conforme Regina Machado, o poder excepcional e necessário de o Presidente legislar para atender ao bem público em matérias importantes e urgentes transforma-se em “detestável e ofensivo” quando “utilizado contra o interesse coletivo, na prática usurpadora do poder de legislar, contra a harmonia que se espera deva caracterizar os Poderes de um país democrático de direito; poder utilizado contra a própria Constituição – o Poder – que o criou.”⁶²¹

Ver-se-á na seqüência deste estudo que essa prática brasileira de largamente editar e reeditar medidas provisórias constituiu um verdadeiro golpe à Constituição, especialmente pela ofensa a vários princípios nela veiculados.

O quadro já pode ser anunciado pelas palavras de um dos ministros do STF, Celso de Mello: “Entendo que a *indiscriminada* utilização de medidas provisórias pelo Presidente da República traduz **comportamento institucional que não presta a necessária reverência ao texto da Constituição** da República.”⁶²² Mais adiante: “O *uso compulsivo* de medidas provisórias, além de caracterizar *abuso* no exercício de uma *competência extraordinária* outorgada pela Carta Política ao Presidente da República, revela-se fator que *deforma* o sentido democrático das instituições, que *desrespeita* o princípio da separação de poderes e que transforma a Constituição da República numa peça subalterna *desvestida* do elevado significado político e jurídico que possui na consciência dos povos livres.”⁶²³

Por outro lado, defender a Constituição significa defender seu conteúdo, com os princípios e as regras que a compõem e que formam um sistema integrado. Neste quadro é preciso notar que a guarda e a defesa da Constituição não é uma exclusividade do Supremo Tribunal Federal, não obstante deste seja a tarefa magna (art. 102, CF/88). A defesa da Constituição também é mandamento básico de todos aqueles que juram respeitá-la quando

⁶²⁰ Cf. Fernando Tourinho Neto. In: *Folha de São Paulo*, 13 de novembro de 1998. P. 3.

⁶²¹ Cf. MACHADO, Regina Helena. Op. cit., p. 2.

⁶²² Cf. o julgamento da ADIn-ML 1.558-3 (*DJ* de 4/2/1997), com grifos originais (em itálico) e acrescidos.

⁶²³ Idem. Cumpre destacar que este ministro é, de praxe, voto vencido quando da apreciação das inconstitucionalidades suscitadas em torno das medidas provisórias, o que leva a se lastimar que o Supremo Tribunal, embora possuindo entre seus pares tão brilhante opinião, tenha preferido enveredar por outro caminho neste particular.

tomam posse em seus cargos como altos dignitários do Estado, representantes máximos dos demais Poderes e integrantes do próprio Judiciário como um todo. Assim, é um dever que cabe ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, que em suas posses prestam o “compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição” (art. 78, CF). Isto cabe também aos Deputados Federais e aos Senadores da República. Quanto àqueles, o Regimento Interno da Câmara determina que deles será tomado o compromisso de “manter, defender e cumprir a Constituição” (art. 4º, § 3º), não sendo considerado investido no mandato aquele que deixar de prestar “o compromisso nos estritos termos regimentais” (art. 4º, § 8º). Já o Regimento Interno do Senado prescreve que caberá a cada um dos seus membros o compromisso de “guardar a Constituição Federal e as leis do País” (art. 4º, § 2º).

Os **princípios constitucionais** a serem abordados para a verificação de suas violações pelo uso que se fez das medidas provisórias, seja em decorrência das matérias por elas veiculadas, seja pela própria sistemática de uso delas, são aqueles **conformadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro**, tomando por base a orientação de **José Afonso da Silva**. Relembre-se que eles já foram arrolados no primeiro capítulo desta tese, especificamente no item 1.1.6. Aqui faz-se a aglutinação ou o desmembramento de alguns, com fins apenas de facilitar a demonstração de como foram ofendidos. Deste modo, passa-se a analisar as prováveis ofensas aos seguintes princípios: Princípio da Legalidade, Princípio da Anterioridade, Princípio da Justiça Social (ou “ofensa à vocação social do Estado de Direito Brasileiro”), Princípio da Proteção Jurídica, Princípio da Separação dos Poderes, Princípio da Independência do Juiz, Princípio Democrático, Princípio da Segurança Jurídica, Princípio da Igualdade e, englobando todos os demais, o próprio Princípio da Supremacia da Constituição (ou Princípio da Constitucionalidade).

Deixa-se desde já registrada uma advertência que vem de Friedrich Müller:

Uma práxis abusivamente estendida de medidas provisórias enfraquece de forma assustadora a responsabilidade da representação popular e a moral dos partidos políticos. Ela desdemocratiza por via administrativa (*auf kaltem Weg*),⁶²⁴ atrás dos bastidores. À medida que ela desloca dramaticamente os pesos entre os Poderes Legislativo e Executivo em benefício do Executivo, **desfere um golpe - quiçá mortal no futuro - na divisão dos poderes e com isso no cerne da arquitetura do Estado, fundamentada **na observância do Estado Democrático de Direito**.⁶²⁵**

⁶²⁴ Tradução literal: “pela via fria”.

⁶²⁵ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias... Op. cit., p. 1.444 (grifou-se).

3.2.1 – Quando a ofensa constitucional derivou das matérias tratadas

Diferentemente do que ocorria com os decretos-leis, em relação às medidas provisórias a Constituição não definiu expressamente em seu texto original um campo material sobre o qual poderiam as mesmas incidir.⁶²⁶ Isso ampliou significativamente a autonomia dos Presidentes da República, que muitas vezes fizeram uso dessa faculdade sem a mínima coerência, de modo abusivo e extravagante. Para isso contaram com o beneplácito do Legislativo, e em alguns casos, do Supremo Tribunal Federal, editando medidas provisórias “em matéria tributária, orçamentária e processual, aí incluídas as que restringiam a concessão de liminares.”⁶²⁷

Nos primeiros tempos da nova ordem constitucional alguns juristas, como Caio Tácito, sustentaram que por não ter a Constituição de 1988 enumerado as matérias que poderiam ser objeto das medidas provisórias, poderiam estas regular qualquer matéria.

Se [...] a nova Constituição é mais restrita no tocante à eficácia das medidas provisórias, de outra parte, concede ao Presidente da República, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência, latitude irrestrita para a edição de ato emergencial, com força de lei. Abandona-se a qualificação específica da Constituição de 1967. Não há mais limites, em razão da matéria, à iniciativa presidencial, a ser exercida em qualquer das áreas de competência legislativa da União.⁶²⁸

Efetivamente, até o advento da EC N° 32/2001 as medidas provisórias trataram de praticamente todas as matérias, inobstante as **limitações materiais** existentes na Constituição Federal. É bem verdade que expressamente configuradas enquanto tal eram apenas três as objeções, inseridas a partir de 1994 (a do art. 73 do Ato das Disposições Constitucionais

⁶²⁶ Exceção era apenas a hipótese do art. 167, § 3º da CF/88, já referida na nota de rodapé nº 449, no segundo capítulo desta tese. Importa salientar que a EC N° 32/2001 operou significativas mudanças neste aspecto das medidas provisórias, ainda que pela via negativa, i.e., instituindo proibições, conforme se verá no capítulo final.

⁶²⁷ Cf. PILATTI, A Op. cit., p. 84.

⁶²⁸ Cf. TÁCITO, Caio. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *RDP*, n. 90, p. 52. A essa facção permissiva da doutrina agregaram-se alguns outros juristas: RAMOS, José Saulo. *Parecer nº SR 92*. P. 10.182, n. 20; WEISS, Fernando Leme. Medidas provisórias – Reedição (Responsabilidade do Executivo – Recusa no Processamento – Descumprimento). *RDP*, n. 99, p. 141; FILOMENO, José Geraldo Brito. *Infrações penais e medidas provisórias*. *RT*, n. 659, p. 368.

Transitórias, a do art. 25, § 2º⁶²⁹ e a do art. 246⁶³⁰). Mas com mínimos conhecimentos constitucionais seria possível saber que a Constituição contemplava em seu texto várias outras limitações materiais às medidas provisórias, ainda que não assim expressas de maneira explícita. A não consideração destas limitações ditas “implícitas” é que fez com que muitas das medidas provisórias veiculassem matéria que deveria ser tratada por outra espécie normativa, conforme se verá adiante. Os Presidentes da República não acataram, portanto, a interpretação “lógico-sistemática” pioneiramente fixada para este tema por José Afonso da Silva.⁶³¹

Deste modo, ainda que presentes aqueles requisitos de urgência e relevância, não era sobre qualquer matéria que uma medida provisória poderia ser editada, isto porque, além das **limitações materiais explícitas** inseridas a partir de 1994 no texto constitucional de 1988, havia outras a serem observadas, ditas **implícitas**. Este maior leque de matérias excluídas do alcance das medidas provisórias deveria decorrer de uma interpretação mais ampla do sistema constitucional, às vezes feita até por exclusão. Ana Cláudia Rodrigues observa que a maior parte da doutrina realizou a referida interpretação lógico-sistemática e apontou limites também implícitos à edição de medidas provisórias, “tomando como ponto de partida o regime jurídico desse instituto.”⁶³² Lembre-se que este regime remete à precariedade e à excepcionalidade. Assim, não se poderiam disciplinar por intermédio de medidas provisórias as **matérias para as quais a Constituição requer lei complementar**, bem como as matérias **insuscetíveis de delegação legislativa** (art. 68, § 1º, I, II e III da CF/88). Nestas matérias se incluem os atos de competência exclusiva do CN, os de competência privativa de suas Câmaras, a legislação sobre a organização, a carreira e a garantia dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, entre outras. Excluem-se ainda aquelas matérias ligadas ao Princípio da Legalidade amplamente considerado, especialmente **matéria penal e criação e**

⁶²⁹ Seria mesmo de questionar que grande transcendência viu o poder de revisão na matéria relativa ao “gás canalizado”, a ponto de não poder ser ela regulamentada por medida provisória, quando haveria tantas outras limitações mais fundamentais a serem feitas.

⁶³⁰ No entanto até esta limitação explícita, já comentada no segundo capítulo desta tese, sofreu violação por parte do Presidente da República, que editou medida provisória para regulamentar a emenda constitucional sobre o uso do subsolo e recursos hídricos, concedendo a capitais externos o direito de possuir 100% de empresas com aquele fim. A impropriedade da MP no caso foi confirmada pelo STF em liminar. Cf. FREITAS, Jânio de. O mundo a seus pés. *Folha de São Paulo*, 23 de novembro de 1997. C. 1, p. 5.

⁶³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 504. Em defesa de vedações implícitas à edição de medidas provisórias, decorrentes de uma interpretação sistemática da Constituição, veja-se também CHIESA, C. Op. cit., p. 19-20.

⁶³² Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 29.

majoração de tributos.⁶³³ Acresçam-se a esse rol as cláusulas pétreas, arroladas no art. 60, § 4º, incisos I, II, III e IV, que abarcam a maioria das matérias já elencadas. Quanto a essas cláusulas há que se dizer que, se a respeito delas não se permite a delegação legislativa ao Presidente da República, nem sequer emendas constitucionais ao poder revisor, muito menos deveria ser permitida a adoção de medidas provisórias.

No caso das leis complementares não se permite sejam elas substituídas por medidas provisórias, haja vista tratarem-se de uma “reserva legal em sentido estrito” ou de uma “reserva de parlamento”, demarcada ao Poder Legislativo pelo Poder Constituinte. Tal reserva é “imune a qualquer intromissão do Poder Executivo.”⁶³⁴ Para José Afonso da Silva, a questão é de procedimento, pelo que a “complementação de normas constitucionais dependentes de lei complementar somente por esta pode efetivar-se, consoante o processo legislativo configurado na Constituição.”⁶³⁵

Também a respeito dos atos e matérias insuscetíveis de delegação pode-se falar numa espécie de reserva legal em sentido estrito. De resto as medidas provisórias igualmente não poderiam regular matéria que seja satisfeita pelo poder (decreto) regulamentar.

Quanto à **matéria penal**, afora o **Princípio da Legalidade e da Anterioridade** que se aplicam sob a fórmula específica *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁶³⁶ (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, cf. art. 5º, XXXIX, CF/88), já constante também no Código Penal (art. 1º), haveria que considerar ainda o disposto no art. 68, § 1º, II do texto constitucional. Este dispositivo torna indelegável a legislação sobre direitos individuais, o que por si só afasta a possibilidade de o Poder Executivo poder dispor sobre direito penal, seja por medida provisória, seja por lei delegada. Isto por ser notório que tal ramo do direito “gira precisamente em torno de limitações ao mais básico dos direitos

⁶³³ Este é o entendimento de Alexandre Mariotti, que por um ou outro fundamento também o é da “maior parte da doutrina”. Cf. MARIOTTI, A. *Medidas...* P. 81. Ver também BASTOS, C. R. Op. cit., p. 359.

⁶³⁴ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *As medidas provisórias na Constituição*. P. 34-6; também MARIOTTI, A. Op. cit., p. 82-3. De resto, que matéria reservada à Lei Complementar não poderia ser objeto de disposição por medida provisória é questão pacífica até na jurisprudência, como exemplifica a decisão do TRF da 3ª Região, na arguição de inconstitucionalidade na apelação em Mandado de Segurança nº 36325, referida por LACOMBE, A. M. *Medidas provisórias*. Op. cit., p. 120.

⁶³⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. P. 251.

⁶³⁶ “É óbvio, diz Edson Freitas de Oliveira, que a lei, nesse caso, é a lei formal, oriunda do Poder Legislativo, nascida de amplo debate, e não a força de lei emprestada a um instituto legislativo excepcional.” Cf. OLIVEIRA, E. F. de. Op. cit., p. 252. Veja-se também magnífica e ampla exposição no sentido de proibir que por medida provisória se legisle em matéria penal em GOMES, Luiz Flávio. A lei formal como fonte única do Direito Penal (Incriminator). *RT*, n. 656, p. 258; no mesmo sentido FRANCO, Alberto Silva. A medida provisória em matéria penal e processual penal. *RJTJESP*, n. 123, p. 17.

individuais, o direito de liberdade, pelo que está compreendido dentro da ‘reserva de parlamento’”.⁶³⁷ Na doutrina brasileira imperou o voto contrário à possibilidade de o Presidente da República legislar em matéria penal por medida provisória.⁶³⁸

Por fim tem-se o argumento da provisoriedade dos efeitos da medida provisória para repelir de vez o emprego dessa espécie normativa no domínio do direito penal, isto por ser clara a impossibilidade de existência de “crime provisório”, ou “crime condicional”.⁶³⁹ Num caso destes, a eficácia imediata da norma penal eventualmente criada por medida provisória e, suponha-se, perdida em 30 dias (pela rejeição), poderia neste período ter gerado sérios constrangimentos - muitos irreparáveis - a um sem número de pessoas destinatárias de tal norma.

Não há precedente de enfrentamento direto do tema pelo STF,⁶⁴⁰ embora a questão tenha sido suscitada na ADIn nº 221-DF, ajuizada pela Procuradoria da República contra as Medidas Provisórias nº 153 e 156, ambas de 15 de março de 1990, que dispunham sobre

⁶³⁷ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 83. No entanto Valquíria Prochmann entende que nos casos em que “a finalidade legislativa não atinja o direito de liberdade, a matéria penal pode perfeitamente ser objeto de medida provisória.” Cf. PROCHMANN, Valquíria Bassetti. *Poder Executivo e produção normativa*. P. 79. Celso Ribeiro Bastos também admite medida provisória de natureza penal quando ela vier para beneficiar o indivíduo, “e não para criminalizar condutas”. Para ele, os “efeitos positivos gerados por uma medida provisória que institua benefícios para o réu possuem o condão de alcançar os casos de condenações que já houverem transitado em julgado”, pelo princípio constitucional de que a lei penal mais benéfica retroage. Cf. BASTOS, C. R. Medida provisória no campo penal. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. P. 514-6. Comungam de idêntica posição Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio Machado A. Delmanto: “Embora a medida provisória que contenha disposições penais seja inconstitucional diante do princípio da legalidade (CP, art. 1º), deve-se abrir exceção quando ela for benéfica ao acusado”. Cf. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado. A medida provisória n. 1.571-7/97 como causa de extinção da punibilidade dos crimes fiscais. *Boletim do IBCCrim*, n. 62, p. 2, jan. 1998.

⁶³⁸ Para além dos autores já mencionados nas duas notas anteriores, dentre tantos outros que repudiam medidas provisórias em matéria penal podem ser citados: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional*. P. 233; FARIA, Cássio Juvenal. Medidas provisórias e Direito Penal. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em Direito Penal*. P. 175-90; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Medida provisória em matéria penal. In: GOMES, L. F. (coord.). *Responsabilidade...* Op. cit., p. 191-207; GOMES, Luiz Flávio. Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das “medidas provisórias” em Direito Penal. In: _____. Op. cit., p. 208-52; LUISI, Luiz. A crise contemporânea da legalidade penal. In: GOMES, L. F. (Coord.). Op. cit., p. 253-63; com ressalvas, CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Medida provisória. In: GOMES, L. F. (Coord.). Op. cit., p. 264-7; PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e Direito Penal: uma convivência impossível. In: *ibidem*, p. 268-78.

⁶³⁹ Esta figura esdrúxula foi referida pela primeira vez por Manoel Pedro Pimentel, significando que as condutas previstas como crimes correriam o risco de desaparecer, como se nunca tivessem existido, caso as MPs que as veiculassem fossem rejeitadas pelo Congresso Nacional. Cf. CHIESA, C. Op. cit., p. 56.

⁶⁴⁰ Em relação aos decretos-leis o problema era afastado pelas limitações materiais expressas à sua edição, mas ainda assim alguns julgados que tangenciaram o tema fornecem indicações de que a postura do STF se inclinava de modo a não admitir a legislação penal pela via dos mesmos. É o que demonstra com especial interesse o acórdão prolatado pelo Tribunal no julgamento do HC 55.191-AL.

crimes de abuso de poder econômico e contra a Fazenda Pública.⁶⁴¹ Antes do julgamento, porém, sobreveio a Medida Provisória nº 175, de 27 daquele mesmo mês, declarando “nulas” as duas medidas provisórias questionadas pela referida ação. Assim, neste caso, tentativa de legislar via medidas provisórias em matéria penal houve, embora o próprio Poder Executivo tivesse dado meia volta. Em outros casos legislou, e o Congresso chancelou.⁶⁴²

Mais especificamente quanto aos direitos e garantias individuais (“**Sistema de direitos fundamentais**”, na terminologia de José Afonso da Silva), sobejamente protegidos enquanto cláusulas pétreas (por força do art. 60, § 4º, IV, CF), foram várias as medidas provisórias que os feriram, sendo elas flagrantemente inconstitucionais,⁶⁴³ no dizer de vários autores.

⁶⁴¹ Especificamente quanto à MP 153/90, o acórdão lavrado em 5 de setembro de 1990 pelo Poder Judiciário (segundo grau de jurisdição - Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo) foi favorável ao Poder Executivo, sob o argumento de que embora fosse em matéria penal, a medida provisória servia para beneficiar o réu. Cf. KQUIO, Alessandro S. *Aspectos jurídicos do controle das medidas provisórias*. P. 50-2.

⁶⁴² Veja-se *ad exemplum* a MP nº 10 (DOU de 21/10/88), que foi adotada pelo Presidente da República em exercício à data, o Presidente da Câmara, Ulysses Guimarães, e que dispôs “sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução”. Esta MP veiculava em seu art. 8º norma penal incriminadora, descrevendo uma nova conduta típica e definindo a respectiva sanção. Pois referida MP foi convertida em lei pelo CN (Lei nº 7.679/88) tendo o dispositivo mencionado vigorado por quase dez anos (até que a Lei nº 9.605/98 por seu art. 35 revogasse o referido art. 8º da outra lei), “não se tendo notícia de que sua constitucionalidade tenha sido questionada junto ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. FÁRIA, C. J. *Medidas provisórias e Direito Penal*. In: GOMES, L. F. (Coord.). *Op. cit.*, p. 180-1. Cássio Juvenal Faria refere ainda a MP nº 50 (DOU de 27/4/89), adotada pelo Presidente José Sarney e reeditada como MP nº 59, de 26/5/89, dispoendo “sobre o exercício do direito de greve”, que em seu art. 13 veiculava norma penal incriminadora, definindo novos crimes contra a organização do trabalho e impondo as respectivas sanções. No entanto, a MP 59 não foi aprovada em sua redação original pelo CN, tendo sido apresentado projeto de lei de conversão, que resultou na Lei nº 7.783/89, com exclusão das normas penais. Também no caso da MP nº 111 (DOU de 27/11/89), que dispôs sobre a “prisão provisória” e foi convertida pelo CN na Lei nº 7.960/89 houve modificações na sua redação original para excluir as determinações penais, rejeitando inclusive restrições a direitos fundamentais dos presos. Informa-se, por oportuno, que esta MP foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 162-1, proposta pelo Conselho Federal da OAB), sendo que em 14/12/89, o STF, em sessão plenária, por maioria de votos e vencidos os Min. Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, indeferiu a medida cautelar. Já em função da promulgação da Lei 7.760/89, resultante da aprovação de projeto de lei de conversão e não da MP em sua redação original, em 2/8/93 o STF deu por prejudicado o pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem apreciar, por tal motivo, o mérito da questão. Cf. FÁRIAS, C. J. *Op. cit.*, p. 183 e 186.

⁶⁴³ Analise-se, por exemplo, a MP nº 2.177/43, assinada em 27 de julho de 2001, que, ao modificar regras dos planos e seguros de saúde, atendia apenas aos interesses das operadoras e prejudicava os usuários, conforme avaliação de diversas associações e entidades de defesa dos consumidores. Segundo estas, a medida trouxe regras arbitrárias e representou “um retrocesso” ao “rasgar” a Lei nº 9.656/98 e “descaracterizar a já deficiente e excludente regulamentação dos planos implementada nos últimos três anos”, podendo com isso “prejudicar milhões de brasileiros”. Cf. “Entidades rejeitam MP que modifica planos de saúde”. *Folha de São Paulo*, 14 de agosto de 2001. C. B., p. 6. Não é demais lembrar aqui que neste caso vários foram os direitos e garantias individuais violados. Aliás, diante das muitas manifestações da sociedade e também de lideranças políticas rechaçando muitos pontos desta MP, houve o recuo do Poder Executivo em relação à mesma, tendo o governo decidido encaminhar ao Congresso as mudanças nela sugeridas na forma de um projeto de lei. Cf. “Rocha elogia recuo do governo na MP dos planos de saúde”. *Jornal do Senado*, 17 de agosto de 2001. P. 7. Por outro lado seria de referir a MP nº 2.148-1, que como já dito acima impediu a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, esquecendo que este, enquanto concretização e instrumentalização de um **direito-garantia individual** consagrado no art. 5º, XXXII, da CF/88, está também englobado nas matérias indelegáveis pelo Poder Legislativo ao Presidente da República (art. 68, § 1º, II). Logo, se nem por lei delegada se pode tocar a matéria referida pelo inciso XXXII do art. 5º, tampouco se poderia fazê-lo por medida provisória. Aliás, de tal monta foi a inconstitucionalidade cometida que o próprio Poder Executivo, já na seguinte medida provisória sobre o mesmo assunto (a MP nº 2.152-2, de 1º/6/2001) retirou na íntegra o dispositivo referido, o qual certamente não resistiria à análise da constitucionalidade. Além disso, cumpre destacar a MP nº 2.025-1, de 3 de maio de 2000, que instituiu o vale-pedágio sobre o transporte rodoviário de carga, como resposta à então deflagrada greve dos caminhoneiros, que estava começando a causar problemas de abastecimento no País. Em que pese o “sucesso” da investida governamental, eis que a referida MP teve o condão de proporcionar rápida solução à controvérsia (inclusive tendo o posterior Decreto nº 3.525, de 26 de junho de 2000, regulamentado a matéria), seria de indagar a constitucionalidade de uma medida provisória coibir um direito constitucionalmente assegurado como o é o direito de greve. Retornando no tempo, pode-se buscar um exemplo de MP inconstitucional em 1990. Trata-se da MP nº 168 (de 15/3/90, convertida na Lei nº 8.024/90), trazida à colação por Clémerson Cléve enquanto geradora de lesão ao direito constitucional de propriedade, ao princípio do devido processo legal e ao princípio da isonomia. Cf. CLÉVE, C. M. *Medida provisória: liminar*. *BDP*, n. 96, p. 129-37.

Exemplificadamente relatam-se dois casos, lembrados por Ivo Dantas:

A relevância de que fala o texto constitucional chegou a ponto de entender ser possível ao Presidente da República lançar mão da liberdade individual e da propriedade privada (ambos direitos assegurados no art. 5º, e portanto, inalteráveis pelas vias ‘normais’ até mesmo do Poder de Reforma) das pessoas, quando expediu as Medidas de nº 168 (que instituiu o novo sistema financeiro e autorizou o bloqueio de cruzados, aprovada pelo Congresso e convertida na Lei nº 8.024/90) e de nºs 153 e 156 (sobre crimes de abuso do poder econômico e crimes de sonegação fiscal, respectivamente), estas últimas retiradas do Congresso Nacional pelo próprio Executivo, embora já tivessem produzido efeitos práticos de conseqüências, sobretudo, morais àqueles que por elas foram atingidos.⁶⁴⁴

Aliás, ao analisar a referida MP nº 168 (que dispôs sobre o Plano Collor), Regina Helena Machado assemelhou-a ao sentimento de “cidadania confiscada”⁶⁴⁵ pelos atos institucionais da década de 1960, taxando-a de “versão contemporânea” de tais atos do passado.

Cabe destacar por fim que a aplicação das medidas provisórias na seara do Direito Tributário revelou ser nesta área que as questões e os debates travaram-se com maior interesse, conforme se verá imediatamente a seguir.

⁶⁴⁴ Cf. DANTAS, I. *Aspectos jurídicos...* Op. cit., p. 59.

⁶⁴⁵ Cf. MACHADO, Regina Helena. *Medida provisória ou a medida do poder*. P. 1. Veja-se, a propósito, críticas de Ubaldo Cesar Balthazar no sentido de que muitas vezes o preenchimento de lacunas e a solução de antinomias no direito tributário “obedece mais às razões político-ideológicas que propriamente jurídicas. Decisões são tomadas em função de problemas conjunturais, forçando-se interpretações com o objetivo de manter o *status quo*.” Cf. BALTHAZAR, Ubaldo C. Lacunas e antinomias no Direito Tributário. *Alter Ágora*, n. 4, p. 67. O autor citou como exemplo desta prática justamente as decisões dos tribunais brasileiros “nos primeiros meses do Governo Collor, confirmando a legalidade e constitucionalidade dos atos baixados pelo mesmo, consolidando o confisco generalizado da poupança nacional”. Idem. Marcelo Navarro Dantas teceu amplas e severas críticas ao instituto medida provisória, especialmente por conta deste episódio. O autor referiu que desde 1986 o STF passou a conviver com supostas “medidas de salvação nacional”, embora em clima democrático, sendo elas lançadas por diversos governos e quase sempre inconstitucionais: “emblemático, nesse particular, o chamado Plano Collor, que decretou o bloqueio, *rectius*, confisco de todos os ativos financeiros superiores a determinado valor arbitrariamente determinado”. Refere também o “manejo abusivo, por todos os Presidentes da República, desde a CF/88, das infames medidas provisórias, o que, aliado a uma série de outras circunstâncias, até mesmo as positivas, como a ‘descoberta’ da Justiça pelo cidadão, a um aumento impressionante da legitimidade, às dificuldades da economia mundial – que passaram a atingir cada vez mais o Brasil em face da globalização – e vários outros fatores, tem levado a uma verdadeira crise do Judiciário [...]”. Cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. P. 265 (n. 427).

3.2.1.1 – Ofensa ao Princípio da Legalidade *stricto sensu* (a Legalidade Tributária - “Reserva Absoluta de Lei Formal”)

Com a afirmação do Estado de Direito, a sociedade passou a estar protegida contra o Estado pela muralha do Direito. Neste novo paradigma, a reserva de lei acrescentava que “fazer leis, ou seja, criar direito, só o poderia fazer o Poder Legislativo, isto é, a própria sociedade representada nas assembleias legislativas.”⁶⁴⁶ Nascia assim o Princípio da Legalidade.

Primeiramente há que se distinguir o Princípio da Legalidade do Princípio da Reserva Legal, embora em realidade não se trata de diferenças, mas sim de várias nuances do mesmo princípio. Conforme Manuel García-Pelayo o **Princípio da Legalidade** “significa que toda ação da Administração ou toda decisão dos tribunais há de ser uma aplicação da lei”,⁶⁴⁷ sendo, portanto, coerente com o “princípio da legitimidade racional”, no sentido impresso por Max Weber, segundo o qual não mandam os homens e nem sequer as autoridades, mas as leis. A partir disso, para o autor espanhol, o Princípio da Legalidade é coerente, não menos, com a **hegemonia do Poder Legislativo** dentro do esquema clássico da divisão de poderes. No mesmo sentido, Waldemar Besson e Gotthard Jasper explicam: como a mensurabilidade e a previsibilidade de todo acionar do Estado são condições elementares do Estado de Direito, elas exigem que o Governo e a Administração estejam sujeitos ao império da lei. Assim, todo ato do Estado deve emanar de uma lei, que por sua vez deve estar legitimada democraticamente. Logo, o princípio da sujeição da Administração à lei e ao direito estabelece que aquela “somente pode atuar dentro do marco que a maioria parlamentar lhe fixou.”⁶⁴⁸

É pois com este sentido que o **Princípio da Legalidade** se exprime **no campo do Direito Administrativo**, sendo revelado na Constituição Federal Brasileira de 1988 nos seguintes termos do *caput* do art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência”.

Deste modo fica a Administração Pública integralmente submetida ao estipulado pelas leis, não possuindo o mesmo grau de liberdade de ação que possuem os administrados, eis que

⁶⁴⁶ Cf. VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. P. 26.

⁶⁴⁷ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. *El Estado Social y sus implicaciones*. In: SUBIRATS, J. *Op. cit.*, p. 367.

⁶⁴⁸ Cf. BESSON, Waldemar; JASPER, Gotthard. *Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público*. In: THESING, Josef (Ed.). *Op. cit.*, p. 125.

estes podem tudo fazer desde que não haja um impedimento legal, significando de maneira ampla que tudo o que não for proibido é permitido (este é, de resto, o “princípio de liberdade”: o que não é proibido é permitido).⁶⁴⁹ E em sendo a liberdade acolhida pelas declarações de direitos como um dom natural e inalienável do ser humano, precedendo ao Estado, não pode ser por este concedida, mas devendo ser por ele respeitada. Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “se limitações são indispensáveis ao exercício pelos indivíduos da liberdade que lhes é natural, estas restrições apenas poderão provir da vontade geral, expressa na lei. Daí o princípio de liberdade confluir, constitucionalmente, para o princípio de legalidade”.⁶⁵⁰ Desta forma, os administrados só estão obrigados a fazer algo se assim o for por lei. No Brasil a Constituição Federal de 1988 proclama o **Princípio da Legalidade *lato sensu***, isto é, em sua “**formulação genérica**”,⁶⁵¹ no art. 5º, II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Diversamente, como já visto, é próprio da Administração Pública o exercício de atividades *sub lege*, isto é, “sob a lei”, pois toda sua atuação é estipulada e delimitada por lei, significando uma forma de garantia e segurança jurídicas para os particulares administrados. Para além disso, afirma Elías Díaz, no Estado de Direito, diferentemente do que acontecia no Antigo Regime Absolutista, a atuação da Administração Pública “está fiscalizada juridicamente através de um sistema de recursos contencioso-administrativos atribuídos a favor do particular, contra as possíveis infrações legais da Administração”.⁶⁵²

Por outro lado, há autores que divergem do entendimento que vê na lei apenas a criação do Poder Legislativo, deixando esta especificidade para o caso do Princípio da Reserva Legal, a ser analisado em seguida. Entre tais autores destaca-se Alberto Xavier, entendendo que quando se trata do **Princípio da Legalidade Administrativa** no direito brasileiro, o termo “lei” é **genérico**, não designando apenas a lei criada exclusivamente pelo Parlamento, mas também os regulamentos e outras normas criadas pelo próprio Poder

⁶⁴⁹ “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”, já dizia Montesquieu. Cf. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. P. 114.

⁶⁵⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O anteprojeto dos notáveis*. P. 7.

⁶⁵¹ Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias em matéria...* P. 59.

⁶⁵² Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 50.

Executivo, uma vez que é justamente este poder que chefia a Administração Pública.⁶⁵³ Estar-se-ia diante do que ele chama de “**reserva relativa de lei material**”, precisamente porque as considerações de segurança jurídica nunca conseguiram absorver as de oportunidade e conveniência, próprias da Administração. Já o **Princípio da Legalidade no Direito Tributário** configura para Alberto Xavier uma “**reserva absoluta de lei formal**”.⁶⁵⁴

Alberto Xavier aprofunda sua análise: “Se o **princípio da reserva de lei formal** contém em si a exigência da *lex scripta*, o **princípio da reserva absoluta** coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos.”⁶⁵⁵

Assim, como corolário do Princípio da Legalidade está o **Princípio da Reserva Legal**, significando originalmente que toda intervenção que afete a liberdade e a propriedade somente pode ter lugar em virtude de uma lei formal, quer dizer, aprovada pelo Congresso Nacional. É precisamente este princípio que confere aos administrados maior grau de liberdade e maior garantia perante o Estado, e também em relação aos demais particulares. Porém esta primeira fórmula do princípio, característica da noção constitucional cívico-liberal do século XIX, segundo a qual seria necessária uma lei apenas quando se tratasse de interferências “na liberdade e na propriedade”, já não se ajusta mais plenamente à interpretação constitucional atual. Neste sentido veja-se o que assinala a Corte Constitucional Federal Alemã: “No marco de uma Constituição democrática e parlamentar, todas as decisões relacionadas a questões fundamentais que afetam o cidadão de forma direta, requerem a sanção de uma lei [...] Em muitos casos a ação do Estado, oferecendo serviços e prestações, não é menos importante para a liberdade que um ato de ‘intervenção’, ou a omissão do mesmo. Em ambos os casos a lei aprovada pelo Parlamento obtém uma legitimação democrática direta frente ao mero ato administrativo, e o procedimento parlamentar garante

⁶⁵³ Cumpre informar que isso conferiria ao Princípio da Legalidade no campo do Direito Administrativo uma conotação de “Princípio da Juridicidade”, indicando a obediência tanto à Constituição quanto às leis em geral. Eduardo García de Enterría, ao abordar o âmbito do **Princípio da Legalidade da Administração** e sua construção técnica, o faz tornando geral o conceito de legalidade, não referido a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento inteiro, ao que Hauriou chamava “o bloco da legalidade” (incluindo leis, regulamentos, princípios gerais, costumes). Informa ainda o administrativista espanhol que Merkl teria chamado esta perspectiva de “**princípio da juridicidade**” da Administração, tendo reservado o nome de “princípio da legalidade” ao “jogo procedente somente com a lei formal”, ao que García de Enterría considera uma “complicação terminológica desnecessária”. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. P. 427.

⁶⁵⁴ Cf. XAVIER, A. P. 31.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 37.

maior publicidade da discussão e da tomada de decisões”.⁶⁵⁶ É por isso que este princípio mudou de rumo, e atualmente o que se exige para ingerências na liberdade e na propriedade das pessoas é, além de uma lei formal, o devido processo legal, assim contemplado no texto da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

Alberto Xavier explica que saindo do Direito Administrativo, no qual o Princípio da Legalidade foi adotado juntamente com os demais cânones do Estado de Direito, em outros ramos do Direito, como o Direito Penal e o Direito Tributário, o Princípio teve origens muito mais remotas, tendo sido reconhecido em certas formas políticas anteriores ao próprio Estado de Direito, principalmente em matéria de impostos. Com efeito, a partir do século XI, os povos europeus tinham enraizada a idéia de que os tributos não poderiam ser cobrados sem que tivessem sido criados por lei, indo neste sentido o conteúdo do artigo XII da Magna Carta.⁶⁵⁷ O Princípio da Legalidade Tributária surgiu assim “ligado à idéia de que os impostos só podem ser criados através das assembléias representativas e, portanto, à idéia de sacrifício coletivamente consentido, ou seja, à de autotributação.”⁶⁵⁸ Esta idéia desdobrou-se em dois grandes corolários com o advento do Estado de Direito: em primeiro lugar o princípio de que os impostos só podem ser criados por lei formal, o que “no rigor de uma estrita separação de poderes, se traduzia na idéia de que a criação dos tributos é da exclusiva competência das assembléias legislativas”;⁶⁵⁹ e em segundo lugar a própria essência do conceito da reserva de lei, expressa no princípio de que as intervenções do poder público na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos requerem lei que as autorize. Veja-se a explicação de Ubaldo Balthazar para a cristalização na doutrina tradicional de que “lei” no Princípio da Legalidade Tributária é a lei originada no Poder Legislativo: é que o “princípio da legalidade tributária conteria em si, um outro velho princípio do direito inglês, o qual afirma não haver imposto

⁶⁵⁶ Cf. HORN, Wolfgang. Rasgos básicos del Estado de Derecho. Op. cit., p. 75.

⁶⁵⁷ “No scutage or aid shall be imposed on our kingdom, unless by the common counsel of our kingdom”: “Nenhuma *scutagium* ou ajuda será imposta no nosso reino, salvo pelo consenso comum do reino”. *Scutagium* pode ser traduzido como “escudagem”, significando uma prestação pecuniária devida ao reino pelo detentor da remuneração do cavaleiro quando este participava de campanhas militares na Idade Média, isto para aquele livrar-se de ir pessoalmente à guerra. É neste sentido também a tradução efetuada por Francisco Rubio Llorente e Mariano Daranas Peláez, os quais explicam “*scutage*” (vertido para o espanhol como “*fonsadera*”) enquanto o tributo pago “para não ir à guerra”. Cf. LLORENTE, F. R.; PELÁEZ, M. D. *Constituciones de los Estados...* Op. cit., p. 255. Veja-se nesta mesma referência o teor integral do artigo XII da Magna Carta.

⁶⁵⁸ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 7.

⁶⁵⁹ *Idem*.

sem a aprovação dos representantes do povo, diretamente eleitos para fazer a lei ('no taxation without representation', conforme a fórmula do 'Bill of Rights', de 1628)."⁶⁶⁰

Conforme Alberto Xavier são as próprias concepções essenciais do Estado de Direito, notadamente as ligadas à idéia de segurança jurídica, que imprimem um conteúdo diverso ao Princípio da Legalidade Tributária, distinguindo-o do Princípio geral da Legalidade da Administração. Daí competir exclusivamente ao legislador, não ao administrador nem ao juiz, a eleição dos fatos da vida que devem dar origem a obrigações tributárias. Paulo de Barros Carvalho sinaliza que a "vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina com a magnitude semântica que o termo *tributo* ostenta nos dias atuais. Não valessem tais razões e a simples invocação do princípio da segurança do direito já seria bastante em si para inibir esse mecanismo [as medidas provisórias] de ação fiscal."⁶⁶¹

O princípio da **preeminência da lei** é o da **legalidade em sentido amplo**, traduzindo-se basicamente na proposição de que "cada ato concreto da Administração é inválido, se e na medida em que contraria uma lei material", ao passo que o princípio da **reserva de lei** é o da **legalidade em sentido estrito**, desempenhando basicamente uma função "de garantia dos particulares contra as intervenções do poder".⁶⁶² Apenas para bem demonstrar a ousadia do governo federal na violação da legalidade em sentido estrito, renova-se o exemplo daquela MP (a de nº 2.148-1) que impôs a restrição dos efeitos de uma lei, no caso o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ora, uma lei criada pelo Congresso Nacional por expresse mandamento constitucional do constituinte originário (cf. art. 48, ADCT-CF/88) só poderia ser revogada ou tornada parcialmente sem efeito apenas por outra lei do próprio Congresso Nacional, mas não por uma medida provisória.⁶⁶³ Neste caso o Poder Executivo **violou** de uma só vez o **Princípio da Reserva de Lei** e o dito **Princípio de Reserva do Parlamento**.⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ Cf. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Poder Executivo e poder de tributar. In: BORGES FILHO, Nilson (Org.). *Direito, Estado, política e sociedade em transformação*. P. 181.

⁶⁶¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas provisórias. *RDP*, n. 96, p. 147.

⁶⁶² Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 14-5.

⁶⁶³ Conforme entendimento já esboçado na parte final do item 2.4.3.4.1 do segundo capítulo desta tese. Eventualmente poder-se-ia alegar ainda a favor deste argumento o fato de a CF/88, em seu art. 64, § 4º, excluir o regime de urgência legislativa aos projetos de código, de sorte que a tais projetos somente se lhes aplicam o processo legislativo comum. Logo, se não há urgência, não pode haver medida provisória. Em sentido contrário, entendendo que essa regra não impede modificações "pontuais" nos "códigos" pela via da medida provisória: NOBRE JÚNIOR., E. P. Op. cit., p. 199.

⁶⁶⁴ Veja-se o porquê: dizia o art. 48 do ADCT que dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição "o Congresso Nacional" (Reserva do Parlamento) deveria elaborar "código de defesa do consumidor" (Reserva de Lei, porque formalmente os Códigos são sempre criados por leis).

Sob o prisma da fonte de produção jurídica a reserva de lei é distinguida por Xavier entre “reserva de lei material” (bastando que a conduta da Administração seja autorizada por qualquer norma geral e abstrata, não importando seja a lei constitucional, a lei ordinária ou até o regulamento) e “reserva de lei formal” (devendo o fundamento legal do comportamento do órgão executivo ser um “ato normativo dotado de *força de lei*, isto é, de um ato provindo de órgão com competência legislativa normal e revestido da forma externa legalmente prescrita.”⁶⁶⁵ Há outros autores, como Gerd Rothmann, citado pelo próprio Xavier, que adotam um conceito mais restrito de “lei formal” identificando-a unicamente com a lei proveniente do Poder Legislativo. É este o conceito de lei formal adotado por esta tese.

Analisando se os decretos-leis poderiam ou não instituir ou majorar tributos à luz da Constituição de 1967, Alberto Xavier reproduziu o argumento de alguns autores (Geraldo Ataliba, Aliomar Baleeiro, Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e outros) contrários a tal possibilidade, os quais embasavam seu entendimento em uma interpretação restritiva do art. 58, que naquele texto constitucional autorizava o Presidente da República a expedir decretos-leis, fixando-lhe as matérias. Dentre tais matérias estavam as “finanças públicas” (art. 58, inciso II), mas como a Constituição discernia sistematicamente entre “direito tributário” e “direito financeiro”, a opinião de tais juristas se sustentava, o que se tornou mais difícil diante do texto constitucional de 1969. A nova redação dada ao preceito referido pela Emenda Constitucional nº 1 fez com que o art. 55 da Constituição de 1969 esclarecesse que “finanças públicas” abrangiam “inclusive normas tributárias”. Ainda assim os autores referidos continuaram defendendo o caráter limitado do decreto-lei em matéria tributária, alegando que tal artigo da Constituição deveria ser interpretado à luz dos grandes princípios informadores daquele texto, tais como o próprio princípio da legalidade, o do regime representativo e o da independência e harmonia dos poderes.⁶⁶⁶ Alertavam ainda aqueles autores – especialmente Aliomar Baleeiro – para a existência de certas disposições constitucionais que facultavam ao Poder Executivo “alterar as alíquotas ou as bases de cálculo de certos impostos” (art. 21, I, II e V), as quais resultariam inúteis se ao Executivo já se desse a faculdade de criar tributos por meio de decreto-lei. Logo, apenas poderiam ser objeto de decretos-leis normas tributárias que não instituísem ou aumentassem tributo. Mas não ia neste mesmo sentido a interpretação do Supremo Tribunal Federal, nem a do próprio Alberto Xavier, Fábio Fanucchi e outros, que

⁶⁶⁵ Cf. XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 18.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 22-6.

entendiam ser possível o Executivo criar ou reger o núcleo essencial (majoração) de tributos por decretos-leis. Esses autores, porém, faziam ressalvas:

Há que ter presente que tal faculdade é estritamente excepcional, estando sempre dependendo da verificação efetiva das cláusulas de urgência e interesse público relevante, que o próprio Poder Executivo deve interpretar criteriosa e restritivamente, enquanto pressuposto do exercício de uma sua competência de exceção. Por outro lado – e este ponto é fundamental – a função de garantia individual decorrente da participação do órgão representativo é desempenhada pela necessária intervenção *a posteriori* do Congresso, o qual poderá aprovar ou rejeitar o decreto-lei.⁶⁶⁷

No que diz respeito à atual Constituição, ainda que se admitisse que o Executivo legislasse na seara tributária nos mesmos termos em que o propunham alguns autores (e permitia o STF) aos Presidentes regidos pela Constituição anterior, não se poderia confiar em uma interpretação “criteriosa” e “restritiva” dos requisitos de relevância e urgência por parte de Presidentes da República que banalizaram completamente o uso de tais critérios. Tampouco poder-se-ia acreditar em aprovação ou rejeição das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, quando por longos períodos o mesmo sequer as apreciava (detalhes destas assertivas serão vistos *infra*, em item específico). Haveria que acrescer ainda à firme idéia de restrição a que o Executivo legislasse nesta seara o largamente utilizado recurso da reedição da espécie normativa, prática que não ocorria no regime constitucional anterior.

Prossegue-se vendo como o princípio antes referido está disposto na Constituição de 1988. Ao tratar do Sistema Tributário Nacional, e neste campo especificamente das limitações ao poder de tributar, o texto constitucional consagra o Princípio da Legalidade na seara tributária, nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça [...]”.

O Princípio da Legalidade é considerado pelos estudiosos do Direito Tributário como sendo a “mais importante de todas as limitações constitucionais ao poder de tributar, por suas implicações políticas e jurídicas”,⁶⁶⁸ podendo ser traduzido na exigência: *nullum tributum sine lege*. Assim, o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* também possui um equivalente

⁶⁶⁷ Ibidem, p. 27.

⁶⁶⁸ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 4.

no Direito Tributário. O *nullum tributum sine lege* vem designar o Princípio da Tipicidade no Direito Tributário, revelado como defesa dos particulares em face do arbítrio da Administração. É princípio considerado por Xavier como a própria expressão do princípio da legalidade quando manifestado na forma de uma reserva absoluta de lei.⁶⁶⁹

Como este princípio já fazia parte da tradição constitucional brasileira, foi incorporado também no Código Tributário Nacional (CTN), mesmo que este datasse de 1966 (foi instituído pela Lei nº 5.172/66 e adquiriu *status* de lei complementar pelo Ato Complementar nº 36/69). No intuito de regular as limitações constitucionais ao poder de tributar o CTN reproduz preceito análogo ao art. 150, inciso I do atual texto constitucional, determinando ser “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” instituir ou majorar tributo “sem que a lei o estabeleça”, conforme seu artigo 9º, inciso I. O Princípio da Legalidade é retomado também pelo art. 97 do mesmo Código.

Note-se que consoante entendimento de Misabel Derzi, o Princípio da Legalidade no que se refere a tributos nunca seria excepcionado pelo texto constitucional,⁶⁷⁰ nem mesmo no caso dos empréstimos compulsórios disciplinados pelo art. 148, I e II (a primeira hipótese referida no subitem abaixo como exceção ao Princípio da Anterioridade), casos em que, ao invés de lei ordinária, usar-se-ia lei complementar, mas sempre lei, nunca medida provisória. Segundo a autora, a situação se repete no caso do art. 154, I, que trata da competência residual da União, no qual esta poderá criar impostos novos, mas somente mediante lei complementar.

Embora a previsão deste princípio (o da reserva legal tributária) nas letras da Constituição e do CTN, visto que o Estado tem intervindo constantemente no processo econômico, em muitas oportunidades o Poder Executivo não o observou, e essa violação constitucional deu-se quase sempre por medida provisória.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 70.

⁶⁷⁰ Cf. DERZI, M. Op. cit., p. 136-7.

⁶⁷¹ Ivo Dantas cita as MPs de nº 160, 171 174, 180 e 184 como violadoras dos Princípios da Legalidade e da Anterioridade em matéria tributária, além de a de nº 168 (transformada na Lei nº 8.024/90) ter violado o Princípio do Não Confisco. Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 121. Já José Roberto Vieira ilustra o abuso presidencial na malfadada e danosa criação de tributos por medida provisória com o primeiro e paradigmático caso: o da MP nº 22, de 6/12/88 (convertida na Lei nº 7.689, de 15/12/88), que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas...* Op. cit., p. 310. Em outra obra o autor também comenta o exemplo da MP nº 400, de 29/12/93 (convertida na Lei nº 8.848/94), que majorou as alíquotas do Imposto de Renda das Pessoas Físicas. Dita MP teve aspectos positivos, como o de provocar leve aumento na progressividade, princípio constitucional específico do Imposto de Renda, mas teve também um aspecto negativo, qual seja, a introdução de aumento de tributo por uma medida provisória. Cf. VIEIRA, J. R. *Majoração do IR por medida provisória: uma questão de civilização. SESC/AP/PR*, p. 16, mar. 1994.

De modo geral tem-se que “os impostos sujeitos ao princípio da anterioridade esbarram no pressuposto da urgência. Os não sujeitos [a este] não necessitam da medida provisória, visto que em relação a eles as alíquotas podem ser alteradas por ato do Poder Executivo. Mas o que realmente impede a utilização da medida provisória em matéria tributária é o princípio da legalidade, e já vimos que medida provisória não é lei.”⁶⁷² Ademais “o sistema tributário está todo ele informado não pelo critério da urgência, mas, pelo contrário, pelo critério da não-urgência, a fim de que não seja o contribuinte surpreendido com uma carga tributária não prevista. Tanto o **princípio da legalidade** como o **princípio da segurança jurídica** revelam que o critério a ser seguido é o da previsão, da não-urgência.”⁶⁷³

Ainda quanto à urgência, esta pode ser excepcionada no caso do art. 153, § 1º, CF/88, pelo qual “é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”. Estes impostos, como se verá abaixo, estão livres do Princípio da Anterioridade e, aparentemente, do da Legalidade, o que não significa, na visão de certos autores, que poderiam ser disciplinados por medida provisória. É que neste caso, embora haja urgência, as alterações das alíquotas deverão ser feitas por ato do Poder Executivo, mas não por qualquer ato, e sim pelo “ato próprio e peculiar de tal Poder, vale dizer, o decreto. Não haverá, no caso, necessidade de o Executivo lançar mão de medida provisória.”⁶⁷⁴ Para Américo Lacombe “a **única ressalva** ao critério da não-urgência que não comporta qualquer limitação é a do imposto extraordinário de guerra externa. Aí há urgência e relevância e poderá o Poder Executivo lançar mão da medida provisória. Só neste caso.”⁶⁷⁵ Já Roque Antônio Carraza nem neste caso admitia medida provisória, uma vez que “a Constituição concedeu ao Presidente da República um instrumento muito mais expedito e eficiente para cuidar destes tributos: a decretação do estado de sítio, mediante autorização da maioria absoluta dos integrantes do Congresso Nacional (art. 137 e seu parágrafo único da CF)”.⁶⁷⁶ Diversamente se manifestou Clèmerson Clève.⁶⁷⁷

⁶⁷² Cf. LACOMBE, A. M. Medidas provisórias. Op. cit., p. 121.

⁶⁷³ Ibidem, p. 121-2 (grifou-se).

⁶⁷⁴ Cf. LACOMBE, A. M. Op. cit., p. 122. Também afirmando que a providência deva ser tomada por decreto presidencial, mas admitindo ser igualmente possível por medida provisória vide VIEIRA, José R. Medidas provisórias em matéria... P. 305 e *A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto*. P. 130.

⁶⁷⁵ Idem (grifou-se). O artigo da CF/88 que trata do imposto referido pelo autor é o 154, II.

⁶⁷⁶ Cf. CARRAZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. P. 161.

⁶⁷⁷ Para o autor esta seria a única exceção admitida. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* P. 98.

Diante disso, face à inicial redação do art. 62 da atual Constituição Brasileira, a edição de medidas provisórias em matéria tributária seria incompatível com os princípios da segurança jurídica e da não surpresa, os quais advêm em parte do princípio da anterioridade. O ato legislativo igualmente desrespeitaria o princípio da irretroatividade,⁶⁷⁸ outro pilar da segurança jurídica do contribuinte, consagrado como garantia individual do cidadão (art. 5º, XXXVI e art. 150, III, *a*, CF) e, por fim, o Princípio da Legalidade (art. 5º, II, e 150, I, CF). A este se dedica a análise neste momento, deixando-se os demais para o próximo subitem.

Segundo Geraldo Ataliba, “entender que o Executivo pode instituir tributos (ou aumentar-lhes a carga) é repudiar tudo o que de mais significativo tem o princípio republicano como exigência. É admitir que o texto constitucional é contraditório. É negar a lição de Rui, que enfatiza que ‘o que a Constituição dá com a mão direita não retira com a esquerda’”.⁶⁷⁹

É ainda a lição de Ataliba que resume o pacífico entendimento da doutrina no sentido de que a natureza característica do sistema tributário brasileiro reside na sua constitucionalização. São suas as palavras: “O sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. **Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte**, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecer-lhe, em nada podendo contribuir para plasmá-lo.”⁶⁸⁰

Deixe-se claro, por fim, que seria possível alguma hipótese de utilização da medida provisória no campo da tributação, embora nunca para instituir tributos. Uma possibilidade, *v.g.*, seria a das relações jurídicas tributárias desprovidas de conteúdo patrimonial, *i.e.*, as denominadas “obrigações acessórias”, também chamadas por Paulo de Barros Carvalho de “deveres instrumentais ou formais”.⁶⁸¹ Estes, por não acarretarem restrições à liberdade e à propriedade, são passíveis de disciplina via medida provisória.

⁶⁷⁸ Isto devido à tentativa de conciliação do próprio fato de as medidas provisórias serem portadoras de vigência imediata, honrando o cumprimento do requisito da urgência, com o respeito ao Princípio da Anterioridade; para honrar a urgência seria imperiosa a antecipação da vigência e da eficácia em relação à própria lei na qual hipoteticamente uma dada MP seria convertida, ferindo, por si só e de uma única vez, o Princípio da Irretroatividade e o Princípio da Anterioridade, o qual neste caso não teria como ser respeitado.

⁶⁷⁹ Cf. ATALIBA, G. *República e Constituição*. P. 132.

⁶⁸⁰ Apud VIEIRA, J. R. *Medidas...* P. 44 (Grifou-se).

⁶⁸¹ Cf. CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. P. 195-7. Neste mesmo sentido VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias...* P. 294-295, CARRAZA, R. A. *Curso...* P. 203 e DERZI, M. de A. Nota de atualização nº 4. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. P. 614.

Mas em que pese o esforço da doutrina brasileira,⁶⁸² o STF optou por decidir pela inexistência de uma “reserva de parlamento” para normas tributárias, ao admitir em sua primeira decisão sobre a matéria a instituição de tributo por medida provisória, ignorando também os limites materiais implícitos na Constituição. Veja-se:

Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém registrar que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no tocante à matéria. E se a medida vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu, no caso. A MP n. 22, de 6-12-88, foi convertida na Lei n. 7.689, de 15-12-88. Não seria, portanto, pelo fato de que foi a contribuição criada originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional.⁶⁸³

Em julgado posterior, a Alta Corte Brasileira confirmou sua posição: “Tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-leis do regime ultrapassado, como sempre esta Corte entendeu.”⁶⁸⁴

Por fim, dignos de nota são os recorrentes reclamos do Min. Marco Aurélio sobre a incompatibilidade de forma e de fundo de medida provisória instituir contribuição social.⁶⁸⁵

3.2.1.2 – Ofensa ao Princípio da Anterioridade em matéria tributária

Os princípios da anterioridade, da anualidade e da não retroatividade são conexos com o já estudado princípio da legalidade, embora deste sejam autônomos, principalmente porque se referem às características temporais de que se deve revestir “a lei” que exige ou aumenta

⁶⁸² Essa doutrina bem que tentou impor limites ao Poder Executivo, condenando com veemência a edição de medida provisória em matéria tributária. Ao coro somaram-se, entre outros: Ives Gandra da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho, Ivo Dantas, Misabel de Abreu Machado Derzi, Clèmerson Merlin Clève, Sacha Calmon Navarro Coelho e Hugo de Brito Machado. Cf. OLIVEIRA, E. F. de. Op. cit., p. 251. Some-se ainda ao rol VIEIRA, José R. Op. cit., p. 293 e 295; NOBRE JÚNIOR, Edilson P. *Medidas provisórias...* p. 234; CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. P. 156-65; ÁVILA, Humberto. *Medidas...* P. 125; BORGES, Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *RDT*, n. 64, p. 192-200; CHIESA, Clélio. *Medidas...* P. 56-7; MARIOTTI, Alexandre. Op. cit., p. 85-7; DESLANDES, Rosenice; CASTRO, A. B. *Tributos x medidas...* p. 41. Também pela defesa do argumento de que medida provisória não pode instituir ou aumentar tributos: ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. P. 130.

⁶⁸³ Cf. RE 138.284-CE, acórdão publicado em 28/8/92.

⁶⁸⁴ Cf. ADIn 1.417-DF. No mesmo sentido: acórdão do AGRAG 236976/MG, publicado no *DJ* de 24/9/99 e ADIn(MC) 1.667 (*DJ* de 21/11/97).

⁶⁸⁵ Conforme seus votos proferidos na ADIn(MC) 1.659, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 21/11/97, *DJ* 8/5/98; na ADIn 1.135, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 13/8/97, *DJ* 5/12/97; na ADIn(MC) 1.610, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 28/5/97, *DJ* 5/12/97; e na ADIn(MC) 1.660, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 10/9/97, *DJ* 7/12/00.

tributo. Conforme explicação de Alberto Xavier, “o princípio da *anualidade* reporta-se à periodicidade de uma autorização de eficácia previamente conferida por lei orçamentária; o princípio da *anterioridade*, à posição temporal da lei face a um dado exercício financeiro; o princípio da *irretroatividade* à posição temporal da lei frente a um dado fato tributário.”⁶⁸⁶ De maneira geral os três princípios em epígrafe traduzem-se na exigência *nullum tributum sine lege proevia*.

A distinção entre estes três princípios, explica mais uma vez Xavier,⁶⁸⁷ dá-se pela natureza da lei a que se referem, cuidando-se de “lei orçamentária” no princípio da anualidade e de “lei tributária material” nos casos dos princípios da anterioridade e da irretroatividade. Outro critério diferenciador é a realidade quanto à qual a lei deve ser considerada prévia, sendo ela o “exercício financeiro” em relação aos princípios da anualidade e da anterioridade, e o “fato gerador” no que se refere ao princípio da irretroatividade.

Como já foi referido na abertura deste subitem, o protagonismo na seara tributária é sempre do princípio da legalidade, donde os princípios da anterioridade e da não retroatividade adquirirão importância em função daquele, ou pelo menos em função da “legalidade”, isto é, da “lei”. É, no entanto, com estes últimos princípios que aquele primeiro consegue garantir o passado e o futuro, o que em última instância garante a segurança jurídica. Essa eficaz associação dos três princípios pode ser melhor vislumbrada no brilhante raciocínio de José Roberto Vieira:

Garantindo o passado, o **Princípio da Irretroatividade**, seja a disposição genérica - ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (artigo 5º, XXXVI) – seja a disposição tributária: ‘... é vedado... cobrar tributos... em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado’ (artigo 150, III, a). Garantindo o futuro, o **Princípio da Anterioridade**: ‘é vedado... cobrar tributos... no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’ (artigo 150, III, b).⁶⁸⁸

Neste estudo toma vulto o **princípio da anterioridade**, por ser aquele que mais visa resguardar a segurança jurídica das relações, impedindo que a lei possa reproduzir os efeitos danosos da surpresa e, com isso, preservando a previsibilidade da atuação estatal frente às liberdades de propriedade e de iniciativa dos cidadãos. Ademais, segundo José Souto Maior

⁶⁸⁶ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 3.

⁶⁸⁷ Idem.

⁶⁸⁸ Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias...* P. 60 (grifado no original).

Borges, “a anterioridade liga-se à publicidade”, donde para atingir a finalidade deste princípio “é preciso que a lei - e **não a medida provisória** – seja substancialmente publicada antes do início do exercício seguinte. Isso porque a medida provisória constitui apenas a parte inicial do processo legislativo, insuficiente para o que prescreve o princípio da anterioridade”.⁶⁸⁹

Ao tratar das limitações do poder de tributar, a Constituição Federal traz em seu art. 150 o Princípio da Não-Retroatividade (a) e o Princípio da Anterioridade (b) em matéria tributária:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; [...].

Há que observar no entanto a ressalva que o próprio Poder Constituinte Originário fez ao Princípio da **Anterioridade**, dizendo no § 1º do mesmo art. 150 que “a vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II.” Deste modo estariam **livres da obrigação de respeitar o princípio** referido os seguintes impostos instituídos pela União: o imposto sobre “importação de produtos estrangeiros” (art. 153, I), o imposto sobre “exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados” (art. 153, II), o imposto sobre “produtos industrializados” (art. 153, IV), o imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (art. 153, V), bem como aqueles que podem ser instituídos pela União “na iminência ou no caso de guerra externa”, ditos *impostos extraordinários*, “compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação” (art. 154, II). Do mesmo modo é a **anterioridade excepcionada** no caso do inciso I do art. 148 (pelo qual a União pode, mediante lei complementar, instituir empréstimos compulsórios “para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência”). Por fim a Constituição Federal de 1988 também **excepciona em parte a anterioridade**⁶⁹⁰ no seu art. 195 (que trata do financiamento da seguridade social), especificamente no seu § 6º (“As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser

⁶⁸⁹ Cf. BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da... P. 199 (grifou-se).

⁶⁹⁰ Isto porque neste caso o limite passa a ser de 90 dias e não o próximo exercício financeiro.

exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b .”) (Grifo acrescido).

A opinião deste estudo, no caso específico da “contribuição social”, é que estaria excepcionado o princípio da Anterioridade (e por esta via, precariamente a “urgência”), mas não o da Legalidade.

Boa parte da doutrina brasileira⁶⁹¹ denunciou a contradição insanável que haveria entre o necessário adiamento da eficácia e da aplicabilidade - por força do princípio da anterioridade - da lei ordinária ou da lei complementar que institui ou majora tributos, e a antecipação das mesmas pela medida provisória que veiculasse o mesmo conteúdo. Essa antecipação da eficácia e da aplicabilidade - imposta pelo concurso da relevância e da urgência -, note-se, dar-se-ia também em relação à existência da própria lei em que hipoteticamente seria convertida uma tal medida provisória. Ferir-se-ia assim o Princípio da Irretroatividade das leis, conforme já foi adiantado acima.

Também quanto a este princípio houve violações dos Presidentes da República com suas medidas provisórias.⁶⁹² Diante disto reproduz-se o apelo feito por Misabel Derzi: “Se os tribunais não rejeitarem de plano, por sua inconstitucionalidade, a adoção das medidas provisórias na instituição ou majoração de tributos, instalar-se-á um círculo vicioso sem saída, e, então, terá a Constituição Federal tudo mudado para nada mudar.”⁶⁹³

O STF julgou inconstitucional a cobrança do IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, no ano de sua instituição, alegando entre outros fundamentos a violação ao “princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte”.⁶⁹⁴ Fez valer assim a tese de que a vigência imediata da medida provisória é antinômica com o diferimento dos efeitos da lei tributária, decorrente do princípio da anterioridade.

Porém mais recentemente, e especificamente no que diz respeito à “contribuição social”, tem decidido o STF não só pela sua instituição via medida provisória, como também

⁶⁹¹ Cf. DERZI, Misabel. Medidas provisórias – sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. *RDT*, 45:132-5 (Cumprе ressaltar que este foi o pioneiro estudo sobre a matéria); CARVALHO, Paulo de B. Medidas provisórias. *RDP*, n. 97, p. 42; BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória... Op. cit., p. 196; GRAU, E. R. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *RT*, n. 658, p. 241.

⁶⁹² Vejam-se os exemplos das MPs referidas na nota de rodapé número 671, neste capítulo. Ademais, dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário revelam o alto índice (em torno a 30%) de normas em matéria tributária no total de normas editadas no âmbito federal. Pelas análises do instituto, utilizando o critério dias úteis, não passa sequer um dia sem o surgimento de uma nova norma federal que se refira a tributos. Informações disponíveis em: <<http://www.Ibpt.org.br>>. Acesso em: 14 set. 2001.

⁶⁹³ Cf. DERZI, M. Op. cit., p. 130-41.

⁶⁹⁴ Cf. Acórdão proferido na ADIn 939-DF, *DJU* de 18 de março de 1994.

admitido que o prazo de 90 dias conta da publicação da primeira MP, e não da sua lei de conversão, o que remete irremediavelmente à aplicação diferida das disposições da medida provisória.⁶⁹⁵

3.2.1.3 - Ofensa ao Princípio da Justiça Social ou à vocação social do Estado de Direito Brasileiro

Há uma configuração ditada para o Estado Brasileiro em seu texto constitucional. Por determinação do constituinte originário, que em tese fundou, constituiu este Estado, a conformação dada foi a de um Estado Democrático e Social de Direito, pela interpenetração das ordens “social” e “econômica” que apresenta.

José Roberto Vieira, embora admita não serem “poucos os constitucionalistas, e bons, que vêm na expressão do legislador maior brasileiro - ‘*Estado Democrático de Direito*’ (artigo 1º) - tão somente a conjunção das idéias de Estado de Direito e de Democracia”, considera melhor, “por mais adequado sistematicamente, vê-la como resultado da confluência das noções de Estado de Direito e Estado Social, na igualmente boa esteira de outros juristas.”⁶⁹⁶

Clèmerson Clève lembra que a Constituição de 1988 manteve a opção do Brasil de assumir a “fisionomia do Estado Social”, inicialmente demarcada em 1934. Para o constitucionalista, ademais, neste particular a questão nominal do Estado pouco importa.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Cf. RE 181.664, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 19/2/97, *DJ* 19/2/97; RE 197.790, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 19/2/97; RE 232.526/MG, *DJ* 10/3/00; RE 247.243, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 16/11/99, *DJ* 14/4/00.

⁶⁹⁶ Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias em matéria...* P. 120. Nesta última plêiade de juristas o autor refere: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. P. 105-7; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. P. 297-9; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. P. 39-40; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. P. 54-9, e *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. P. 9-10. Acresça-se a este rol Flávia Piovesan, que também conclui ter a CF/88 optado por um Estado de Bem-Estar Social, Intervencionista, caracterizando-se a Constituição como “aberta e dirigente”. Cf. PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. P. 68.

⁶⁹⁷ Cf. CLÈVE, C. M. Com efeito, para o autor a noção de Estado Social da CF/88 é a mesma de tantas outras Constituições contemporâneas, não importando sejam os nomes jurídicos diferentes. “É o Estado que procura conciliar os postulados oferecidos pelo constitucionalismo com a preocupação social. Pode ser chamado de Estado de Direito Democrático, como em Portugal (art. 2º da Constituição da República portuguesa), ou de Estado Social e Democrático de Direito, como na Espanha (art. 1º da Constituição espanhola), ou de Estado de Direito Democrático e Social, como na Alemanha (art. 28, I, da Lei Fundamental de Bonn), ou de Estado Democrático de Direito, como no Brasil (art. 1º da CF).” Cf. *A atividade legislativa do Poder Executivo*. P. 41-2.

Esta feição de Estado Social pode – e, conforme Eros Roberto Grau, deve - ser obtida da confluência interpretativa de três artigos do texto constitucional de 1988, vistos de maneira sistemática. São eles:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político. [...].

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...].

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades sociais e regionais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [...].

Acresça-se que Eros Grau defende o caráter inquestionavelmente normativo do preceito do artigo 170.⁶⁹⁸ Esta normatividade também está presente na análise de Canotilho quando se refere a dispositivos similares na Constituição de Portugal, mais especificamente ao “princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático”.⁶⁹⁹

Recolhendo o magistério de Canotilho, no Brasil José Afonso da Silva definiu o **Princípio da Justiça Social** como sendo aquele referido no *caput* do art. 170 e no art. 193, “como princípio da ordem econômica e da ordem social” pelo qual a Constituição, ainda que timidamente, direciona-se para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica.”⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 51.

⁶⁹⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. Op. cit., p. 1.092.

⁷⁰⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito...* Op. cit., p. 123.

Esta é a verdadeira vocação do Estado Brasileiro. Sem interpretar isso como sendo um “objetivo de transição para o socialismo”, como poderia sugerir a inspiração da Constituição Portuguesa de 1976, onde o constituinte brasileiro foi buscar muitos institutos,⁷⁰¹ o significado das expressões “democrático” e “social” deveria ser respeitado por quem realiza a atividade estatal, ou seja, pelos três poderes constituídos, especificamente o Poder Executivo. E o significado brotado da interpretação sistemática da Constituição revela uma orientação do Estado para o que seria um Estado de Bem Estar-Social, nos moldes dos Estados europeus. Este modelo nunca chegou a vigir no Brasil, malgrado algum período da longa experiência getulista na condução do poder estatal. Então tem-se a orientação para um Estado com características de *Welfare*, não importando que grande parte das nações do mundo esteja agora guinando para o neoliberalismo.

Ocorre que os dois mais recentes Presidentes da República do Brasil, ao querer ser “modernos”,⁷⁰² acompanhar o modismo neoliberal ou, mais do que isso, ter de ir atrás de um modelo de Estado ditado pelos financiadores dos planos econômicos que eles internamente planejam e executam,⁷⁰³ traíram explícita e veementemente o compromisso de ação ditado ao Estado pelo texto constitucional, quer dizer, pela soberania popular. Muitas dessas “iniciativas” de cunho neoliberal foram empreendidas por medidas provisórias (como é o

⁷⁰¹ Conforme o sentido da análise de Manuel Gonçalves Ferreira Filho ao anteprojeto dos “notáveis” à Assembléia Constituinte de 1987. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O anteprojeto dos notáveis*. P. 4. De outro ponto de vista, a análise de Eros Grau elucida que “o capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, *social*.” Portanto, longe de o modelo econômico constitucional de 1988 querer enveredar para o “socialismo”, quis antes justamente assegurar a manutenção do “capitalismo”. Veja-se: “A introdução, no nível constitucional, de disposições específicas, atinentes à conformação da ordem econômica (mundo do ser), não consubstancia, em rigor, uma ruptura dela. Antes, pelo contrário, expressa [...] o desígnio de se aprimorar, tendo-se em vista a sua defesa. A ordem econômica (mundo do dever ser) capitalista, ainda que se qualifique como *intervencionista*, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição *social*, que lhe é atribuída, a qual, longe de desnudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico.” Cf. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 58.

⁷⁰² Toma-se o termo “modernos” como lugar-comum, conforme Marilena Chauí: “Fala-se em partido moderno, prefeitura moderna, universidade moderna, exploração moderna da terra, legislação moderna. Moderno é tomado como ‘bom em si’ porque moderno oferece-se como sinônimo de racional. Seu contraponto é o tradicional, o arcaico, isto é, o ‘irracional’”. Cf. CHAUI, Marilena. O moderno como ideologia. *Folha de São Paulo*, 21 out. 1985. P. 2. Aluísio Surgik aproveitou a lição da filósofa para concluir: “É evidente que o chamado Executivo forte, como sinônimo de Executivo moderno, é uma das manifestações desta retórica que visa a enaltecer o Poder Executivo em detrimento dos outros dois, para colocá-los sob sua dependência.” Cf. SURGIK, Aloísio. O Judiciário e o povo. In: LYRA, D. Araujo (Org.). *Desordem e processo...* Op. cit., p. 115-6 (grifos originais).

⁷⁰³ Pesquisa realizada pelo jornal Folha de São Paulo demonstrou que do total de medidas provisórias, 58,4% foi sobre assuntos econômicos. Cf. Governo FHC editou 86% das medidas provisórias. *Folha de São Paulo*, 7 de janeiro de 2001. C. A, p. 8.

exemplo da MP nº 2071-31, dispondo sobre o “Programa Nacional de Desestatização”).⁷⁰⁴ Veja-se, em sentido conexo, a análise de Nina Ranieri a respeito de a tese da “governabilidade” justificar o uso avolumado de MPs: “Desde o final de 1988 as MPs têm-se apresentado como o principal meio de formulação e implantação de políticas de estabilização econômica e das normas administrativas e sociais àquelas complementares.”⁷⁰⁵

Análise de Jorge Vianna Monteiro aponta que nos anos noventa do último século o mecanismo da edição de medidas provisórias revelou uma crescente transferência de poder da legislatura para os burocratas governamentais. Isso configurou uma substancial “abdicção de poder decisório do Legislativo”, principalmente no que diz respeito à política econômica, processo que atingiu seu auge no período 1993/94, com a implementação da política de estabilização de preços. Instrumento estratégico do Executivo, a MP representou o recurso que caracterizou o que a “teoria das escolhas coletivas” rotula como “poder de propor”. Este, por sua vez, atuou como verdadeira “âncora institucional” dos programas de estabilização econômica empreendidos pelo governo no período mencionado. O autor faz notar que essa opção de estratégia econômica tem um “elevado custo social: o aumento da instabilidade institucional em que opera a economia brasileira”, sendo a dimensão mais objetiva dessa instabilidade encontrada na “deteriorização do sistema de separação de poderes”.⁷⁰⁶

Veja-se a síntese crítica de Rosenice Deslandes e Alexandre Castro a respeito: “No Brasil de hoje, procura-se resolver problemas econômicos com a prepotência do intervencionismo desenfreado, mediante mecanismos compulsórios que terminam por levar a sociedade a arcar com o ônus de financiar a extravagância e a incompetência oficial.”⁷⁰⁷

⁷⁰⁴ Várias outras MPs veicularam assuntos ligados a esse vasto tema, tais como: a MP 26 (DOU de 16/1/89 – um dos poucos casos de rejeição, esta medida autorizava “a privatização de empresas estatais”), a MP 157 (DOU de 16/3/90 – “Criação de Certificados de Privatização”) e a MP 299 (DOU de 2/10/91), que dispuseram sobre desestatização; a MP 155 (DOU de 16/3/90); a MP 1481-52 (DOU de 11/8/97 e edições anteriores); a MP 1580-8 (DOU de 6/3/98 e edições anteriores); a MP 1613-07 (DOU de 30/4/98 e edições anteriores) e a MP 1942-21 (DOU de 24/8/00 e edições anteriores), todas igualmente dispondo sobre o “Programa Nacional de Desestatização”. Ressalte-se que a MP nº 1580-8 autorizou a Centrais Elétricas Brasileiras S/A (ELETROBRÁS) e a União a comprarem ações das Companhias Elétricas de Alagoas (Ceal), do Piauí (Cepisa), de Rondônia (Ceron) e do Acre (Eletroacre) visando incluí-las no Programa Nacional de Desestatização (PND), quer dizer, prepará-las para a privatização.

⁷⁰⁵ Cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Governabilidade e Estado Democrático de Direito - o uso e o controle das medidas provisórias. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil*. P. 121 e ss.

⁷⁰⁶ Cf. MONTEIRO, Jorge Vianna. O poder de propor: ou, a economia das medidas provisórias. *Revista de Administração Pública*, n. 3, p. 60.

⁷⁰⁷ Cf. DESLANDES, R; CASTRO, A. B. Op. cit., p. 61.

Neste sentido soma-se a reflexão de Sérgio Cademartori, que alerta para um problema que poderia ser nomeado como o da invasão do Estado de Direito pelo economicismo dos governos. Para o autor, constata-se hoje “um processo de colonização do discurso jurídico por um outro discurso de corte economicista, o qual impõe uma subordinação dos direitos individuais e coletivos à eficácia de planos econômicos, promovida por governos que têm como padrão de legitimidade a eficácia no domínio econômico.”⁷⁰⁸ Diz ainda o autor, seguindo Luigi Ferrajoli:

A carência de limites para o poder econômico e para o poder político equivalem a formas absolutistas perigosamente convergentes que contradizem o paradigma do Estado Constitucional de Direito, provocando uma regressão pré-moderna à lei do mais forte. Com efeito, de um lado essas duas formas de absolutismo apresentam-se como contestação à legalidade e às normas, que são desqualificadas como freios inúteis ao decisionismo governamental e ao desenvolvimento produtivo. De outro lado, **absolutismo da maioria e absolutismo de mercado, somados à desqualificação da política, da esfera pública e do Estado social**, resolvem-se numa ruptura do pacto constitucional fundado na tutela da igualdade e na satisfação dos direitos vitais de todos e particularmente dos sujeitos mais fracos.⁷⁰⁹

Parece que o Congresso Nacional se deu conta do perigo representado pela direta e desmedida ingerência do Poder Executivo no tema da dita reforma econômica, fixando-lhe limites pela proibição inscrita na Emenda Constitucional Nº 6 (aquela que em 1995 acresceu o artigo 246 à Constituição Federal). Na leitura de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esta proibição teve sobretudo “a finalidade de sujeitar à prévia manifestação do Legislativo qualquer das **medidas de desestatização e liberação da economia**, contra as quais há forte e renitente resistência.”⁷¹⁰

Para ter-se uma exata compreensão dessa ofensa à fundamental vocação do Estado Brasileiro faz-se importante ter presente a diferença que há entre as noções de Governo (Poder Executivo) e Estado, normalmente confundidas pelo senso comum e até por alguns integrantes dos poderes constituídos. Neste sentido Hermann Heller proferiu salutar lição:

⁷⁰⁸ Cf. CADEMARTORI, S. *Estado de Direito...* Op. cit., p. 12. Em sua obra, o autor apresenta o “garantismo” como instrumental teórico para o que diz ser a “única atitude coerente com uma postura **verdadeiramente democrática** para juristas e cidadãos, num momento em que o vento ‘neoliberal’, em nome de mudanças e da idéia de progresso, quer varrer as conquistas da razão iluminista no campo político, apresentando-se como ‘o novo’: uma atitude conservadora, qual seja, a de lutar pelo Estado Constitucional de Direito como obra construída durante séculos pela tarefa civilizatória da Sociedade ocidental.” Ibidem, p. 180 (grifou-se).

⁷⁰⁹ Cf. CADEMARTORI, S. *Estado de Direito...* Op. cit., p. 180 (grifou-se).

⁷¹⁰ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *As medidas provisórias no sistema...* Op. cit., p. 464 (grifou-se).

Os erros mais generalizados do pensamento político procedem de que se confunde o núcleo de poder que realiza positivamente o poder estatal com o próprio Estado. Do fato, certamente exato, de que o Estado se apóia nesse núcleo de poder, se extrai a falsa consequência de que este núcleo de poder 'é' o Estado. Este sofisma está na base de todas as inadmissíveis concepções que confundem o Estado com seu Governo e o poder do Estado com o poder do Governo.⁷¹¹

Assim, o Governo, Poder Executivo, **não é** o Estado na conformação específica que este possui em cada ordenamento positivo-constitucional. Não sendo a mesma coisa, portanto, o Governo e o Estado, seria de indagar: quando ambos possuem orientações essencialmente diversas, qual tem mais importância? Um Governo – transitório - ou o próprio Estado, que se entenda deva permanecer exatamente como prescrito pelo constituinte originário? Um programa de um governo específico tem mais valor do que uma orientação constitucional dada ao Estado? Acredita-se que não, até porque a conformação deste, enquanto faceta do Poder Executivo, também foi dada pelo mesmo constituinte originário. Logo, é inaceitável que um programa de governo, enveredando o país para um caminho oposto àquele traçado pela Constituição, possa valer mais do que esta. E ante o argumento, que fatalmente seria oposto a este entendimento, de que nesta altura de desenvolvimento da instituição Estado seria um anacronismo, um sinal de atraso, tentar-se implementar um *Welfare State*, haveria que responder simplesmente que nunca se teve verdadeiramente no Brasil um tal Estado, enquanto que grande parte dos demais países que hoje encampam o Estado Neoliberal já tiveram em seu dia os benefícios de um estado de cunho social, incluindo os EUA, como foi visto em outro capítulo. Não que obrigatoriamente todos os Estados tenham que passar pelas mesmas fases em seu desenvolvimento histórico (veja-se o caso da União Soviética, que pulou a fase do Estado capitalista, passando diretamente de um Estado feudal para um Estado socialista), nem se deva imaginar que a implementação de um Estado Social no Brasil resolveria seus problemas, até porque um Estado Social de Direito também apresenta insuficiências.⁷¹² No entanto, o que importa salientar é que no caso brasileiro a **opção constituinte** foi essa, não importando também que tal opção tenha sido feita de maneira trivial, proclamando apenas “um certo afã retórico pelo social”, na expressão de Elías Díaz.⁷¹³

Conforme Ricardo Lobo Torres, a Constituição de 1988 “levou ao paroxismo o Estado-Providência, assimilando os direitos sociais (art. 7º) aos fundamentais (5º),

⁷¹¹ Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 267.

⁷¹² Cf. DÍAZ, Elías. Op. cit., p. 109.

⁷¹³ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 104.

expandindo o elenco de normas tendentes a ampliar a intervenção nos domínios social e econômico”. Segundo esse autor a Constituição de 1988 é “tipicamente intervencionista”.⁷¹⁴ Apesar disso o mesmo autor admite que o novo modelo constitucional entrou em rápida deterioração, eis que já a partir de 1990 começaram a surgir projetos para a modificação do seu texto.

Também Eros Roberto Grau interpretou a Constituição de 1988 como definidora de “um modelo econômico de bem-estar”.⁷¹⁵

Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto foi anunciado no seu art. 170, **não pode ser ignorado pelo Poder Executivo**, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.

Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso, como se tem pretendido. A incompatibilidade entre qualquer um deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de **inconstitucionalidade**, institucional e/ou normativa.

Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo, poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição.⁷¹⁶

De resto, afirmou o autor que o “programa de governo neoliberal, introduzido por Collor e retomado por Fernando Henrique”, é incompatível com a Constituição. Ao analisar a política neoliberal de privatizações das empresas estatais implementada pelo governo Fernando Henrique, disse ser a mesma “incompatível com os fundamentos do Brasil, afirmados no art. 3º da Constituição de 1988, e com a norma veiculada pelo seu art. 170.”⁷¹⁷

Daí que, para Eros Grau, a substituição do modelo econômico de bem-estar consagrado na Constituição por outro (neoliberal) não poderá ser efetivada sub-repticiamente, isto é, sem a prévia alteração dos preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170.

Paulo Bonavides é outro publicista muito preocupado com a sorte da atual Constituição Brasileira, eis que para ele a ordem constitucional nunca esteve “tão quebrantada, tão desfalecida” como neste entremeio de séculos. “À fé púnica dos globalizadores neoliberais opõe-se o humanismo do Estado Social e sua filosofia do bem

⁷¹⁴ Cf. TORRES, R. L. Op. cit., p. 322.

⁷¹⁵ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 37.

⁷¹⁶ Ibidem (com grifos acrescidos).

⁷¹⁷ Cf. GRAU, E. R. Op. cit., p. 36.

comum e do poder legítimo.”⁷¹⁸ Esse Estado Social, gerado no constitucionalismo de inspiração weimariana e aperfeiçoado nas Constituições subseqüentes à Segunda Guerra Mundial, possui na versão brasileira como “inimigo mortal o neoliberalismo e seu modelo de globalização”, que lhe desfere o que ele denomina de “**golpe de Estado institucional**”.⁷¹⁹

Portanto, se se quisesse salvaguardar o Estado⁷²⁰ tal como conformado na Constituição Federal de 1988, parece que as possíveis saídas seriam três, todas diretamente relacionadas aos Presidentes da República: ou se condenasse, pela via do controle de constitucionalidade, o conteúdo dos atos legislativos (como privatizações), sobretudo das medidas provisórias, que levaram a cabo suas cruzadas neoliberais, indo em direção oposta à identidade do Estado; ou se os apeassem do governo por desrespeito à Constituição, pela via do *impeachment*;⁷²¹ ou se

⁷¹⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial... Op. cit., p. 13.

⁷¹⁹ O autor diz que desde a terceira década do século XX o constitucionalismo brasileiro vem se voltando para a construção de um País “**atado aos princípios do Estado social**”, cuja linha jurídica de propósitos fundamentais encontra-se enunciada em síntese no art. 1º da CF/88. A prevalência do argumento social a partir de 1934 e os frutos dele resultados e incorporados nas leis trabalhistas foram conservados e protegidos por todas as Constituições Brasileiras desde 1946, mas “sua negação recente ocorre por obra de um reacionarismo desestruturante do quadro institucional e ostentado pelas correntes neoliberais. Em nome da fé na globalização propõe-se um capitalismo de última geração que, ao mesmo passo, desfere, em silêncio, o que denominamos **golpe de Estado institucional**. Golpe muito mais devastador e funesto que o do modelo clássico e tradicional - sem tanques nas ruas, sem interdição dos veículos de opinião, sem fechamento das Casas do Congresso -, mas que se serve justamente desses meios para coagir a Nação, anestesiá-la a sociedade, paralisá-la os nervos, calar a reação popular e sufocar a consciência do País. O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos, mas regimes, não entende com pessoas mas com valores, não busca direitos mas privilégios, não invade poderes mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas **intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão**, seguindo, assim, à risca, receita prescrita pelo neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do País ao *status* de colônia, numa marcha sem retorno.” Cf. BONAVIDES, P. Do país constitucional... Op. cit., pp. 14, 15 e 16 (grifou-se).

⁷²⁰ E defender a conformação social do Estado é necessário porque, se em todos os países latino-americanos a democracia de corte liberal e representativa foi o caminho para superar as ditaduras dos anos sessenta e setenta do século passado, em geral este conceito de democracia deve ser complementado com o adjetivo “social”. Veja-se o porquê no estudo de Wilhelm Hofmeister: “Isso significa que a democracia se concebe, em primeiro termo, como sistema destinado a concretizar a liberdade individual, o respeito dos direitos humanos e as oportunidades de participação. No entanto, ao mesmo tempo, este conceito está acompanhado da expectativa que um sistema deste tipo também deve introduzir considerações sociais que permitam superar a pobreza e os antagonismos sociais. **Se as democracias não demonstram ser capazes de lograr este objetivo, é possível que a médio prazo isso termine por desvalorizar a idéia de democracia.**” Cf. HOFMEISTER, W. Transformación de los sistemas políticos en América Latina: resumen de las experiencias y conclusiones en el marco de la cooperación internacional. In: HOFMEISTER, W.; THESING, J. (Edit.). *Transformación de los sistemas políticos en América Latina*. P. 441.

⁷²¹ Veja-se neste sentido declaração do Ministro José Celso de Mello Filho, pouco antes de assumir a Presidência do STF: “O uso abusivo das medidas provisórias deveria caracterizar, nos termos de lei a ser editada, **crime de responsabilidade** do Presidente da República. Com isso se legitimaria a **instauração do processo de impeachment**, para permitir a sua destituição constitucional do poder. É preciso ter presente que a medida provisória, bem ou mal, é um mecanismo que deve ser exercido com parcimônia dentro dos limites da Constituição.” Cf. A LEI É O LIMITE [entrevista]. *Veja*, p. 10, 5 de março de 1997 (grifou-se).

modificasse a conformação do Estado no texto constitucional. O que importa frisar é que pela maneira como estavam dispostos o instituto e as atribuições do Poder Executivo na Constituição, e pelo universalizado entendimento de conceitos básicos de Direito Constitucional e mesmo de Ciência Política, tornavam-se inadmissíveis as tão contraditórias atuações do Poder Executivo.

3.2.1.4 - A violação do Princípio-Garantia da Proteção Jurídica

Este é outro princípio básico da idéia de Estado de Direito, significando que todos devem ter direito à possibilidade de obter seus direitos pela via judicial, ou de pelo menos recorrer à Justiça, isto é, ao Poder Judiciário. Assim, não se trata apenas da proteção ante um ato de arbitrariedade do Estado, mas mais do que isso, trata-se da própria proteção que deve ser provida, assegurada pelo Estado. Outros nomes pelos quais é conhecido o princípio acima são “Princípio da Inafastabilidade da apreciação judiciária”, “Princípio da Universalidade da Jurisdição”⁷²² e “Princípio do Acesso ao Direito e aos Tribunais”, este conforme Canotilho. Pela disposição da Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental, um “princípio-garantia” (inscrito no inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), protegido portanto contra ataques em sua letra e essência pelas “cláusulas pétreas”, conforme determina o art. 60, § 4º, inciso IV do mesmo texto constitucional.

Por medida provisória procurou-se intimidar as pessoas a fazerem uso deste direito, sugerindo que no caso do “apagão” (como ficou conhecida a crise da energia elétrica no Brasil), quem fizesse uso dele, recorrendo ao Judiciário contra as medidas de racionamento de energia elétrica (que incluíam a ameaça de cobrança de uma sobretaxa aos consumidores que não cumprissem a meta de redução no consumo, bem como ainda cortes no fornecimento da própria energia), iria “ganhar de presente o apagão”.⁷²³ Esses comentários oficiais originaram-

⁷²² Esta a terminologia empregada por FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios de proteção ao contribuinte: princípio de segurança jurídica. *RDT*, n. 47, p. 57-8.

⁷²³ Assim foram comentadas por vários juristas as declarações de David Zylbersztajn (membro da Câmara da Crise de Energia e Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo) de que quem fosse à Justiça contra o racionamento iria “ganhar o apagão”: “Truculento e autoritário. Ninguém pode ser punido por recorrer à Justiça” (Plínio José Marafon). “É um desatino. O diretor da ANP perdeu a capacidade de raciocinar. Mostra que o governo está frontalmente contra uma das principais garantias do Estado de Direito, que é o recurso ao Judiciário” (Fábio Konder Comparato). “Uma manifestação insolente, de um prepotente. Todo cidadão tem o direito de ir à Justiça, e qualquer governo civilizado tem de aceitar isso” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho). “Ironizar e tentar chantagear os juizes são métodos ilegítimos e antidemocráticos” (Fábio Dino, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil). “Uma fanfarronice. Mas, quando a União se tornar ré, no curso do processo, esse tipo de afirmação pode ser qualificada como coação” (João Piza). Cf. *Folha de São Paulo*, 23 de maio de 2001. C. B, p. 12.

se de disposições que constavam nas Medidas Provisórias nº 2.147 e nº 2.148-1, ambas de maio de 2001, bem como na Resolução nº 4, de 22 de maio de 2001, da “Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica”, destinando-se à população de 17 Estados da Federação, bem como do Distrito Federal.⁷²⁴ Afora isso, quando começaram a aparecer medidas liminares concedidas pelo Poder Judiciário dos Estados, protegendo os usuários que ingressavam na Justiça contra a sobretaxa da energia elétrica, a Advocacia-Geral da União rapidamente articulou a transferência de tais ações, inicialmente movidas no âmbito da Justiça dos Estados, para a esfera da Justiça Federal,⁷²⁵ com fins explícitos de facilitar a defesa dos interesses da União. Ocorre que, pela via inversa, a mudança do canal da contestação judicial significou também dificultar o acesso dos descontentes ao Judiciário, eis que por ser a Justiça Federal mais especializada, não está presente em todas as Comarcas do País.

Ora, isso foi uma clara tentativa de cerceamento do exercício de tal direito pelos seus titulares, merecendo a indignação de inúmeros juristas, conforme já foi referido na nota de pé de página número 723. Afora isso, juristas também manifestaram-se quanto à possibilidade de a aludida sobretaxa na verdade configurar um confisco.⁷²⁶ Deste modo, as referidas medidas provisórias significaram claro desrespeito ao Estado de Direito, a começar por terem restringido o uso do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em ações contra a GCE - Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (o que foi feito na primeira reedição da medida provisória - MP nº 2.148-1 - criadora desta Câmara, conforme já foi esclarecido em item *supra*).⁷²⁷ Para além disso, fugiam ao requisito da “urgência” e feriam o **Princípio da**

⁷²⁴ Cf. *Folha de São Paulo*, 23 de maio de 2001. C. B, p. 2.

⁷²⁵ A medida provisória em comento (MP nº 2.147, de 15/5/2001), em sua versão originária, não continha tal dispositivo, o qual lhe foi somado no sétimo dia de sua entrada em vigor, por obra da sua substituta, a MP nº 2.148-1 (de 22/5/2001), com o acréscimo do art. 24, nos seguintes termos: “A União, na qualidade de poder concedente, e a ANEEL, na qualidade de agência reguladora do setor de energia elétrica, serão **citadas como litisconsortes passivos em todas as ações judiciais** em que se pretenda obstar ou impedir, em razão da aplicação desta Medida Provisória e da execução de normas e decisões da GCE, a suspensão ou interrupção do fornecimento de energia elétrica, a cobrança de tarifas ou a aquisição de energia ao preço praticado no MAE.” Cf. texto da Medida Provisória (com grifos acrescidos).

⁷²⁶ É o caso de Eros Roberto Grau, que, ao se referir ao destino que seria dado ao dinheiro a ser recolhido pela aludida sobretaxa, explicou: “Se ficar com o governo, pode chegar a configurar um confisco. Se ficar com a concessionária [fornecedora da energia elétrica], fica evidente o rompimento do princípio da modicidade da tarifa”. Cf. *Folha de São Paulo*, 23 de maio de 2001. C. B, p. 12.

⁷²⁷ Veja-se nota de rodapé n. 483, *supra*. A parte da medida provisória criadora da GCE (art. 25), a qual afastava a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (leia-se “desativou-o” para o caso específico) foi considerada inconstitucional pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No mesmo sentido manifestaram-se alguns ministros do STF, para os quais a alteração feita na medida provisória em 22 de maio de 2001 feria três artigos da Constituição (dois deles que asseguram a proteção dos direitos dos consumidores e o terceiro que garante acesso irrestrito dos cidadãos à Justiça): “Se for para afastar esses direitos, vamos partir direto para o Estado de Defesa. Aí o governo terá que submeter a decretação ao Congresso – disse um Ministro.” Cf. *O Globo*, 25 de maio de 2001. P. 26. Já o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil considerou essa medida provisória “um cheque em branco para o governo legislar sobre matérias penal e tributária.” Comparou ainda a medida provisória “ao Ato Institucional nº 1, de 1964, que impedia a contestação das medidas do Comando Revolucionário na Justiça”. *Idem*.

Igualdade ao criar distinções entre os usuários. Tão grave foi a afronta à Constituição que o próprio Poder Executivo resolveu voltar atrás, reeditando mais uma vez a referida Medida Provisória, em 27/7/2001 (sob o nº 2.198-4), tendo nela modificado a parte do texto que o fazia incorrer numa explícita inconstitucionalidade.⁷²⁸ Esta era de tamanha proporção que sequer o Poder Constituído Revisor poderia tocar em tal matéria. Sofreu o Presidente da República, de todos os modos, o desgaste de ter “revogado” o Código de Defesa do Consumidor nessa crise energética, tendo que recuar alguns dias depois (a MP nº 2.152-2 não repetiu o art. 25 que havia sido inserido na MP nº 2.148-1). Para finalizar o episódio, em que pese os dois referidos recuos do Poder Executivo, a Advocacia-Geral da União entrou diretamente no Supremo Tribunal Federal com um pedido de “declaração de constitucionalidade” da medida provisória causadora de tanta controvérsia (a MP nº 2.152-2), visando o específico aval do STF para os cortes e a cobrança de sobretaxa de energia elétrica, tendo surpreendentemente⁷²⁹ logrado êxito.

Por ter tocado de maneira lesiva vários princípios inerentes ao Estado de Direito, viu-se que o episódio do “apagão” quase que “apagou o próprio Estado de Direito”, tendo-se estado na iminência de um “apagão jurídico”, catapultado pela tentativa de constrangimento jurídico do exercício de vários direitos inerentes à cidadania.

Pode-se citar outro significativo exemplo de desrespeito ostensivo à garantia constitucional da Proteção Jurídica. Deu-se com a MP 1.570, que praticamente desobrigou o governo federal de cumprir decisões judiciais provisórias relativas ao pagamento imediato do reajuste salarial de 28,86% ao funcionalismo civil do Poder Executivo, índice este que já havia sido concedido aos servidores do Judiciário e do Legislativo. A MP veio em resposta à decisão do STF (de 19/2/97) de estender aquele reajuste a onze servidores civis do Executivo, e criou um conflito deste com o Judiciário. Referida MP restringiu a natureza preventiva, tutelar, do Mandado de Segurança,⁷³⁰ justo a sua principal característica. Com efeito a liminar em Mandado de Segurança é imediatamente concedida se caracterizado o *fumus boni iuris*,

⁷²⁸ O texto do mesmo art. 24 antes transcrito ficou assim: “Caso a comarca em que domiciliado o interessado não seja sede de vara do juízo federal, as ações em que se pretenda obstar ou impedir, em razão da aplicação desta Medida Provisória e da execução de normas e decisões da GCE, a suspensão ou interrupção do fornecimento de energia elétrica, a cobrança de tarifas ou a aquisição de energia ao preço praticado no MAE **poderão, sem prejuízo da citação obrigatória da União e da ANEEL, ser propostas na justiça estadual**, cabendo recurso para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.” (Grifou-se).

⁷²⁹ Vejam-se comentários a respeito desta ação, a ADC Nº 9, na nota de rodapé n. 1024, *infra*.

⁷³⁰ Em seu art. 1º a MP dizia: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos artigos 5º e seu parágrafo único e 7º da lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964 [...]”. A referida Lei nº 4.348/64 “estabelece normas processuais relativas ao mandado de segurança”. Seu art. 5º prevê: “Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. § Único: Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.” Já seu art. 7º diz: “O recurso voluntário ou ‘ex officio’, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.” Cf. LEX – Coletânea de Legislação, São Paulo, ano XXVIII, Tomo II, p. 500, 1964.

sob pena de lesão irreparável de direito. Pois com o impedimento de concessões de liminares que pudessem reconhecer direitos salariais de servidores públicos civis (o que só seria possível se os postulantes depositassem prévia caução)⁷³¹ o Poder Executivo legislou sobre matéria que não lhe competia, qual seja, o direito individual de dispor do mandado de segurança com todas suas inerentes características. Mas mais do que ter legislado impropriamente, o Executivo com isso restringiu, dificultou aos destinatários da referida MP o acesso e o logro dos direitos em causa. Neste sentido manifestou-se o próprio Min. Carlos Velloso: “Considero inconstitucional a lei ou medida provisória que suprime liminar, porque essa lei ou medida provisória torna letra morta a ação constitucional do mandado de segurança, que é muito mais do que uma simples ação sob o ponto de vista processual, porque é ação constitucional, é garantia constitucional de direito individual.”⁷³²

3.2.2 – Ofensas causadas pela prática exacerbada ou pelo uso indiscriminado: a violação do “princípio da proibição do excesso”

Ao longo dos treze primeiros anos de vigência do instituto as medidas provisórias nasciam da noite para o dia. Poder-se-ia dizer "brotavam", tão desenfreada era a maneira e o volume com que eram produzidas. Atingiam uma velocidade recorde em relação ao processo legislativo, numericamente sobrepondo em muito o índice de leis ordinárias criadas pelo Congresso Nacional (em média representaram mais do que o dobro, mas houve um ano em que chegaram a representar 84%).⁷³³ Assim, o que era para ser uma exceção, virou regra. De

⁷³¹ Toshio Mukai assim reagiu contra essa exigência: “Ora, o condicionamento do ingresso na via judicial pelo cidadão, ao depósito ou caução prévia, de há muito foi banido dos executivos fiscais e até mesmo da legislação tributária de nível administrativo, em função de ter o STF declarado inconstitucional tal medida. Agora, a MP nº 1.570 ressuscita a idéia, para outros fins, desconhecendo totalmente a Constituição Federal e aquele precedente jurisprudencial.” Cf. MUKAI, T. Medida provisória nº 1.570 é inconstitucional. *Correio Braziliense*, 22 de abril de 1997.

⁷³² Apud PADOVESE, Ricardo Campos. Op. cit., p. 176. Já o juiz Tourinho Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tão logo tomou conhecimento da MP 1.570 conclamou os juizes e a sociedade a se rebelarem contra abusos por parte do governo FHC na edição de MPs. “É preciso que todos nós nos rebelemos contra esse pendor ditatorial do Executivo”, disse. Ao referir-se especificamente à MP 1.570 declarou: “Essa MP é uma afronta ao Judiciário.” Cf. JUIZ QUER REBELIÃO CONTRA ‘PENDOR DITATORIAL’. *Folha de São Paulo*, 1º abril 1997. C. 1, p. 11.

⁷³³ Vide dados do Quadro Nº 2, na p. 286, que contempla também as Leis Complementares ao lado das Leis Ordinárias. Analisem-se também os dados apresentados por José Roberto Vieira, que demonstram a relação número/percentual apenas entre leis ordinárias e medidas provisórias, desmembrando as informações por ano de governo. Assim: Em 1988 foram publicadas 41 leis (73%) e editadas 15 MPs (27%); em 1989 foram 276 leis (73%) e 103 MPs (27%); em 1990 foram 166 leis (50%) e 163 MPs (50%); em 1991 foram 237 leis (94%) e 11 MPs (6%); em 1992 foram 223 leis (96%) e 10 MPs (4%); em 1993 foram 225 leis (70%) e 96 MPs (30%); em 1994 foram 131 leis (76%) e 76 MPs (24%); em 1995 foram 281 leis (39%) e 437 MPs (61%); em 1996 foram 177 leis (21%) e 649 MPs (79%); em 1997 foram 169 leis (19%) e 720 MPs (81%); e em 1998, até 4 de outubro, foram 100 leis (16%) e 508 MPs (84%). Estes dados são alarmantes por si próprios, mas também assustam se comparados com os exemplos espanhol e italiano. Na Itália esses números assombrariam, eis que segundo Franco Cazzola, entre 1948 e 1974, por exemplo, os decretos-leis foram responsáveis por somente 3,7% da legislação italiana. E mesmo em relação à Espanha, onde houve maior utilização dos decretos-leis do que na Itália, os dados brasileiros causariam espanto. Veja-se a síntese de José Roberto Vieira a respeito do caso espanhol: “Num levantamento efetuado entre 1978 e 1995, JAIME LÓPEZ-MELENDO LANNES aponta 203 decretos-leis, excluindo as reedições, o que leva a uma média de 11,27 decretos-leis por ano na Espanha. Já ANA M. CARMONA CONTRERAS, entre 1979 e 1997, aponta o total de 218 decretos-leis, sem reedições igualmente, o que conduz a uma média anual de 11,47 decretos-leis espanhóis por ano. Excluindo as reedições, tivemos no Brasil, nessa década [a de noventa do século XX], 476 medidas provisórias, o que leva à média anual de 47,6 medidas, mais do que o quádruplo dos espanhóis.” Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas...* Op. cit., p. 312-4.

provisórias transformaram-se em permanentes, e uma mera licença constitucional foi transformada em uma "indesejável usina de produção legislativa".⁷³⁴

A impressão que se tem é que elas tudo podiam “no rodapé de um Estado de Direito distraído”, conforme feliz expressão de um jornalista, para quem, com elas “o Executivo legisla, enquanto o Legislativo julga e o Judiciário executa.”⁷³⁵

Esqueceu-se, em seu uso indiscriminado, a regra básica já antes lembrada nesta tese de que em Direito toda a exceção deve ser interpretada restritivamente. É o que também lembra Michel Temer, sob o fundamento de que a **medida provisória é exceção à competência do Poder Legislativo**.⁷³⁶ E como toda exceção, não deveria admitir pois todas as deformações que em seu uso se verificaram.

Pela análise do contexto em que nasceram, seguramente que com elas o constituinte não quis conferir ou perpetuar a condição de legislador ordinário ao Presidente da República, muito menos reduzir o Poder Legislativo à condição de mero homologador de atos legislativos do Executivo. No mesmo sentido é a análise de Alessandro Pizzorusso⁷³⁷ a respeito dos decretos-leis italianos, dizendo que ao prevê-los o constituinte não quis atacar o princípio que reserva ao Parlamento a função legislativa.

Como era de se esperar, o instituto em pauta foi utilizado pelos quatro Presidentes da República da era pós-ditatorial brasileira, inaugurada oficialmente com o advento da atual Constituição: José Sarney, Fernando Collor de Mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Registre-se que quando começaram a ser discutidos e votados no Congresso Nacional os primeiros projetos visando à regulamentação da medida provisória, lá pelos idos de 1991, o então Presidente Fernando Collor partiu em cruzada contra os intentos congressistas. Em sua reação argumentou principalmente que sem tal instrumento era impossível administrar o país, e que se deveria prestar mais atenção nos resultados obtidos do que nos números de medidas provisórias editadas.⁷³⁸

⁷³⁴ Esta foi a expressão de um membro do Poder Legislativo Nacional, o senador Édison Lobão, veiculada no *Jornal do Senado* de 2 de maio de 2000. P. 8.

⁷³⁵ Conforme Joelson Beting. In: *O Globo*, 25 de maio de 2001. P. 32.

⁷³⁶ Cf. TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional* [b]. P. 146.

⁷³⁷ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. Op. cit., p. 126.

⁷³⁸ Cf. “Collor defende uso de medidas provisórias”. *O Estado de São Paulo*, 3 de março de 1991. P. 4. A reação dirigia-se especificamente ao projeto do então deputado federal Nelson Jobim, que propunha inclusive uma reforma na Constituição visando eliminar de seu texto o art. 62, caso o Governo não respeitasse no futuro a decisão do Congresso.

Ocorre que embora os três anteriores Presidentes da República também se tenham servido das medidas provisórias,⁷³⁹ foi no atual governo que se chegou a uma situação insustentável, agravada pelos dois mandatos seguidos. O fato é que Fernando Henrique Cardoso figura como o Presidente recordista em edições e reedições de medidas provisórias, conforme pode ser visto no quadro a seguir reproduzido (Quadro Nº 1). Este presidente sozinho foi responsável por **86,72%** do total de medidas provisórias editadas (entre originais e reeditadas) desde a criação desse instrumento de poder político pela Constituição de 1988 até a data de 3 de setembro de 2001. Entre edições originais e reedições, partiram de sua caneta 5.303 das 6.115 assinaturas apostas nas MPs existentes até a data analisada.

Afora os vários outros princípios constitucionais que foram violados por esse infundável surgimento de medidas provisórias, apenas estes dados já seriam suficientes para configurar a violação daquele princípio constitucional implícito chamado por Canotilho como **“princípio da proibição do excesso”**. É o que deflui da compreensão do significado de dito princípio: “Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a *exigibilidade, adequação e proporcionalidade* dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de ‘justa medida’”.⁷⁴⁰

O constitucionalista português esclareceu, em outra obra, que em primeiro lugar está vinculado ao princípio da proibição do excesso o próprio legislador. Isto porque “a lei não se identifica com o direito e, por isso, a lei no sentido de lei em conformidade com o princípio do Estado de direito terá de ser uma **lei não arbitrária, não excessiva, não desnecessária**, que terá como princípio e limite o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias.”⁷⁴¹ No

⁷³⁹ Conforme atestam os números oficiais apresentados no Quadro Nº 1 (p. 274), na verdade os governos Sarney e Collor utilizaram o instituto com certa parcimônia. O primeiro editou (notar que no referido quadro a expressão “medidas provisórias editadas” engloba as originárias e as reeditadas, i. e., optou-se por informar a “capacidade bruta” de emissão de MPs tendo em vista que tomar a emissão delas apenas em termos de “capacidade líquida” ocultaria o potencial de poder discricionário que está implícito nas reedições) uma média de 8,16 medidas provisórias por mês (dos 61 meses de governo consideraram-se apenas 18, ou seja, aqueles a partir da entrada em vigor da CF/88, pelo óbvio motivo de que antes disso o instituto medida provisória não existia). O segundo alcançou a média de 5,16 medidas por mês (considerando-se 31 meses de governo). Regina Machado atribui esta espécie de “reserva” dos governantes nos primeiros momentos de prática do instituto justamente à fobia que ele despertava, ainda associado aos anteriores decretos-leis. Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 49. Já a partir do governo Itamar intensificou-se em enorme escala a utilização de medidas provisórias, passando a média mensal para 19,42 (considerando-se 26 meses de governo). Por fim no governo Fernando Henrique Cardoso a maior média mensal até então alcançada por outro Presidente (a de Itamar) foi mais que triplicada, passando para 66,28 (considerando-se 80 meses de governo).

⁷⁴⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria...* P. 1.091 (grifado no original).

⁷⁴¹ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Estado de Direito*. P. 60 (grifou-se).

caso das medidas provisórias brasileiras, fazendo estas as vezes de leis, o excesso foi visível, tendo-se dado em mais de um aspecto previsto no texto constitucional.

QUADRO Nº 1 – MEDIDAS PROVISÓRIAS: EDIÇÃO E REEDIÇÃO POR GOVERNO

Atualizado em 3.9.2001

Governo	José Sarney (3.1985 a 3.1990)	Fernando Collor (3.1990 a 10.1992)	Itamar Franco (10.1992 a 12.1994)	Fernando H. Cardoso 1º Governo (1.1995 a 12.98)	Fernando H. Cardoso 2º Governo (12.98 a ...)	Total Geral
Originárias	125	87	141	160	93	606
Reeditadas	22	73	364	699 (1) 1.750	137 (1) 2.464	5.509
Convertidas	109	66	121	82	86	464
Revogadas	2	5	5	11	6	29
Sem Eficácia	5	5	15	3	1	29
Rejeitadas	9	11	-	1	1	22
Em Tramitação	-	-	-	38	24	62
Editadas	147	160	505	2.609	2.667	6.088

(1) Reedições de Medidas de Governos anteriores. Fonte: Presidência da República/Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/Mp_governo.htm>. Acesso em: 03 set. 2001.

Confirma-se que desde o início do seu primeiro mandato até a data de 3 de setembro de 2001, o Presidente Fernando Henrique Cardoso emitiu 5.303 MPs (entre edições e reedições),⁷⁴² o que resulta em mais de duas por dia (2,20,⁷⁴³ isto contando-se sábados, domingos e feriados, dias nos quais MPs não são editadas, pelo menos por enquanto), ou 66,28 por mês. Caso fossem considerados apenas 20 dias úteis por mês, aquele índice subiria para 3,31 MPs diárias, e se se desconsiderassem os feriados aumentaria mais ainda. Verdade é

⁷⁴² Observe-se o erro no somatório do total de medidas originárias e reeditadas no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso: pela tabela oficial são 2.667 MPs, mas o correto são 2.694. Aqui trabalha-se com a soma correta, alterando inclusive o “Total Geral”, que no quadro aparece como sendo de 6.088 MPs, e pela soma correta vai a 6.115 MPs.

⁷⁴³ Até o final de agosto de 2001 foram 80 meses de governo, que, multiplicados por uma média de 30 dias para cada mês, resultaram 2.400 dias. Tomando-se o total de MPs (5.303) e dividindo-se pelo número de dias (2.400), chegou-se ao resultado de 2,20 MPs por dia. Dividindo-se 5.303 por 80 chegou-se ao resultado de 66,28 MPs por mês.

pois que neste governo definitivamente se **vulgarizou** o uso das medidas provisórias, provocando-se o **barateamento** do instituto. Some-se a isto que nas suas gestões, mais que em quaisquer das anteriores, em maior número se vêem reedições e menos conversões em lei das medidas provisórias.⁷⁴⁴ E isto que dentre os demais referidos, o presidente Fernando Henrique Cardoso é o único a ter feito triplo juramento de defesa e respeito à Constituição: como constituinte e ao tomar posse duas vezes enquanto Presidente da República. A isto poder-se-ia chamar “**tiranía pelo exercício**”, conforme expressão de Bartolus enunciada na Idade Média e agora revigorada por Sérgio Cademartori. Segundo este autor, a ação absolutista dos governos atuais levaria-os a serem classificados como “*tiranos pelo exercício*, eis que, se bem assumiram o poder de acordo com as regras do jogo, não exercem esse mesmo poder conforme às mesmas”.⁷⁴⁵

Partindo-se da suposição de que realmente os requisitos de relevância e urgência foram observados pelo Presidente da República, ter-se-ia que admitir que o Brasil viveu em constante estado emergencial! E pela via reflexa haveria que reconhecer como exceção o estado de normalidade, pois que a “anormalidade” teria virado regra.

Isto faz com que a **separação dos poderes**, outro dos princípios constitucionais reiterados no texto de 1988, já há muito tenha sido violado, porque teve-se no Brasil um poder que a um só tempo administrava e legislava. Fazendo valer os escritos de Montesquieu, verificar-se-ia uma absurda tirania, apenas faltando para se retroceder aos tempos do absolutismo a avocação, pelo Executivo, das funções do Judiciário. A seguir continua-se a investigar mais algumas das muitas inconstitucionalidades no uso das medidas provisórias.

3.2.2.1 – Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes

A divisão ou separação dos poderes na organização do Estado conforme as três grandes funções públicas é outro conteúdo fundamental do Estado de Direito, neste historicamente enraizado. O Estado de Direito exige a divisão do poder público como

⁷⁴⁴ Uma análise detalhada revela que no governo Sarney, das 147 MPs editadas em 18 meses, apenas 14,96% foram objeto de reedição, sendo que 74,14% foram convertidas em lei (50,68% o foram sem quaisquer alterações pelo Congresso Nacional). No governo Collor, das 160 MPs editadas em 31 meses, 45,62% foram reeditadas, sendo que 41,25% foram convertidas em lei. Já no governo Itamar, das 505 MPs editadas em 26 meses, 72,07% foram objeto de reedição, sendo que 23,96% foram convertidas em lei. E por fim, no governo Cardoso, das 6.115 MPs editadas em 80 meses, **82,58%** foram reeditadas, sendo que **apenas 2,74%** foram convertidas em lei!

⁷⁴⁵ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito...* Op. cit., p. 178 (grifado no original).

condição institucional para o controle do poder político. Do contrário regeria o princípio unitário do poder.

Acentua Hermann Heller ter sido o constitucionalismo, em sua luta com o absolutismo unificador do poder, que levou a cabo pela primeira vez uma “distribuição de funções estatais entre várias organizações relativamente autônomas.” Em virtude da então ordenação fundamental do Estado em três poderes, “deveria ficar assegurado que o poder do Estado **não se exerceria de modo abusivo** e, assim mesmo, que esse poder se visse obrigado, pela própria mecânica da organização, a respeitar a liberdade e a igualdade dos cidadãos.”⁷⁴⁶

Neste sentido observa Carlos Ayres Britto que embora a divisão dos poderes não seja o fim último da Constituição, porque o seu objetivo final é proteger e promover o ser humano, “**sem o mecanismo da repartição, o Estado jamais teria força de vontade para controlar a vontade da força.** E sem disciplina da força, os direitos fundamentais do homem não passariam de simples ornamento gráfico na tessitura formal das constituições.”⁷⁴⁷

Para muitos, no entanto, a formulação convencional da separação dos poderes, em sua designação conceitual e funcional, pode parecer demasiado limitada ou mesmo desatualizada em vista das novas jurisdições (como as derivadas da organização de muitos países em blocos supraestatais, v. g., União Européia, MERCOSUL e outros). Não obstante tais observações, para Gerhard Robbers “impedir o poder totalitário do Estado através da divisão, limitação, equilíbrio e atribuição do mesmo a diferentes sujeitos, segue sendo um elemento irrenunciável de uma ordem social livre.”⁷⁴⁸

Segundo Celso Bastos a teoria não está superada; o que houve foi uma “evolução”, com a perda gradativa da pureza de cada uma das funções do Estado, variando de um Estado para outro em modos, graus e critérios.⁷⁴⁹

No entanto não se trata aqui obviamente de se opor à constatação feita por muitos publicistas, como é o caso de Manuel García-Pelayo,⁷⁵⁰ de que a trindade dos poderes ficou demasiadamente simples para a divisão do poder num Estado e numa sociedade acentuadamente complexos, como o são nos tempos atuais.

⁷⁴⁶ Cf. HELLER, Hermann. Op. cit. P. 303 (grifou-se).

⁷⁴⁷ Cf. BRITTO, C. A. Op. cit., p. 214 (grifou-se).

⁷⁴⁸ Cf. ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. In: THESING, J. (Ed.). Op. cit., p. 30.

⁷⁴⁹ Cf. BASTOS, C. R. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. P. 79.

⁷⁵⁰ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. El Estado Social y sus implicaciones. Op. cit., p. 366.

Com efeito as observações de García-Pelayo atentam para o fato de que originariamente a divisão de poderes respondia a uma fundamentação sociológica enquanto cada um dos poderes do Estado sustentava-se sobre uma realidade social autônoma, donde a “independência” de cada um deles possuir como infra-estrutura a própria autonomia de seus portadores. Assim o Executivo sustentava-se sobre a instituição monárquica, o Legislativo sobre os estamentos da nobreza e do Terceiro Estado (conforme sua divisão em duas Câmaras), e o Judiciário era investido pelo estamento “de toga”, ainda que para Montesquieu estivesse composto por juízes leigos e carecesse de presença permanente. Há muito tempo esta redução do Estado a três potestades, e essas realidades sociais sobre as quais se sustentavam, deixaram de ter vigência.⁷⁵¹ García-Pelayo atribui ao surgimento da Administração como um “quarto poder” e ao paralelo aparecimento de outros atores, como os partidos majoritários e as organizações de interesses, a modificação da estrutura real do clássico sistema dos três poderes estatais.⁷⁵²

Efetivamente, quando a maioria do Parlamento e o Governo pertencem ao mesmo partido ou à mesma coalizão de partidos, isso relativiza fortemente a independência entre ambos os órgãos, especificamente pela comum articulação que orienta tanto a ação do Governo, como a do Poder Legislativo. O autor analisado se refere a realidades parlamentaristas, mas também nos países presidencialistas verifica-se essa talvez demasiadamente íntima interação entre os poderes Executivo e Legislativo, na qual os critérios dos partidos majoritários acabam impondo suas exigências à ação estatal, muitas vezes sendo insuficiente o exercício do controle por parte dos partidos de oposição para evitar que isso se efetive.

A partir disso, como bem expõe García-Pelayo, poder-se-ia chegar à conclusão de que o sistema clássico da divisão de poderes passou a constituir um subsistema dentro de um sistema mais amplo, o que significaria não só a relativização da sua importância do ponto de vista da Teoria da Política e do Estado, como também acarretaria mudanças substanciais em sua estrutura interna, de que é exemplo a acima aludida redução da independência entre os

⁷⁵¹ Isso iniciou com o surgimento da Administração já na Revolução Francesa, como um poder autônomo de ação permanente, com potestades e jurisdição próprias, dotado da faculdade de regulamentar a lei, vindo a ser a um só tempo autor e ator do Direito Administrativo. Embora sendo um órgão formalmente dependente do governo, a Administração permanece mesmo quando aquele e o Parlamento mudam de composição, constituindo-se assim uma realidade sociológica *per se*, já que passou a ser um estamento do Poder Executivo que se recruta a si e por si mesmo através do seu sistema de concursos, e que acaba finalmente participando no conteúdo da decisão, quando em realidade foi criado para ser órgão subordinado à execução da decisão.

⁷⁵² Cf. GARCÍA-PELAYO, M. *El Estado Social y sus...* Op. cit., p. 365-6.

Poderes Legislativo e Executivo. Isso realmente acontece, mas não quer dizer que a manutenção e a funcionalidade jurídico-política da divisão dos poderes careçam de sentido. O que acontece simplesmente é que essas transformações acabaram por modificar o sentido da divisão clássica, a qual

tem ainda a função de assegurar a unidade e a estabilidade do Estado democrático, já que apenas sobre a concorrência de partidos e de organizações de interesses não pode existir mais que um pluralismo desordenado e desintegrado sobre o qual é impossível fundamentar qualquer ordem estável. Tem a função de contribuir à racionalidade do Estado democrático introduzindo fatores de diferenciação e articulação no exercício do poder político pelas forças sociais e de obrigar os grupos politicamente dominantes a adaptar o conteúdo da sua vontade a um sistema de formas e de concorrências, objetivando, assim, o exercício do poder, o que unido à crítica da oposição no seio do Parlamento, põe limites a seu exercício arbitrário por parte do Governo ou dos partidos majoritários. Em resumo, como diz W. Weber, a divisão dos três poderes ‘tem ainda um certo valor disciplinador e sustentador do Estado’, tem a função de ‘disciplinar e limitar o uso do aparato estatal pelos pretendentes e detentores do poder’. A isso cabe acrescentar que o conjunto de conceitos normativos criados em torno da divisão clássica de poderes contribui, sem dúvida, a garantir juridicamente a liberdade individual. Finalmente, a politização do Governo e do Parlamento, que relativiza a autonomia de ambos, tem sido neutralizada, tanto na teoria como na prática institucional, pela elevação da judicatura a um poder capaz de defender o cidadão dos excessos da administração e da legislação – sobretudo mediante o controle da constitucionalidade – que o convertem em guardião do reto uso do aparato estatal.⁷⁵³

Ao analisar o significado da preservação constitucional do princípio da separação dos poderes, Anna Cândida Ferraz observa que **“se o princípio sobrevive no texto constitucional, deve ser preservado em sua essência, ainda que no particular venha a ser adaptado às circunstâncias históricas do momento. Paradoxal seria manter o princípio como base de uma organização política e concomitantemente excepcioná-lo ao ponto de desfigurá-lo totalmente.”**⁷⁵⁴

Para Waldemar Besson e Gotthard Jasper⁷⁵⁵ a divisão de poderes e o Estado de Direito - legal e constitucional - são indissolúveis, na medida em que aquela contribui a que este seja mais acessível e transparente para os cidadãos. Segundo os autores, o submetimento da autoridade pública ao direito garante a liberdade do cidadão, que somente poderá ver-se afetada mediante expressa autorização emanada de uma lei. Por outro lado, a única instituição

⁷⁵³ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. *El Estado Social y sus...* Op. cit., p. 367.

⁷⁵⁴ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. P. 16 (grifou-se).

⁷⁵⁵ Cf. BESSON, W.; JASPER, G. *Elementos del Estado de Derecho...* Op. cit., p. 122.

facultada para outorgar tal habilitação é a própria representação do povo, através de um procedimento formal, estabelecido na Constituição. Ainda para Wolfgang Horn,⁷⁵⁶ o Estado de Direito exige a divisão do poder público como condição institucional para o controle do poder político, o que equivale dizer que a divisão do poder público sempre constituiu um dos traços distintivos do Estado de Direito.

O princípio da separação dos poderes recobra vida ainda quando surgem alternativas aparentemente contrárias a ele, como por exemplo quando dizem alguns autores que ele é hoje bem menos importante do que o “princípio da limitação do poder”. É o caso de Nicola Matteucci, para quem

em uma sociedade democrática de massas uma mesma força social pode apoderar-se de todos aqueles poderes – órgãos institucionais – que garantiam um governo equilibrado em uma sociedade aristocrática. Hoje são outros os mecanismos de salvaguarda da liberdade: um pluralismo real na sociedade que implica a hegemonia de um grupo; uma efetiva concorrência eleitoral entre vários partidos; uma oposição eficaz da minoria frente ao Governo da maioria. Ademais, com o advento da sociedade democrática, adquiriu maior importância o antigo princípio constitucional do Governo limitado que o princípio aristocrático do governo equilibrado ou dividido, inclusive porque esse equilíbrio, essa divisão, podem supor uma ameaça de paralisia do Executivo.⁷⁵⁷

Ao mestre de Bolonha responde Manuel Pastor que, se por um lado lhe assiste razão do ponto de vista político, por outro não cabe dúvida alguma que a operacionalização das soluções propostas somente pode dar-se justamente no marco institucional em que se realiza – com todas as correções necessárias – o princípio da separação dos poderes.⁷⁵⁸

A respeito de ser o princípio da separação dos poderes ainda hoje imprescindível no Estado democrático, diz Karl Loewenstein, “não somente conta a favor deste princípio ‘o fato’ de que dogmas arraigados não possam ser facilmente descartáveis, mas [também o fato de] que as razões para esta atitude conservadora [do princípio da separação dos poderes] das novas constituições jazem nas dificuldades quase insuperáveis de formular uma nova conformação do poder no texto constitucional.”⁷⁵⁹

Reafirma Ruigómez que o Presidencialismo tem demonstrado ampla e suficientemente sua capacidade democrática como “forma de governo na qual a separação dos poderes é mais

⁷⁵⁶ Cf. HORN, W. Rasgos básicos del Estado de Derecho. Op. cit., p. 71.

⁷⁵⁷ Apud PASTOR, M. Op. cit., p. 75-6.

⁷⁵⁸ Ibidem, p. 76.

⁷⁵⁹ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. P. 55.

nítida”, como evidencia a Constituição Norte-Americana ao longo de mais de duzentos anos. Por outro lado a experiência e a doutrina coincidem em que “os Estados que optaram por sistemas constitucionais de base presidencialista não de dotar a norma fundamental de uma adequada estrutura de contrapesos e equilíbrios, como ocorre nos Estados Unidos, que impeça os abusos por parte do Poder ou dos Poderes em cada caso mais influentes ou mais fortes - normalmente o Executivo -, seja em razão do momento político, da personalidade do próprio presidente da República ou da tradição.”⁷⁶⁰

Visando contribuir para o aprimoramento da teoria como um todo, o Direito Constitucional Brasileiro apresenta já há bastante tempo uma fórmula “nova e feliz” no dizer de Francisco Sá Filho: a **independência** e a **harmonia dos poderes**. Explica o autor:

Sob o primeiro aspecto, os poderes são distintos e autônomos. Dentro das fronteiras traçadas pelos preceitos constitucionais, cada qual exerce sua **competência privativa**, que **não pode ser invadida**, mas tem de ser respeitada pelos demais. Os poderes desempenham, em toda a sua plenitude, as funções que lhe são conferidas. Vigora, pois, o regime da interindependência, que norteia a atuação de cada poder em frente aos outros. Os contatos recíprocos excluem o paralelismo de forças, mas respeitam a liberdade dos movimentos próprios, nas diretrizes assentadas. Nem visa a discriminação outra coisa, senão assegurar a eficiência do Estado e a defesa das liberdades públicas.

A harmonia entre os poderes significa a sua pacífica e livre coexistência, que rejeita hostilidade, conflitos, rivalidades. Não se isolam, mas se compreendem e auxiliam, no respeito mútuo à **área de atribuições** de cada qual, **em que não se admitem invasões, nem usurpações.**⁷⁶¹

Realçada a importância que a separação dos poderes atualmente continua merecendo tanto na teoria quanto na prática, passa-se a ver abaixo como a sistemática do uso das medidas provisórias no Brasil trouxe consigo uma série de práticas que por sua vez legaram conseqüências desastrosas à teoria em comento. As ofensas ao princípio da separação dos poderes podem ser detectadas em inúmeras ingerências ilegítimas empreendidas pelo Poder Executivo no âmbito dos outros dois, mas também em algumas negligências destes. Antes, porém, é necessário lembrar que a divisão dos poderes prevista na Constituição Federal de 1988 não é meramente a instrumentalização de um modelo abstrato de divisão do poder público. Mais do que isso, constitui um princípio básico da organização do Estado Democrático Brasileiro, e como tal deve ser vivenciado e respeitado.

⁷⁶⁰ Cf. HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, Manuel. Op. cit. p. 264.

⁷⁶¹ Cf. SÁ FILHO, F. Op. cit., p. 40 (grifou-se).

O princípio da separação dos poderes, que é também caracterizador do princípio republicano, está entre aqueles que foram tradicionalmente postos pelos sucessivos legisladores constituintes desde o nascimento da República, como fundamentais a todo o sistema, e por isso, “em posição de eminência relativamente a outros”, conforme diz Geraldo Ataliba.⁷⁶² Na verdade já constava ele no texto constitucional imperial, com a divisão quadripartida. Na Constituição de 1988, foi lógica e cronologicamente fixado como basilar, pela circunstância de vir mencionado entre os primeiros, já no segundo artigo.

3.2.2.1.1 – A interferência do Poder Executivo na esfera do Poder Legislativo e a paralela convivência deste: a exceção constitucional transformada em regra

Fica o país com dois legisladores: um de direito e desmoralizado, outro de fato e onipotente.

Pimenta Bueno

A figura política do Estado territorial, tal como hoje é conhecida, foi, em suas origens, tradicionalmente absolutista, mormente no continente europeu. De tal absolutismo interessa ressaltar que o príncipe era a fonte de todo o direito, podendo codificá-lo, ditar, reformar, derogar e até mesmo “quebrar” as leis. O soberano governava *legibus absolutus*, quer dizer, independentemente do direito: não só não necessitava submeter seus atos ao direito, como estava acima do mesmo. Um longo processo histórico de revoluções teóricas e práticas logrou condicionar o monarca ao direito, sujeição jurídica esta que pressupôs uma divisão de poderes para, entre outras medidas, impedir que o próprio monarca pudesse seguir ditando as leis.

Pela teoria clássica, vista no capítulo inicial desta tese, a primazia deveria ser do Poder Legislativo, e não do Poder Executivo, que é ao que se assiste no atual momento histórico do Estado. Não seria demasiado lembrar que a trama do sistema de “pesos e contrapesos” que equilibra o regime de divisão dos poderes poderia ser resumida do seguinte modo: preponderância do Poder Legislativo frente aos poderes Executivo e Judiciário, pela suprema razão de ser aquele o criador do direito, e estes meros aplicadores; isto é o império da lei. Poderia nesse sistema ocorrer uma falta de controle e de limitação sobre a criação do direito pelo parlamento, resultando num “Absolutismo do Legislativo”? Evidentemente que não, pois o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos tribunais – ordinários ou especiais, conforme o caso – que velam pela garantia da constitucionalidade das leis. Ademais, o Poder

⁷⁶² Cf. ATALIBA, G. *República e Constituição*. P. 36.

Legislativo está sujeito a coerentes limites e controles de caráter político geral, que funcionam como liberdades e instituições essenciais a todo autêntico Estado de Direito, derivadas da organização e natureza dos sistemas democráticos, tais como a crítica da opinião pública, a liberdade de imprensa e de expressão, o pluralismo de partidos políticos, o respeito à oposição política institucionalizada, as eleições livres e periódicas.

A reserva de lei vista em outro subitem assume também o sentido de “reserva do Parlamento”, conforme o entendimento de certos autores.⁷⁶³ O critério de racionalidade que preside a “reserva do Parlamento”, ou a “necessária intervenção do Parlamento” para legislar sobre um dado conjunto de matérias, é apontado por Manuel Afonso Vaz na “publicidade de questões importantes”. O autor português ampara-se na doutrina alemã (Jesch, Krüger, Kisker, Starck) e em outros publicistas portugueses, como Canotilho e Rogério Soares, para defender esta idéia do sentido atual do princípio da “reserva do Parlamento”, que não mais se esgota no plano da proteção da esfera individual do cidadão perante o poder do Estado, assumindo um mais amplo leque de matérias. Veja-se:

Como nota KISKER, a reserva do Parlamento desempenha uma função de publicidade, com o sentido de uma garantia de que todo o equacionar normativo das questões mais importantes da vida da comunidade será objeto de debate público cognoscível pelo eleitorado, no qual poderão participar as diversas correntes de opinião partidariamente institucionalizadas. A atribuição ao Parlamento do monopólio da atividade legislativa sobre certas matérias encontraria, pois, fundamento no fato de ser aquele a sede institucional dos debates públicos, uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública, o local por excelência de conformação dos interesses pluralistas; em suma, o órgão que, devido à sua composição e ao seu processo de funcionamento, logra fazer da lei não uma simples expressão dos sentimentos deste ou daquele setor da sociedade, mas a síntese de posições e de compromissos de interesses.⁷⁶⁴

Depreende-se daí que a dialética parlamentar funciona como uma caixa de ressonância da vontade popular, na qual a função integradora empreendida pelo parlamento não ser compreendida tanto pelos resultados (bons acordos), mas pela referida dialética. E isto porque, conforme Rogério Soares, o Legislativo “continua a ser o verdadeiro representante da nação ou, por outra maneira, um condensado da nação. Não é um poder; é o poder.”⁷⁶⁵

⁷⁶³ Conforme o entendimento de Manuel A. Vaz, em op. cit., p. 390 e ss.

⁷⁶⁴ Cf. VAZ, M. A. Op. cit., p. 405-6 (grifou-se).

⁷⁶⁵ Apud VAZ, M. A. Op. cit., p. 475.

Lembra Hermann Heller, como o fazem vários outros constitucionalistas, que a legislação, como poder supremo, corresponde ao povo.⁷⁶⁶ Logo, deveria ser elaborada exclusivamente pelo Poder Legislativo, representante desse povo. Ainda assim, seguindo as tendências contemporâneas ou, antes disso, as reinterpretações e reelaborações da teoria clássica da separação dos poderes conforme as necessidades definidas pela mudança do caráter do Estado, não cuidou a Constituição Brasileira de 1988 de estabelecer um puro monismo legislativo. Diz-se isso porque, como **exceção**, atribuiu uma parcela de competência legislativa também a outro poder, o Executivo. Mas claro está, e neste sentido corrobora tudo o que foi visto até agora neste estudo, que a razão reitora da opção constituinte foi a da **excepcionalidade**. Ao analisar a competência legislativa do Presidente da República na ordem constitucional de 1967, que enquanto autorização constitucional em nada difere do teor do artigo 62 da CF/88, assim se pronunciou Geraldo Ataliba: “Esta faculdade é excepcional e só excepcionalmente pode ser exercida e abrigada pela nossa ordem jurídica.”⁷⁶⁷ Em assim sendo, é apenas de **maneira secundária que o Poder Executivo deve legislar**, ainda que detenha competência originária para fazê-lo, como no caso das medidas provisórias.

Quando se fala em “maneira secundária”, faz-se-o para esclarecer primeiramente que o Executivo deve ater-se criteriosamente aos pressupostos que o autorizam a emitir medidas provisórias, o que, se fosse observado com rigor, por si só redundaria num número bastante limitado delas. Em segundo lugar, o secundarismo do Executivo é necessário para não chegar a afetar o protagonismo do Legislativo, que, em se tratando de produção legislativa, é o grande ator em qualquer Estado de Direito que tenha incorporado a separação dos poderes. Desta forma, a legislação provinda do Executivo é admitida pela Constituição, mas para que possa ser considerada legitimamente aprovada deve passar pelo crivo do Congresso Nacional. Esta é a maneira de o Poder Legislativo participar da segunda e mais importante fase da produção da medida provisória, qual seja, a que a aperfeiçoa em lei, ou a rejeita (no todo ou em parte) por alguma inconstitucionalidade. E esta exigência não existe para enfeitar a Constituição; ela aí está para colaborar com a preservação do Estado Democrático de Direito.

No entanto, quando se constatarem medidas provisórias na septuagésima nona reedição, é preciso reconhecer que, em colaboração, Executivo e Legislativo transformaram a **exceção em regra**, o primeiro pela voracidade desmedida com que se lançou ao instituto; o segundo

⁷⁶⁶ Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 303.

⁷⁶⁷ Cf. ATALIBA, G. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. P. 17.

porque de modo irresponsável foi deixando de cumprir algumas de suas obrigações mais elementares, a começar pelo **controle parlamentar**. Por exemplo, quando o constituinte originário restringiu em 30 dias o prazo no qual o Congresso deveria aprovar ou rejeitar as medidas provisórias, isto configurou um avanço em relação aos anteriores decretos-leis (cujo prazo era de 60 dias). Propiciou-se com isso que medidas mal concebidas ou propostas de maneira inadequada pudessem ser extirpadas do sistema jurídico num menor decurso de tempo, ocasionando assim menos lesões aos seus destinatários. Ao que parece, porém, o Congresso não se sentiu fortalecido com tal poder; chegou até a menosprezá-lo, a ser-lhe indiferente, haja vista o grande número de medidas provisórias reeditadas, revelador de todas as que não foram apreciadas descontando-se daí apenas as que não foram reapresentadas por livre vontade do Poder Executivo. Pode ser, contudo, que o Congresso Nacional estivesse confiando na rejeição tácita em relação a muitas das medidas provisórias não apreciadas. Precisamente aí é que seu intento não funcionou, pelo artifício do recurso da reedição, largamente praticado pelos Presidentes da República. Isto significa que é muito provável que um grande número destas medidas provisórias reeditadas tenha sobrevivido veiculando inconstitucionalidades.

Contudo o controle parlamentar, quando realizado, nem sempre o foi com o rigor necessário, principalmente no que diz respeito aos aspectos jurídico-constitucionais das medidas provisórias, que na prática foi relegado a um segundo plano.⁷⁶⁸ Confirmados os pressupostos de relevância e urgência, poderia dar-se a conversão de medida provisória inconstitucional, como ocorreu com a MP nº 111.⁷⁶⁹ Isso prova mais uma vez que apenas o controle feito – quando feito – no seio do Poder Legislativo não configurava por si só uma garantia de que tivessem sido extirpadas as eventuais inconstitucionalidades, sendo necessário e imprescindível, portanto, também o controle por parte do Poder Judiciário.

Por outro lado, esclarece Regina Machado, as medidas provisórias “versam sobre tantas e tão diversas matérias e em tal volume, que sua apreciação mais aprofundada pelo

⁷⁶⁸ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 118.

⁷⁶⁹ Como já foi visto acima, dita MP foi convertida em lei, inobstante regulasse matéria penal, sujeita portanto a outros princípios estipulados pela CF (legalidade, anterioridade), além de que, por dispor acerca da liberdade individual, não poderia ter provindo do Presidente da República (cf. art. 68, § 1º, II, CF/88).

Congresso Nacional, que dispõe apenas de trinta dias para apreciá-las, tem sido dificultada, quando não impossibilitada.”⁷⁷⁰

Após mais de dois séculos de superação do Absolutismo, e tendo a lei, já desde aquela época, se afirmado como o conceito-chave do Estado de Direito, constitui um paradoxo o fato de o Poder Executivo vir a usurpar a função típica do Poder Legislativo. E o mais espantoso é que tal usurpação parece ter-se dado com a conivência deste, o que do ponto de vista da doutrina constitucional é por si só muito grave, sobretudo porque os representantes do povo não poderiam simplesmente de maneira leviana, irresponsável e inconseqüente, abrir mão de sua principal atribuição, sem sequer uma consulta aos reais titulares do poder que exercem. A gravidade desta alteração das funções típicas dos poderes tem pois outros tentáculos, principalmente porque quando os indivíduos deixaram de ser considerados meros objetos do poder público para converterem-se em sujeitos ativos e participantes na organização das funções do Estado, a representação popular com função legislativa passou a ser uma exigência.

Neste contexto, observe-se a tabela comparativa (Quadro N° 2) entre o número de MPs e de leis ordinárias e complementares, por governo, desde a promulgação da Constituição de 1988 no Brasil até a data de 3 de setembro de 2001.⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 27. Ainda segundo a autora, dada a intensidade com que o Executivo editava as medidas provisórias, foram elas transformadas em meio regular e cotidiano de governo, donde seria impossível “a qualquer Legislativo, em qualquer contexto, no prazo de trinta dias, executar a tarefa [...] de analisar séria e responsabilmente as medidas provisórias, em sua média atual de nove por dia.” Referia-se ela a um dado período do ano de 1996, em que apenas nos dias 12 e 13 de março e 12 de abril haviam sido editadas 102 medidas provisórias, sendo 34 por dia. Cf. *ibidem*, p. 36.

⁷⁷¹ Para compor este quadro usaram-se os dados - corrigidos - do Quadro N° 1 (sito na p. 274) no que se refere às Medidas Provisórias. Já quanto às Leis Ordinárias e às Leis Complementares foi encomendada uma pesquisa jurídica junto à Subsecretaria de Informações do Senado Federal, a qual em 6 de setembro de 2001 remeteu os dados solicitados, conforme comprovantes em anexo a esta tese (ANEXO 2).

QUADRO Nº 2 – COMPARATIVO ENTRE O NÚMERO DE LEIS ORDINÁRIAS, LEIS COMPLEMENTARES E MEDIDAS PROVISÓRIAS POR PERÍODO DE GOVERNO⁷⁷²

GOVERNO	LEIS ORDINÁRIAS	LEIS COMPLEMENTARES	MEDIDAS PROVISÓRIAS (originárias + reeditadas)
José Sarney	329	5	147
Fernando Collor de Mello	467	8	160
Itamar Franco	504	10	505
Fernando H. Cardoso	1.429	16	5.303

Fonte: Banco de Dados de Normas Jurídicas da Subsecretaria de Informações do Senado Federal.

Pela análise da tabela pode-se dizer que os brasileiros se encontram diante de um quadro legislativo no qual a maior parte das prescrições legais que afetaram a cotidianidade da vida dos últimos anos no Brasil não foi criação do Poder Legislativo, mas do Executivo. São normas que em sua grande maioria não foram aprovadas pelo Congresso Nacional, mas simplesmente estabelecidas pelo governo em virtude do exercício da sua potestade normativa. Com efeito, no período considerado foram editadas pelo Congresso apenas 2.768 leis (entre ordinárias e complementares), contra 6.115 MPs. Logo, o Parlamento foi responsável tão-só por bem menos da metade da produção legislativa (31,16%), uma vez que os 68,83% restantes foram obra exclusiva do Poder Executivo.⁷⁷³ Paralelo a isso, dentre as 6.115 MPs referidas, apenas 464 delas (7,58%) foram convertidas em lei pelo Congresso Nacional. As demais 92,42% - devendo-se deduzir daí um pequeno número daquelas que perderam a eficácia por não mais terem sido rerepresentadas - continuaram vigorando sem a aprovação do Congresso, desrespeitando literal mandamento da Constituição.

Diante desse panorama devastador, diz Celso Antônio Bandeira de Mello: “Mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil atual, **só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito** e, pois, em democracia.”⁷⁷⁴

Estar-se-ia muito antes num perverso **Estado relativo – ou provisório - de Direito**, governado que foi, em grande parte, por medidas provisórias. E isto que em virtude da imediata eficácia deste ato normativo e da omissa participação do Congresso Nacional na sua concretização, deveria ser ele de uso mais restrito do que a lei. Neste sentido, Geraldo Vieira

⁷⁷² Foram consideradas as três principais espécies normativas que inovam primariamente a ordem jurídica. Deste modo, o somatório delas (8.883) representa o total da produção legislativa no período.

⁷⁷³ Se se considerassem apenas as leis ordinárias (2.729) este índice subiria para 69,14%.

⁷⁷⁴ Cf. MELLO, C. A. B. de. Medidas provisórias na Constituição brasileira. Op. cit., p. 1.426 (grifou-se).

Simões Filho lembra que Miguel Reale referiu-se a “**totalitarismo normativo**” para configurar o fenômeno pelo qual “a vida social perde grande parte de sua espontaneidade e criatividade, por força do severo pré-ordenamento que sofre pelas políticas e medidas governamentais, neste ponto mostrando-se a maior intensidade, nestes tempos, da atuação da ‘*mão visível*’ do Estado na alçada da vida privada.”⁷⁷⁵

Mas os problemas não acabam aí. Muitos outros estragos podem ter sido feitos na dinâmica do processo legislativo por conta da prática do uso abusivo das medidas provisórias. É o que revela Adriano Pilatti:

Especificamente no que tange às sessões conjuntas do Congresso Nacional, nas quais o órgão delibera sobre vetos, MPs e matéria orçamentária, especialmente, os tempos de Collor revelaram uma possibilidade adicional de **perversão da dinâmica legislativa**: como a Constituição estabelece que a apreciação das MPs tem preferência até mesmo sobre a apreciação de vetos, o Presidente pode vetar um projeto aprovado pelo Congresso, editando em seguida MP sobre a mesma matéria.⁷⁷⁶

Outra grave intromissão do Executivo no Legislativo deu-se quando aquele acabava travando o debate legislativo já instaurado, pela edição de medida provisória sobre matéria já contemplada em projeto de lei. Cita-se um dos exemplos mais recentes. Ao longo do ano de 2001 tramitava na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 1.483/99 (apensado ao projeto nº 1.589/99), que trata das assinaturas, do comércio e dos documentos eletrônicos. Os trabalhos legislativos contavam inclusive com assessoramento de comissões especializadas, o que é necessário diante da regulamentação de tema tão inovador.⁷⁷⁷ Enquanto isso o Executivo resolveu editar em 28 de junho de 2001 a MP nº 2.200, que instituiu a “ICP-Brasil (Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira)”, assunto diretamente ligado ao grande tema do referido projeto. Medidas assim conseguem provar pelo menos duas coisas: a desconsideração do trabalho legislativo já em andamento, e a falta de urgência da matéria.

Em resumo pode-se dizer que a utilização de todo o instrumental legislativo disponível pelo Poder Executivo (somando-se as reservas de iniciativa, os poderes de determinar regime de urgência, de editar MPs e de vetar) tem permitido que os Presidentes da República “praticamente definam as ordens do dia das sessões do Congresso e de suas Casas,

⁷⁷⁵ Cf. SIMÕES FILHO, G. V. Op. cit., p. 57.

⁷⁷⁶ Cf. PILATTI, A. Op. cit., p. 87 (grifou-se).

⁷⁷⁷ Cf. “Chave pública: que bicho é esse?”. *Folha de São Paulo*, 14 de agosto de 2001. C. A, p. 3.

controlando o conteúdo das agendas deliberativas e o *timing* de seu cumprimento.”⁷⁷⁸ Neste sentido é que Clóvis Goulart, tratando do desvirtuamento do sistema presidencialista na América Latina, assinalou o quase monopólio da atividade legislativa pelo Chefe do Poder Executivo.⁷⁷⁹ E mais: tais poderes, se combinados com as regras de interrupção de pauta aplicáveis em caso de esgotamento dos prazos de urgência e exame de veto (arts. 64, § 2º, e 66, § 6º, CF), “permitem ao Executivo virtualmente paralisar o Congresso Nacional.”⁷⁸⁰ Para Friedrich Müller, sem precisar dissolver o Congresso Nacional, o Presidente pode “simultaneamente torná-lo impotente e desonerá-lo da responsabilidade”, criando assim “um círculo vicioso de ‘desparlamentarização e desdemocratização’”.⁷⁸¹

Conforme Sílvio Dobrowolski “o Congresso é relegado a papel secundário - e, pior, se acomoda a essa situação – vindo a legislação a ser produzida por meio de medidas provisórias, interminavelmente repetidas, denotando evidente desprezo pelo sentido razoável do Texto Maior, que só autoriza sua edição, em situações especiais.”⁷⁸²

Quanto à **convivência** ou **passividade do Poder Legislativo**, diante do estado de coisas que se formou, dever-se-ia recordar ao legislador suas **obrigações**? Lembra-se aqui daquela obrigação pela qual todas as demais estão contempladas em se tratando da usurpação da sua função precípua pelo Poder Executivo no manuseio das medidas provisórias. Refere-se à disposição do art. 49, inciso XI, pelo qual é da **competência exclusiva** do Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. Pelo art. 85, II, CF/88, a ingerência descabida do Executivo nessa competência já poderia ter configurado “atentado contra o livre exercício do Poder Legislativo”, ensejador do pedido de *impeachment*. Nota-se assim, que o Poder Legislativo possui sim uma certa superioridade em relação ao Poder Executivo, pois pode destituí-lo pela via do *impeachment*, não sendo a recíproca verdadeira. Se não a usou como poderia ou mesmo deveria, é em nome da permissividade que o deixou de fazer.

Destarte reafirma-se a co-responsabilidade do próprio Congresso Nacional pela deturpação verificada no processo legislativo brasileiro.

⁷⁷⁸ Cf. PILATTI, A. Op. cit., p. 86.

⁷⁷⁹ Cf. GOULART, Clóvis de Souto. *Formas e sistemas de governo...* Op. cit., p. 126.

⁷⁸⁰ Segundo Adriano Pilatti isto ficou claro já no final do Governo Sarney e no início do Governo Collor. Cf. PILATTI, A. Op. cit., p. 86.

⁷⁸¹ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias... Op. cit., p. 1.444.

⁷⁸² Cf. DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. *Seqüência*, op. cit., p. 32 (grifou-se).

Neste pormenor, clara foi a análise de Mauro Chaves: “Assim como se deixou legislar pela ditadura, por meio do ‘decorso de prazo’, o Congresso se deixa legislar pelo Executivo, nestes tempos de ‘Brasil Novo’, pela ação das atenuadas ‘medidas provisórias’. **Somente trocou o instrumento de vassalagem.**”⁷⁸³

Diante disso, afiguram-se atuais os comentários de Rui Barbosa:

Que é pois, o que nos resta, aqui, de um tal sistema, copiado traço a traço por nós, daquela República [dos EUA], se os nossos Presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de *leis*, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavrar os passaportes para um hospício de orates, se associa ao despropósito do transvairado, concordando no delírio que devia reprimir? [...] Mas, inquire-se, quando o Poder Executivo chega a esse *nec plus ultra* da usurpação, quando Chefe do Governo legisla, **tem o legislador o direito de lhe perdoar?**⁷⁸⁴

Se fosse um pouquinho mais “ciumento do seu poder”, a exemplo daquela dose de ciúme que tem o Poder Legislativo norte-americano quanto a suas funções, já referida no capítulo II, talvez pudesse ter reagido com mais energia aos abusos presidenciais.

De qualquer modo, há que se restaurar o poder do Legislativo, restabelecer suas prerrogativas. Já dizia Geraldo Ataliba: “O Legislativo não pode assistir às usurpações como se fosse descrente da força que hauriu na representação de que é titular.”⁷⁸⁵

Suponha-se por outro lado que em todos estes anos posteriores à Constituição de 1988 o Poder Legislativo tivesse cumprido sua função de analisar todas as medidas provisórias, com o fim e no prazo estipulados pelo texto constitucional. Pois bem, em função do exacerbado número delas ainda assim ter-se-ia dado uma ingerência muito grande na seara própria do Poder Legislativo, acarretando um desequilíbrio na concepção da clássica teoria da separação dos poderes. Explica-se: em primeiro lugar o **Executivo estaria determinando preponderantemente a agenda do Legislativo**,⁷⁸⁶ pois se a determinação constitucional fosse seguida à risca, este se veria quase obrigado a só apreciar medidas provisórias,⁷⁸⁷ seja para aprová-las, seja para rejeitá-las; em segundo lugar, partindo-se do pressuposto de que

⁷⁸³ Cf. CHAVES, Mauro. Acreditar no Congresso. *O Estado de São Paulo*, 14 fevereiro 1991. P. 2.

⁷⁸⁴ Cf. BARBOSA, R. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires. P. 9-10.

⁷⁸⁵ Cf. ATALIBA, G. *República...* Op. cit., p. 19.

⁷⁸⁶ No processo legislativo “a agenda compartilhada cedeu espaço para uma agenda imposta”, conclui Fabiano Guilherme dos Santos ao comparar os padrões da relação Executivo-Legislativo nos períodos de 1946-1964 e pós-1988. Apud PILATTI, A. Op. cit., p. 90.

⁷⁸⁷ E foi o que aconteceu por um bom tempo, tempo em que o Congresso correu atrás da conversão de MPs abusivamente editadas, “como o cão atrás de sua própria cauda”, na expressão de Adriano Pilatti, “até simplesmente desistir de convertê-las, a partir do Governo FHC”. Frisa o autor que esse foi um tempo “subtraído à consolidação da nova ordem democrática”, “com profundas conseqüências para o processo de regulamentação da nova Constituição: a avalanche de medidas provisórias praticamente concentrava toda a atenção e consumia todo o labor legislativo dos congressistas, impedindo-os de votar as leis que dotariam a Constituição de maior eficácia, aplicabilidade e conseqüente estabilidade.” Cf. PILATTI, A. Op. cit., p. 87.

grande parte de tais medidas provisórias fosse convertida em lei, então isto estaria significando que o **Executivo** além de determinar a agenda também **determinaria o conteúdo da maior parte da produção legal**. Pode vir neste sentido aliás a classificação da natureza jurídica da medida provisória feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, enquanto “projeto de lei”.⁷⁸⁸

Observe-se neste sentido a análise de Barbosa Lima Sobrinho:

Se examinarmos, na nossa realidade, o significado da palavra ‘provisório’, vamos chegar à conclusão de que em nada se distingue do vocábulo ‘permanente’. Mesmo quando se incorporam as faculdades do Poder Executivo, sob o nome de Medidas Provisórias. Embuste ou negligência dos que elaboraram a Constituição de 1988. Pelo texto, são realmente provisórias, mas, na realidade, transformaram o Poder Executivo no verdadeiro Poder Legislativo da República Brasileira, com o Senado Federal e a Câmara dos Deputados investidos da autoridade de **referendar a legislação, que já recebem feita pelo Presidente da República** e seus auxiliares diretos, Ministros de Estado ou meramente secretários, incumbidos da redação das Medidas Provisórias, que nem precisam surgir em projetos de lei, de iniciativa do Poder Executivo, para serem discutidos e votados, depois do parecer das diversas comissões do Poder Legislativo. Não são projeto. São leis já redigidas pelo Poder Executivo.⁷⁸⁹

Ao contrário da legislação delegada, quando o Legislativo já exerce uma espécie de controle prévio quanto às matérias que serão tratadas pelo Poder Executivo, no caso das medidas provisórias esse controle é exercido – ou pelo menos deveria ser - *a posteriori*. Ao não apreciar as medidas provisórias, o Legislativo a um só tempo perdeu essa valiosa oportunidade de controlar criteriosamente a produção de tais espécies normativas como descumpriu expresso mandato constitucional, incorrendo também em inconstitucionalidade.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. Op. cit., p. 234. Em sentido contrário vem a opinião de Brasilino Pereira dos Santos, para quem “a medida provisória jamais se iguala a um simples projeto de lei, porque já surge com força de lei.” Cf. SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 316. Américo Lacombe diz que medidas provisórias não são projetos de lei porque “estes não têm eficácia enquanto não votados pelo Congresso Nacional e sancionados pelo Executivo.” Cf. LACOMBE, A. M. Medidas provisórias. Op. cit., p. 114.

⁷⁸⁹ In: *Jornal do Brasil*, 12 julho 1994. P. 11 (grifou-se).

⁷⁹⁰ Especula-se se com isto estaria incorrendo em inconstitucionalidade por omissão. Embora não se encontre referência a esta possibilidade na obra de Flávia Piovesan sobre o tema das omissões legislativas, por entender a autora que estas resultariam “do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição”, pensa-se que a hipótese poderia se verificar neste caso, pois conforme Canotilho a “omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional.” Apud PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Op. cit., p. 79. No caso do art. 62, CF/88, há um dever constitucional de ação, embora não o seja especificamente para legislar, e sim para “apreciar” uma espécie legislativa criada por outro poder constituído. Atente-se para o detalhe de que ainda que não seja para legislar diretamente, é obrigação constitucional necessária para completar o processo de feitura da dita “legislação de urgência”, isto é, faz parte de seu procedimento elaborativo. Mas há que se reconhecer também, que a “apreciação” do Poder Legislativo pode ser dada pela via do chamado “silêncio eloqüente”, querendo neste caso significar a rejeição tácita das medidas provisórias. De todos os modos, a incumbência de disciplinar as relações jurídicas das MPs que perderam a eficácia - também prevista no art. 62, § único - é uma obrigação para legislar, em inúmeras vezes não cumprida pelo Poder Legislativo. Assim, por esta via de obrigação prevista no artigo mencionado pode-se afirmar que incorreu o CN em inconstitucionalidade por omissão.

Observam-se, assim, “defeitos” no que deveria ser o normal e correto funcionamento do Poder Legislativo.

Mas pode ser que estes defeitos tenham sido provocados pelo próprio Poder Executivo, em muitos casos o maior interessado na não apreciação das medidas provisórias, principalmente quando já desconfiava que a decisão do Poder Legislativo lhe seria adversa, ou seja, não converteria a medida provisória em lei. Siga-se o raciocínio de Adriano Pilatti a respeito do intrincado jogo da não conversão das MPs pelo Congresso no prazo constitucional:

A interpretação dada pelos constituintes à redação que aprovaram era a de que a ausência de conversão implicaria em rejeição tácita da medida, principal aspecto em que seria manifesta sua vantagem em face do instituto do decreto-lei. Caberia assim ao Executivo o ônus de mobilizar suas bancadas para garantir a tempestiva conversão da MP em lei, eliminando a prática de obstrução pelas maiorias parlamentares que, durante a ditadura, garantira a aprovação de decretos-leis por decurso de prazo.

No entanto, se os constituintes quiseram tal resultado, não o explicitaram no texto aprovado e, na falta de normatização expressa, não vingou a interpretação imaginada pelos autores: a ausência de conversão nunca foi considerada rejeição tácita, aceitando-se, portanto, a ilimitada e aviltante reedição de MPs pelo Executivo. [...]

O fundamental, porém, é que o famigerado instituto permitiu a continuidade da prática de obstrução às sessões conjuntas pela maioria governista, desnaturando assim um instituto classicamente caracterizado como instrumento de ação das minorias parlamentares.⁷⁹¹ Nos últimos dez anos, continuou rotineira a atuação dos líderes das bancadas governistas no sentido de convocar seus liderados para negarem quórum às sessões, impedindo a apreciação e alteração de MPs,⁷⁹² de modo a permitir a reedição integral das mesmas. A novidade é representada pela **perversão adicional que consiste em permitir que o Presidente da República ainda acuse a instituição legislativa de lentidão e falta de colaboração** na implementação da agenda presidencial, sem que as autoridades que deveriam zelar pela imagem do Congresso - que, o mais das vezes, são igualmente governistas - esclareçam à opinião pública quanto ao fato de que a **obstrução é, como regra, desejada e comandada pelo próprio Palácio do Planalto**. Tem-se aí uma espécie de crime perfeito, em que o algoz faz da vítima o principal suspeito.⁷⁹³

⁷⁹¹ Tem-se a registrar pelo menos uma dessas obstruções capitaneadas pela minoria parlamentar. Deu-se em março de 1997, quando o bloco de oposição da Câmara (PT, PDT e PC do B) passou a obstruir as sessões do Congresso que analisavam MPs, como um protesto à edição da MP que desobrigava o governo a cumprir decisões judiciais provisórias, sempre que houvesse risco de prejuízo aos cofres públicos. Foi também uma forma expressamente declarada de forçar o CN a regulamentar o uso das MPs. Cf. “Oposição vai obstruir sessões do Congresso em represália à MP”. *Folha de São Paulo*, 29 de março de 1997. C. 1, p. 4.

⁷⁹² Esta é também a análise de Adrián Lerer. Cf. LERER, A. Op. cit., p. 179. Outros pesquisadores - como Argelina Figueiredo, da Unicamp, e Carlos Ranulfo Melo, da UFMG - também concordam com esta interpretação, eis que a não conversão de medidas provisórias em lei “faría parte da estratégia do governo”, até porque as alterações a serem inseridas nas reedições “permitem barganhas com os partidos da base aliada no Congresso”. Cf. Manutenção é instrumento de negociação. *Folha de São Paulo*, 7 de janeiro de 2001. C. A, p. 8.

⁷⁹³ Cf. PILATTI, A. Op. cit., p. 86 e 88 (grifou-se).

Por outro lado sabe-se que uma das idéias mais importantes que acompanhou o nascimento e o desenvolvimento dos parlamentos foi aquela que viu na representação nacional uma proteção do povo contra imposições excessivas e injustas. A esse respeito há que se ter presente que a função de controle do Poder Legislativo em relação à atuação do Poder Executivo, já mencionada em outros itens desta tese, configura uma espécie de “poder” que fortaleceria o Legislativo. Mas parece não ser pelo “uso”, e sim pelo “abuso” deste “poder” que os parlamentares conseguem influir o Governo em assuntos concretos, dando margem à corrupção parlamentar, traço que acaba por caracterizar e reforçar o poder governamental. Um expressivo exemplo desta distorção foi oferecido por Jellinek, em obra escrita em 1906, mas que bem poderia aplicar-se à atual realidade brasileira. Referia-se ele às taxações impostas à população, e ao orçamento, nos seguintes termos:

A maioria, ao invés de controlar os abusos freqüentemente os favorece, seja por interesse dos próprios deputados que com freqüência assumem o papel de uma oligarquia, seja pelo interesse particular e local de seus eleitores que procuram sua vantagem pessoal às custas do bem-estar geral. Um sistema de patronato parlamentar se opõe à exigência natural da procura imparcial dos interesses públicos, pois nele os deputados tentam, com êxito, ingerir-se na administração estatal que se degrada de tal modo convertendo-se no objeto de exploração. Desta maneira se introduz um tipo de Direito constitucional mercantilizado, cujos negócios se fazem às costas das negociações oficiais.

O direito das Câmaras a aprovar o orçamento deveria ser o contrapeso mais efetivo contra governos desonestos e pródigos. No entanto, a experiência nos ensina que, com freqüência, os Parlamentos tendem a administrar as rendas públicas e os dinheiros do povo de modo muito mais frívolo do que os Governos responsáveis, porque, por razões demagógicas, adotam decisões que logo conduzem necessariamente ao aumento da arrecadação e assim tendem a onerar mais o povo. Em alguns Estados o controle parlamentar do orçamento degenerou quase em pura farsa.⁷⁹⁴

Há problemas por fim que ultrapassam o horizonte dos parlamentares, principalmente aqueles relacionados com a qualidade das normas criadas, eis que muitos congressistas não possuem a preparação necessária, nem técnica, nem objetiva para exercer a “profissão” de legislador. Mas este problema não é exclusivo do Brasil. Werner Birkenmaier localiza o mesmo quadro ao analisar o parlamento alemão, chegando a sentenciar que “a democracia confia a legislação aos leigos”,⁷⁹⁵ em contraposição ao conhecimento técnico no âmbito dos poderes Executivo e Judiciário. Mesmo na Alemanha queixas a idêntico problema já eram anunciadas por Jellinek em sua época, embora dissessem mais respeito à Inglaterra: “A

⁷⁹⁴ Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 78-9.

⁷⁹⁵ Cf. BIRKENMAIER, Werner. *El Estado de Derecho de la RFA*. In: THESING, Josef (Ed.). Op. cit, p. 95.

legislação parlamentar é má: partidista e deficiente, incoerente, deteriora as boas idéias legislativas devido a más formulações e a acréscimos inadequados, depende de milhares incidências de natureza pessoal. As eleições não funcionam segundo as qualidades de concorrência dos candidatos e, com freqüência, é pura casualidade se há expertos nos parlamentos capazes de participar adequadamente no trabalho legislativo, tão complexo que exige muitos conhecimentos específicos.”⁷⁹⁶

É por isso que se torna salutar ter em conta as palavras de Langrod a respeito: “Para que o Parlamento não capitule diante do Executivo, demitindo-se de suas tarefas essenciais, não basta enfraquecer em excesso este último, nem tornar conscientemente o primeiro preponderante sobre todos os planos; é preciso que se desobstruam metodicamente as sessões das Câmaras, que se realize simultaneamente, sobre vários planos, uma reforma técnico-legislativa, que se assegure um perfeito funcionamento de todo o mecanismo.”⁷⁹⁷

De resto, é preciso dizer que sequer os problemas acima referidos poderiam ser usados como desculpa para a torrencial utilização das medidas provisórias pelo Poder Executivo Brasileiro, uma vez que estas nem sempre foram peças legislativas primorosas, pecando muitas vezes até no aspecto técnico-jurídico, como bem o demonstrou a já referida MP nº 2.148-1 (aquela do racionamento da energia elétrica) ou ainda a MP nº 285/90.⁷⁹⁸

Enfim, para ilustrar a intromissão do Poder Executivo na esfera do Poder Legislativo reproduzem-se as palavras do atual Presidente da República quando, em 1990, criticava a enxurrada de medidas provisórias que outro Presidente – Fernando Collor de Mello - então editava:

O Executivo abusa da paciência e da inteligência do país quando insiste em editar medidas provisórias sob o pretexto de que, sem sua vigência imediata, o Plano Collor vai por água abaixo, e com ele, o combate à inflação.

Com esse ou com pretextos semelhantes, o **governo afoga o Congresso numa enxurrada de ‘medidas provisórias’**. O resultado é lamentável: Câmara e Senado nada mais fazem do que apreciá-las aos borbotões. [...] É certo porém que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe ponto final no reiterado desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que **no**

⁷⁹⁶ Cf. JELLINEK, G. Op. cit., p. 76.

⁷⁹⁷ Cf. LANGROD, G. Op. cit., p. 126.

⁷⁹⁸ Nesta cometeu-se erro técnico visível na redação do § 2º do seu art. 8º (*Verbis*: “Os autos das execuções fiscais relativas aos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do Juiz, ciente o representante judicial da União”), conforme explica Wilson Alves de Souza: “O erro de técnica é evidente. Não se trata de despacho, muito menos de simples arquivamento. Trata-se de sentença definitiva declaratória do cancelamento da inscrição de dívida ativa por força de lei (admitindo-se que se trata de lei), o que exige registro, publicação e intimação. O arquivamento será consequência do trânsito em julgado da sentença.” Cf. SOUZA, Wilson Alves de. Medida provisória em matéria processual – Inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, n. 65, p. 124 e 126. Para compreender a trajetória desta MP vide a nota de rodapé n. 804 *infra*.

país só existe um ‘poder de verdade’, o do presidente. E daí por diante esqueçamos também de falar em ‘democracia’.⁷⁹⁹

São palavras que bem sintetizam todo este item. Mas para além disso, são as palavras de quem, mais tarde, conseguiu ferir em grau ainda mais elevado os tantos princípios constitucionais referidos. O então senador referia-se ao “poder” que avocaria a si posteriormente.

3.2.2.1.2 – A interferência do Poder Executivo no âmbito do Poder Judiciário e a paralela conviência deste: a violação do Princípio da Independência Funcional do Juiz

Também é violado o Princípio da Separação dos Poderes por qualquer interferência que possa ser feita pelos outros poderes na independência e correção na administração da Justiça, comprometendo assim o próprio Estado de Direito. É que a independência do Poder Judiciário frente às pressões do Poder Legislativo, como sobretudo do Executivo, constitui uma peça insubstituível do Estado de Direito. Por isso se requer - desde os medievais documentos que antecederam as modernas declarações de direitos - que a Justiça seja realizada por meio de um processo regular, ordenado e coerente, que garanta adequadamente a imparcialidade e a conseqüente segurança jurídica de todos os cidadãos. Aí aparece um complicador no caso do Brasil: estes requisitos podem até ser satisfatoriamente preenchidos nos graus inferiores da administração da justiça, mas esbarram na composição política do órgão de cúpula do Poder Judiciário, o que faz supor um julgamento também político.

Afirmam Waldemar Besson e Gotthard Jasper que em toda Constituição de um Estado de Direito deve prevalecer a mais estrita divisão de poderes, o que inclui o respeito à independência funcional e institucional da justiça, ou melhor dito, do Poder Judiciário. Isso significa que:

Nem o Poder Executivo, nem o Legislativo devem interferir na atividade dos juizes, nem exercer pressão sobre os mesmos. A independência pessoal significa para o juiz que não pode ser removido de seu cargo nem trasladado contra sua vontade. Somente em caso de manifesta violação do direito ou corrupção pessoal poderá ser afastado de seu cargo mediante um juízo político. A independência em suas funções permite garantir ao juiz que **em sua atuação não estará sujeito a nenhum tipo de instruções**. Somente deve servir à lei e ao direito, que deve interpretar **sem que o fiscal, o governo ou um tribunal superior lhe sugira o conteúdo de suas sentenças**.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ Cf. CARDOSO, Fernando Henrique. Constituição ou prepotência?. *Folha de São Paulo*, 7 de junho de 1990. C. A- Brasil, p. 2 (grifou-se).

⁸⁰⁰ Cf. BESSON, W.; JASPER, G. Op. cit., p. 123 (grifou-se).

Precisamente o gigantismo do Poder Executivo presente no Estado contemporâneo pressupõe um forte e eficaz sistema de controle de constitucionalidade. Mas a “justiça constitucional” ou “jurisdição constitucional concentrada” que mais teria resultados significativos em se tratando de abusos cometidos no âmbito da separação dos poderes seria aquela articulada sobre as bases de um verdadeiro Tribunal Constitucional, que fosse independente e pairasse acima dos três poderes constituídos. E isto porque esta solução, que foi acolhida pelos ordenamentos constitucionais que se seguiram ao término da Segunda Guerra Mundial (Itália e então Alemanha Federal), bem como logo em seguida por Portugal e Espanha, supõe a introdução de um órgão constitucional desvinculado dos poderes do Estado. Este órgão, “situado à margem do tradicional esquema da separação dos poderes, está facultado para fiscalizar tanto o Legislativo, como o Executivo, como o Judiciário para exercer sua função de defender a Constituição, proteger os direitos e liberdades dos cidadãos e garantir a distribuição de competências vertical e horizontal traçada pelo texto fundamental”.⁸⁰¹ Mas ao que parece os Tribunais Constitucionais só foram introduzidos em sistemas parlamentaristas.⁸⁰²

Como no Brasil a função jurisdicional é cumprida não por um tribunal constitucional específico mas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, o qual ademais tem composição “política” – conforme melhor se verá em itens *infra* -, foi ele extremamente tímido nas apreciações das inconstitucionalidades suscitadas em se tratando de medidas provisórias. Possivelmente se outro fosse seu modo de composição e se tivesse como exclusiva a função de controle abstrato da constitucionalidade, teria agido com menos timidez e coibido os abusos cometidos na trajetória do uso das medidas provisórias como manda a Constituição. Este é um tema cujos detalhes serão vistos em itens mais adiante. Aqui somente são levantadas estas questões para demonstrar que o Poder Judiciário também não deve ser isentado de culpa quando se trata dos abusos cometidos em torno às medidas provisórias.

É pertinente ainda fazer a seguinte reflexão: quando foi dada ao Poder Judiciário a possibilidade de “legislar” (ainda que para o caso concreto), através do Mandado de Injunção, ele se eximiu, matando o próprio instituto com a equiparação que dele fez à Ação Direta de

⁸⁰¹ Cf. PASTOR, M. Op. cit., p. 74.

⁸⁰² *Ibidem*, p. 75.

Inconstitucionalidade por Omissão.⁸⁰³ Para firmar sua postura, o STF amparou-se na velha teoria da separação dos poderes para dizer que não poderia se imiscuir na função de outro poder, e depois, curiosamente, deixou esta possibilidade ao Poder Executivo, para fazê-lo como o fez com as medidas provisórias.

Além de o Poder Judiciário ter colaborado para o caótico estado de coisas a que se chegou no Brasil com o descontrolado uso das medidas provisórias, por não ter tolhido apropriadamente e desde o início os vários abusos cometidos, também ele foi vítima de claras interferências do Poder Executivo no seu específico campo de ação.

Isto se deu nas várias vezes em que, por medida provisória o Poder Executivo dispôs sobre **matéria processual**,⁸⁰⁴ geralmente sobre **limitação processual**, **cerceando a livre manifestação do Poder Judiciário** e determinando restrições ao cumprimento de decisões judiciais contra os cofres públicos, geralmente com o intuito de preservar planos econômicos.⁸⁰⁵ O caso mais célebre neste assunto foi o da MP nº 1570 (já referido em outro

⁸⁰³ Regina Quaresma verificou à luz de suas pesquisas que de 1988 até 1991 houve maior impetração de Mandados de Injunção do que proposições de ADIns por Omissão. “Entretanto, em 1990, o STF posicionou-se no sentido de ser o mandado de injunção apenas um sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão, devendo o Judiciário, através da decisão que o julgasse cabível, comunicar ao Poder competente (Legislativo ou Executivo) a necessidade de fazer a norma regulamentadora faltante.” Cf. QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e prática*. P. 67. Foi o voto decisivo do Min. José Carlos Moreira Alves em questão de ordem no MI nº 107-DF (requerido por José Emídio Teixeira Lima em face do Presidente da República, cuja decisão deu-se em 21/4/1990), que firmou essa posição interpretativa do STF, sepultando o novo instituto. Isto porque a adotada “tese da subsidiariedade” (dizer que o mandado de injunção não passa de uma ADIn por omissão “subsidiária”) aliada à falta de experiência no uso do *writ*, contribuiu para retirar-lhe a eficácia, esvaziando totalmente a utilização do mesmo. Consideraram equivocada e absurda esta tese, segundo a autora, José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Roberto Barroso e José Afonso da Silva. A autora relata ainda outras duas posições diferentes assumidas pelo STF, mas a primeira foi fulminante. Cf. *ibidem*, p. 68.

⁸⁰⁴ Afora outras inconstitucionalidades que isso implica, estaria a da limitação material, por se tratar de matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), através de suas Casas Legislativas, e não através do Presidente da República. Cf. OLIVEIRA, E. F. de. *Op. cit.*, p. 253, e tb. cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *O Estado de Direito e as medidas provisórias*. RT, 654, p. 241. Em elucidativo artigo, Wilson Alves de Souza demonstra as muitas razões pelas quais uma medida provisória que discipline matéria processual é inconstitucional. Tomando como exemplo a MP nº 285/90 (que inclusive foi declarada insubsistente pelo CN, cf. Ato Declaratório 4/90, do Presidente do Senado, no DOU de 27/12/90), consegue provar que “no âmbito do direito processual a medida provisória gera perplexidade, tumulto, dúvida, insegurança jurídica. E como o direito é a antítese de tudo isto, o elementar bom senso revela que não se pode admitir medida provisória em matéria processual.” Cf. SOUZA, Wilson Alves de. *Medida provisória em matéria...* *Op. cit.*, p. 124-5.

⁸⁰⁵ Veja-se em Valquíria Prochmann veementes críticas a esses “absurdos inconstitucionais”, pelos quais o Poder Executivo sentiu-se autorizado a “retirar do Poder Judiciário aspectos de sua competência ou impor limitações que impeçam o livre exercício da magistratura na defesa da ordem jurídica e da Constituição.” Cf. PROCHMANN, V. B. *Op. cit.*, p. 94. Veja-se também o desabafo de Sílvio Dobrowolski perante todo este estado de coisas, incluindo a linha da proposta de reforma do Judiciário: “Nem a ditadura militar hostilizou tanto a Magistratura como o atual governo”. Cf. DOBROWOLSKI, Sílvio. *O controle deve ser social*. *Jornal da AJURIS*, n. 47, página central. Vejam-se mais críticas ao flagrante exemplo da edição de MP limitando a concessão de liminares em ações judiciais, inclusive classificando o ato legislativo como “maculado por desvio de poder” em SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. P. 164.

item *supra*)⁸⁰⁶, editada em 26 de março de 1997, limitando a possibilidade de o Poder Judiciário conceder tutela antecipada contra a União.⁸⁰⁷ Lembre-se que esta MP veio a lume no contexto da celeuma originada em torno do reajuste salarial de 28,86%, anos antes concedido aos servidores militares e depois estendido pela via judiciária a um grupo de servidores públicos civis, desencadeando então uma enorme demanda de ações judiciais com o mesmo fulcro. Daí que, através da referida MP, a concessão de liminares estaria condicionada à prestação de caução, garantia real ou fidejussória, o que regra geral inviabilizaria a concessão. Consistiu, como é óbvio, uma nítida **violação à independência funcional**⁸⁰⁸ (aí embutida a liberdade de convencimento) **do Juiz, ou do Poder Judiciário**, que historicamente lhe é tão característica, constituindo garantia explícita na Constituição

⁸⁰⁶ Por ser o mais célebre, obviamente que não foi o único, podendo ser citados outros tantos exemplos, tais como: as MPs nº 186 (DOU de 25/5/90), 192 (DOU de 25/6/90) e 198 (DOU de 27/7/90), que estabeleceram hipóteses nas quais ficaria suspensa a concessão de medidas liminares; as MPs 118 (DOU de 6/12/89) e 2059 (DOU de 9/9/00), referentes a Mandado de Segurança; a MP nº 190 (DOU de 1/6/90), que dispôs sobre a suspensão da execução de sentenças em dissídios coletivos; a MP 1561-6 (DOU de 13/6/97 e edições anteriores), dispoendo sobre a intervenção da União nas causas em que figurava como autor ou réu e regulando os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária, dentre outras providências; e a MP 375 (DOU de 24/11/93), que dispôs “sobre a concessão e os efeitos de liminares e de medidas cautelares e sobre situações de risco de grave lesão ao interesse público, à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.”

⁸⁰⁷ Mereceu dita MP o comentário do jurista Dalmo de Abreu Dallari, que bem reproduziu a polêmica que se instaurou em torno desta espécie normativa: “Além de abusar, editando medidas provisórias em grande número e sem que estejam presentes os pressupostos constitucionais da necessidade e urgência, o presidente vem usando fraudulentamente desse instrumento excepcional. [...] Contrariando os mais elementares princípios jurídicos, muitas justificativas de decisões do governo, ofendendo direitos, oscilam entre a ignorância e a chicana, tendo-se chegado agora ao cúmulo de repor na ordem jurídica brasileira alguns exemplares do entulho autoritário que a duras penas tinham sido varridos para fora. É muito expressivo o que acaba de acontecer com a Medida Provisória (MP) número 1.570, editada pelo Presidente em 26 de março de 1997, feita para restringir gravemente a concessão de liminares. Chama logo a atenção o fato de se ter redigido essa medida usando velha técnica de malícia legislativa. A medida não diz diretamente qual o conteúdo de seus dispositivos, limitando a fazer referência a leis, artigos e parágrafos que estão sendo alterados, de tal forma que, para saber do que trata essa medida provisória, é preciso consultar um repertório de legislação que abranja desde 1964, pois várias restrições à defesa de direitos, criadas no período militar, foram incorporadas à medida 1570. [...] Mais grave do que isso, o governo requintou na agressão à ética e ao direito. A MP 1570 foi editada pelo Presidente para proteger os atos ilegais praticados pelo mesmo Presidente da República: é legislação em causa própria, que agride a ética, o direito e os princípios democráticos. Não bastasse isso tudo e o ministro da Justiça, que participou da elaboração dessa MP, foi colocado no Supremo Tribunal Federal e, poucos dias depois, já com a toga de juiz, participou do julgamento de ação que questionava a constitucionalidade da medida.” Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Caricatura jurídica. *Folha de São Paulo*, 25 de abril de 1997. Cad. 1, p. 3. Cumpre observar, no entanto, que o desiderato do governo de acabar “com a indústria das liminares” norteou também a sua proposta para a reforma do Judiciário, e mereceu críticas do mesmo jurista ao mesmo ministro, nestes termos: “O argumento mais enfatizado pelo Ministro é, segundo suas palavras, ‘a necessidade de acabar com a indústria das liminares’... De fato, liminares foram concedidas em grande número, tendo aumentado em grande número o trabalho dos juizes. Por motivos mais do que óbvios, os governantes cujos atos tiveram seus efeitos sustados por aquelas liminares ficaram contrariados com aquelas decisões judiciais e, demonstrando despreparo para a democracia e ao respeito ao direito, atribuíram a multiplicação de liminares a uma suposta ‘indústria de liminares’. [...] Com efeito... é preciso lembrar que não existe indústria sem matéria-prima. E no caso [...] a matéria-prima são os atos inconstitucionais e ilegais do Poder Executivo.” Cf. DALLARI, D. de Abreu. *O poder dos juizes*. P. 62-3.

⁸⁰⁸ Embora refuja ao âmbito do Poder Judiciário, seria de mencionar semelhante invasão capitaneada pelo Poder Executivo em relação a uma das Funções Essenciais à Justiça previstas pela CF/88: o Ministério Público. A tentativa de intimidação de sua atuação deu-se pela MP nº 2088 (a 35ª reedição da MP nº 1669, de junho de 1998), que criou a possibilidade de multar procuradores da República em até R\$ 150.000,00 se a investigação por eles conduzida fosse considerada descabida, sem fundamento.

Federal (conforme o disposto no art. 2º - “São Poderes da União, **independentes** e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” - e também conforme se defluiu das vedações a seus membros estabelecidas no art. 95, § único, incisos I, II e III, que servem para garantir isenção e imparcialidade no desempenho de suas funções). (Grifou-se). No caso da MP 1.570, além de legislar - e em causa própria -, de uma só tacada o Presidente se tornou também executor e juiz. Deste modo, a inconstitucionalidade nestes casos sempre esteve presente também pela clara agressão ao princípio da separação dos poderes. Daí a observação feita por Maria Victoria Benevides quando da análise da polêmica gerada em torno à referida MP 1.570: “Para a democracia, o pior monopólio é o que resulta na **concentração dos Poderes** - Executivo, Legislativo e Judiciário -, os dois últimos cooptados pelo Presidente em nome da ‘governabilidade’”.⁸⁰⁹

Outrossim, também é inconstitucional alterar-se o processo enquanto instrumento de satisfação do direito, havendo um mínimo de perigo de lesão a direitos e garantias individuais. Os dois últimos casos se referem a cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III e IV, CF). Apesar disso, contrariando toda a lógica, no dizer de Dalmo Dallari, o STF, pela maioria de seus membros, afirmou que a referida MP não restringiu de qualquer modo a independência dos juízes. “É muito difícil encontrar a lógica dessa decisão, pois a medida foi editada para retirar dos juízes a liberdade de dar imediata proteção aos direitos ilegalmente ofendidos, julgando segundo sua consciência. Essa medida pretende coagi-los, obrigando-os a fazer de conta que não perceberam a inconstitucionalidade ou ilegalidade.”⁸¹⁰

Neste sentido observa Brasilino dos Santos que permitir ao Executivo legislar sobre a disciplina do direito instrumental “seria o mesmo que consentir-lhe ditar as ordens de como o juiz deve operar a jurisdição.”⁸¹¹

Outra forma de prejuízo ao Poder Judiciário efetivada pela via da compulsiva edição de medidas provisórias deu-se sempre que, ao introduzir programas ou medidas restritivos de direitos ao sabor de conveniências políticas ditadas pelas circunstâncias, o Poder Executivo acabou acirrando o “estrangulamento do aparelho judicial, da primeira à última instância.”⁸¹² Explica-se: como quase sempre as matérias veiculadas pelo selo da medida provisória

⁸⁰⁹ Cf. BENEVIDES, M. V. Podres poderes. *Folha de São Paulo*, 15 de fevereiro de 1998. C. 1, p.3 (grifou-se).

⁸¹⁰ Cf. DALLARI, D. de Abreu. *Caricatura...* Op. cit., p. 3.

⁸¹¹ Cf. SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 793.

⁸¹² Cf. DANTAS, Josemar. *Ações contra União páram a Justiça. Jornal do DIAP*, Brasília, maio 1997. P. 4.

associavam-se “a alguma forma de encurtar ou extinguir direitos”,⁸¹³ ao arrepio de muitas normas abrigadas na Constituição, isso despertou a irresignação dos atingidos, que se converteu em número alarmante de demandas ajuizadas contra a União, emperrando o funcionamento do Poder Judiciário.

Mas todas estas disfunções e desequilíbrios na separação dos poderes não ocorreram apenas por exclusivo empenho do Poder Executivo, embora este nisso lograsse protagonismo.⁸¹⁴ À sua ação abusiva poder-se-ia somar a conivente omissão dos outros dois poderes. Ao seu modo, também o Legislativo e o Judiciário colaboraram para este estado de coisas, mormente quando deixaram de cumprir alguma função das que lhes são pertinentes, ou quando as cumpriram de maneira imperfeita ou até mesmo incorreta, conforme se viu ao longo deste item.

No Brasil, o quadro grotesco e aviltante que se repetiu dia após dia no que se refere às medidas provisórias, só existiu pela confluência de quatro fatores: 1º) o desrespeito do Poder Executivo para com os cidadãos e administrados em geral; 2º) o desrespeito do mesmo Poder Executivo para com a Constituição e pelos outros dois poderes constituídos; 3º) a complacência dos Poderes Legislativo e Judiciário para com o Poder Executivo; e 4º) talvez o mais grave de todos, o desrespeito que o povo nutre por si próprio, configurando o fenômeno da passividade da sociedade civil, que acaba por permitir os mais absurdos abusos.

Ao finalizar este item, que analisou as interferências diretas do Poder Executivo sobre os outros dois poderes constituídos, seria de perguntar: O que faltaria para frear o Poder Executivo? Faltaria que os outros dois poderes o freassem, justamente conforme a concepção clássica da separação dos poderes. A adoção de medidas provisórias, como se viu, provocou manifesto atrito em várias normas constitucionais, ensejando “uma insuportável violação” ao Estado Democrático de Direito, no dizer de Alberto Silva Franco. Para o autor, a realidade concreta e imediata deste Estado “depende de um Poder Executivo que conheça seus limites e aja sem arbitrariedades, de um Poder Legislativo preservado na sua área de atuação, e de um Poder Judiciário que compreenda sua condição de garante da Lei Magna e que, sem concessões nem acomodamentos, exercite sua missão.”⁸¹⁵

⁸¹³ Idem.

⁸¹⁴ Ainda especificamente quanto às ingerências do Executivo no Judiciário Brasileiro, assim se manifesta Maria Isabel Pereira da Costa: “Um Judiciário fragilizado e um Estado mínimo é tudo o que precisam os neoliberais para desfazerem-se do Estado de Direito”. Cf. COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa e a quem?* P 86.

⁸¹⁵ Apud PADOVESE, Ricardo Campos. Op. cit., p. 177.

Não foi esta a tônica ao longo dos treze primeiros anos de vigência das medidas provisórias no Brasil, período em que por conta delas houve algumas sérias crises entre o Judiciário e o Executivo, avultando as freqüentes refregas deste com o Legislativo. A isso somaram-se as imagens negativas promovidas pelo Poder Executivo à opinião pública, através da mídia, de que o Legislativo e o Judiciário eram empecilhos ao desenvolvimento do País.⁸¹⁶

3.2.2.2 – Esquiva ao processo legislativo e falhas no “procedimento elaborativo”⁸¹⁷

Chama-se de processo legislativo “o conjunto dos atos e das tramitações que, por determinação da Constituição, são necessários à elaboração das leis.”⁸¹⁸ Jorge Miranda traz definição mais ampla, dizendo que seja qual for o tipo a que pertença, “um ato legislativo em concreto resulta sempre de um processo ou procedimento; resulta de uma sucessão de atos de variada estrutura e relativamente autônomos encadeados para um fim”.⁸¹⁹

García-Pelayo já há muito tempo chamava a atenção para o declínio da utilização do processo legislativo previsto nas Constituições. Segundo ele a discussão parlamentar, enquanto procedimento adequado para descobrir a racionalidade objetiva em sua dimensão normativa, deixou de ter vigência quando o Estado necessitou utilizar a legislação não apenas para criar uma “ordem geral para a ação”, mas também como “instrumento de ação”. Com o advento do Estado Social, não mais todas as leis exibiam o habitual caráter genérico e abstrato, e isto porque freqüentemente algumas passaram a ser específicas e concretas, “de acordo com a singularidade e, muito seguidamente, com a temporalidade do caso a regular, ou do objetivo a conseguir.”⁸²⁰ Assim, ao lado da fórmula clássica de lei, proliferaram outros tipos de leis, como as “leis-medida”, as “leis-quadro”, as “leis-programa” etc. Isso fez com que “a maioria das prescrições legais que afetam a cotidianidade da vida e as condições de existência do homem do nosso tempo, não são aprovadas pelo Parlamento, senão estabelecidas pelo Governo, pela Administração direta ou as corporações de direito público, seja em virtude do exercício da potestade regulamentar, seja por autorizações legislativas, seja para completar as

⁸¹⁶ Pela análise de um dos representantes do Poder Legislativo, senador Casildo Maldaner, vê-se que essa campanha difamatória se deu mais fortemente em 1997. Cf. *Diário do Senado Federal*, 12 abr. 1997. P. 7.625.

⁸¹⁷ A expressão é de Uadi Lamêgo Bulos. Cf. SAMPAIO, Nelson de S. *O processo...* Op. cit., p. 80.

⁸¹⁸ Cf. SALDANHA, Nelson. *O que é poder legislativo*. P. 19.

⁸¹⁹ Cf. MIRANDA, Jorge. *El proceso legislativo parlamentario en Portugal*. P. 3-4.

⁸²⁰ Cf. GARCÍA-PELAYO, M. *El Estado Social y sus...* Op. cit., p. 368.

leis-quadro e cumprir os objetivos das leis-programa etc.”⁸²¹ Dentre outros perigos desse fenômeno advindos, alertava ser “muito difícil manter com contornos claros e distintos o princípio da reserva legal em um Estado de permanentes intervenções no processo econômico e social.”⁸²²

Por outro lado, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “o aspecto mais singular do processo de elaboração das leis no Estado contemporâneo é, sem dúvida, o surgimento de uma *legislação* editada pelo *Executivo*.”⁸²³ Viu-se no capítulo anterior que o caminho para isso foi aberto pela caracterização do Estado como social, interventor. Já do ponto de vista técnico-jurídico foi o regulamento que aos poucos foi dando passagem para que outras espécies normativas ingressassem na competência direta ou mediante delegação do Poder Executivo.

O constitucionalista lembra ainda que em vista de sua origem, inicialmente o regulamento inspirava o temor de que pudesse ressucitar o poder real, pela identidade de matéria que tem com a lei. Reconhece também não ser fácil “separar o simples desdobramento de normas, muitas vezes laconicamente postas pela lei, da criação de regras novas. Assim, não custa imaginar, os regulamentos aparecem desde logo mais ou menos disfarçadamente inçados de regras jurídicas novas, que rigorosamente falando só poderiam ter sido criadas pelo legislador.”⁸²⁴ Os desdobramentos da prática do Poder Executivo no Brasil vieram mostrar que aquele temor de algum modo se concretizou, não porém no que diz respeito aos regulamentos. Foi o manuseio de outra espécie normativa pelo Executivo - as medidas provisórias - que provocou falhas no próprio procedimento elaborativo especificamente criado para tal, redundando em - ou até já como conseqüência do - exercício de um poder que se aproximou do absoluto em muitos aspectos. Nota-se, pois, que as medidas esquivaram-se do processo legislativo constitucionalmente previsto.

Com efeito, diz Uadi Lamêgo Bulos, o ritual para a formação das medidas provisórias “não ocorre por meio de processo legislativo, mas sim através de um ato monocrático do Presidente da República, que nada mais faz do que um mero **procedimento elaborativo**. Assim, para a criação de medidas provisórias não se requer a iniciativa, nem a votação, nem a sanção, nem o veto e nem, tampouco, a promulgação, razão pela qual inexistente processo

⁸²¹ *Ibidem*, p. 369.

⁸²² *Idem*.

⁸²³ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. p. 157.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 158-9.

legislativo nesta espécie normativa.”⁸²⁵ As implicações desta esquivia ao processo legislativo serão analisadas em subitem próprio, especificamente em relação ao **Princípio Democrático**.

Por ora importa frisar que além de passarem ao largo do processo legislativo propriamente dito, as medidas provisórias ainda acabaram por transgredir o seu próprio procedimento elaborativo, gerando muitas falhas tanto em relação às disposições do art. 62 da CF, quanto no que se refere às previstas na Resolução 1/CN/89.

Como sinal disso, em primeiro lugar estão as incontáveis reedições, descabidas, não previstas no procedimento elaborativo que assistia às medidas provisórias. Em segundo lugar, a postura do próprio Poder Legislativo, que deu a deixa para que uma tal desordem se instaurasse, pois não cumpriu à risca a determinação que constitucionalmente lhe foi atribuída de apreciar todas as medidas provisórias, fosse para aprová-las - quando seriam finalmente convertidas em lei, com ou sem emendas -, fosse simplesmente para rejeitá-las. É bem verdade, no entanto, que esta última opção poderia dar-se pelo ato simbólico do silêncio, constituindo a rejeição tácita. Cada uma destas manifestações apresenta conseqüências específicas, conforme já foi visto em outros itens.

Com efeito dizia o *caput* do art. 62 da CF/88 que, adotadas medidas provisórias pelo Presidente da República, deveria ele “submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.” A dúvida é: o Presidente as encaminharia imediatamente ao Congresso Nacional? Se sim, a falha maior quanto ao procedimento elaborativo seria do próprio Poder Legislativo, que não as apreciava na medida em que lhe eram encaminhadas, mas ainda assim poderia usar a escusa de que o número delas era muito elevado. Se não, a falha maior seria do próprio Presidente da República por descumprir expresso mandado constitucional.

Há que se observar que pela Resolução 1/CN/89 o Congresso Nacional estipulou uma espécie de “subprocesso” legislativo para a apreciação das medidas provisórias. Segundo esse itinerário processual diferenciado, nas quarenta e oito horas que se seguiam à publicação no Diário Oficial da União da medida provisória editada pelo Presidente da República, o Congresso Nacional, por sua Presidência, faria “publicar e distribuir avulsos da matéria, e designará Comissão Mista para seu estudo e parecer.”⁸²⁶ Este procedimento elaborativo específico para esta parte da tramitação da medida provisória desincumbia, portanto, o

⁸²⁵ Conforme notas de atualização do autor a SAMPAIO, Nelson de S. *O processo...* Op. cit., p. 80 (grifou-se).

⁸²⁶ Texto do *caput* do art. 2º da Resolução. Cf. LEVANTAMENTO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. P. 457.

Presidente da República daquela tarefa originariamente a ele designada pelo *caput* do art. 62 e a repassava ao Presidente do Congresso Nacional.

Ainda neste caso a falha continuou a existir, possivelmente porque, quando da estipulação desta regra, não se imaginava no Congresso Nacional a já tantas vezes aludida enxurrada de medidas provisórias. O número elevado destas sem dúvida dificultava não só a publicação e a distribuição dos “avulsos da matéria”, bem como inviabilizava o trabalho da própria Comissão Mista para este fim composta, que, compreensivelmente, não dava vencimento às apreciações que em tese diariamente entravam em pauta.

O Congresso Nacional, pela referida Resolução, evitou que a medida provisória tramitasse por várias comissões (como sói acontecer no processo legislativo normal) em respeito ao seu caráter de urgência. Mas mesmo tramitando apenas naquela Comissão a que faz referência, não obsteu a análise da constitucionalidade material do conteúdo de cada medida provisória, sob pena de abrir-se uma larga porta que levaria, no entendimento de Ivo Dantas, “ao comprometimento do Estado de Direito”.⁸²⁷ Assim, em seu art. 7º, a Resolução determinou que, reconhecida a formalidade de uma medida provisória, a Comissão Mista “examinasse a matéria quanto aos aspectos constitucionais e de mérito”. Ora, se uma medida provisória sequer chegava a ser apreciada em seus aspectos formais, imagine-se quanto aos aspectos materiais constitucionais!

E isso que sempre houve, tanto pela Constituição, quanto pela Resolução, absoluto domínio do Congresso Nacional sobre as medidas provisórias a partir de sua edição, dando provas disso a impossibilidade de o Presidente da República retirá-las e de reeditar aquelas que tivessem sido rejeitadas, conforme jurisprudência do STF a ser vista abaixo. Destarte, conforme observação de Alexandre Mariotti, não há como negar a amplitude e a profundidade que a CF assinalou para o **controle parlamentar das medidas provisórias**.⁸²⁸ Além do mais, cabendo ao Congresso Nacional a **última palavra** sobre a vigência e os efeitos das medidas provisórias, é o cumprimento disso que preservaria a separação dos poderes na sua essência.

Por ter sido o principal desvio no procedimento elaborativo referido, dar-se-á especial atenção às várias implicações das reedições das medidas provisórias.

⁸²⁷ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 72.

⁸²⁸ Cf. MARIOTTI, A Op. cit., p. 90.

3.2.2.2.1 – As reedições, ou o provisório transformado em permanente

Pela regra constitucional original, as medidas provisórias não deveriam vigorar por mais de trinta dias, mas na prática foram reeditadas⁸²⁹ indefinidamente. Esta prática regular de renovação *ad aeternum* das medidas provisórias descaracterizou cabalmente a sua vocação constitucional, qual seja, a de serem justamente provisórias, emitidas apenas para reger ou solucionar situações de urgência e de relevância. Constantemente reeditadas, passaram de provisórias, a permanentes, perenizaram-se. Não se curvaram pois à precária eficácia prevista pelo constituinte. Alteraram-se, como foi visto acima, os passos do procedimento elaborativo constitucionalmente sinalizado para o trâmite de tais espécies normativas.

Relembre-se que pelo procedimento elaborativo referido, vencidos os trinta dias desde a edição de uma medida provisória, o caminho normal a ser percorrido, dentro da constitucionalidade, ofereceria três alternativas: 1ª) não apreciada pelo Congresso Nacional, seria considerada rejeitada tacitamente e caducaria *ipso facto*, operando-se a perda de eficácia *ex tunc*, devendo, em tal caso, os efeitos jurídicos gerados nos 30 dias em que vigorou ser disciplinados por lei pelo mesmo Congresso Nacional; 2ª) apreciada pelo Congresso Nacional e rejeitada de modo expresso, ocorreria igualmente a perda da eficácia desde a edição, sendo que também aqui os efeitos gerados deveriam ser disciplinados por lei; 3ª) apreciada pelo Congresso Nacional, viria a ser convertida em lei, mediante a prévia discussão do respectivo projeto de lei de conversão. Estas eram as possibilidades depreendidas da interpretação dos preceitos constitucionais que tratavam do tema antes da Emenda Constitucional Nº 32/2001.

Adotou-se, contudo, uma quarta opção, aliás a única não prevista, e conforme a melhor exegese, não permitida pelo Texto Maior: a famosa figura da **reedição**.⁸³⁰ É certo que não existia nenhuma proibição expressa à reedição no texto constitucional, contudo esta é a

⁸²⁹ O termo consagrado é “reedição”, embora alguns autores prefiram utilizar “reapresentação” (Cf. HORTA, R. M. Medidas provisórias. *RIL*, n. 107, p. 15-6), “repetição” ou “renovação” (Caio Tácito e Clélio Chiesa).

⁸³⁰ Para Dalmo Dallari a reedição confirmou o uso “fraudulento” do instrumento excepcional: “Diz a Constituição que a medida provisória, mesmo quando cabível, perderá a eficácia desde sua publicação se não for convertida em lei dentro de 30 dias. E diversas medidas provisórias foram republicadas várias vezes, com pequeníssimas alterações, para terem duração de muitos meses, **fraudando a limitação constitucional**.” Cf. DALLARI, D. de A. *Caricatura jurídica*. Op. cit., p. 3 (grifou-se). Clóvis Goulart, analisando a redução do prazo para a apreciação do CN, de 60 para 30 dias operada pelo constituinte, disse: “Neste particular, entretanto, em que pese a primeira impressão de que a medida provisória seja mais democrática do que o decreto-lei, o exame mais acurado vai revelar outra realidade: Sob a égide de uma **interpretação que o mandamento constitucional** (Art. 62, parágrafo único) **não autoriza** e escorado numa **postura sensivelmente dócil do Congresso Nacional**, o Presidente da República, nos casos em que flui o prazo de trinta dias sem a deliberação daquele órgão, tem reeditado as medidas provisórias, com a maior naturalidade, sem óbices ou resistências.” Cf. GOULART, C. de S. Op. cit., p. 128 (grifou-se).

única interpretação razoável, do contrário a competência do CN e o prazo grifados no art. 62 pouco ou nada significariam. Na prática, porém, os Presidentes da República agarraram-se tão fortemente ao recurso da reedição que até 3 de setembro de 2001, das mais de 6.000 medidas provisórias existentes,⁸³¹ algumas conseguiam ser "tão provisórias" que já ultrapassavam o sexto ano de vida. Sim, havia medida provisória na septuagésima nona reedição! E é no entanto tão facilmente perceptível que o artifício suprime da espécie normativa justamente um dos requisitos constitucionais para o seu nascimento, qual seja, a urgência. Logo, reeditar uma medida provisória, seja uma ou 79 vezes, significa **evidenciar sua falta de urgência**. Ora, não há estado de "urgência" que sobreviva a quase sete anos de reedições!

É mais uma vez o exemplo da MP do CADIN (nº 2176-79), já amplamente utilizado neste estudo, que serve para outro paradigma, desta vez o das reedições: estas foram 79,⁸³² sem merecer uma única vez a apreciação do Poder Legislativo. Está-se pois diante de uma maneira extremada pela qual o Poder Executivo e o Congresso Nacional transformaram o mecanismo da legislação excepcional em regra. E o pior: mantiveram com isso um **estoque de legislação de urgência** que ninguém sabe mais como será administrado, além do que se convencionou, de certa forma, "que a reedição tem o poder de recuperar a eficácia perdida

⁸³¹ Até o dia 3 de setembro de 2001 (data da última coleta desses dados) o número exato de medidas provisórias originárias era de 606, isto sem contar aí as reeditadas, caso em que seriam 6.115 (na verdade o somatório "total geral" do Quadro "Medidas Provisórias – Edição e Reedição por Governo" disponibilizado pela Casa Civil na internet apontava como sendo 6.088 MPs, mas, conferindo-se soma por soma, pôde-se descobrir um erro para menos no cômputo total das medidas provisórias originárias e reeditadas no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso (a diferença é de 27 MPs). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/Mp_governo.htm>. Acesso em: 3 set. 2001.

⁸³² Seguiu-lhe de perto a MP nº 2162, que dispunha sobre a emissão de Notas do Tesouro Nacional e aumento de capital do Banco do Brasil, já se encontrando na 72ª reedição. Estas duas MPs eram as campeoníssimas em reedições conforme as tabelas apresentadas pela Casa Civil da Presidência da República sob as rubricas "Medidas Provisórias em Tramitação" (em 3/9/2001 eram 62 as MPs nesta situação) e "Controle de Prazos". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/Mp_prazo.htm>. Acesso em: 3 set. 2001. Veja-se também o irônico exemplo da MP que instituiu o Plano Real: quando em 1990 o senador Fernando Henrique Cardoso foi uma das primeiras vozes a reverberar duramente contra a veiculação de planos econômicos por medidas provisórias, não poderia ele imaginar que protagonizaria com o seu plano econômico um ato mais recriminável que o de Collor. Com efeito, pela precariedade da medida provisória ela só pode visar a algo passageiro, só pode tentar regular provisoriamente, o que não se coaduna com os planos econômicos, que são casos de combate de longo prazo à inflação. Neste sentido a crítica de Cardoso a Collor foi correta e pertinente. Porém, quanto mais pertinente não o seria em relação ao seu próprio Plano Real, cuja MP (a de nº 542, de 30/6/94) foi reeditada 12 vezes antes de ter sido convertida em lei (Lei nº 9.069/95). E isto sem falar na MP nº 2.073-73, que dispunha sobre medidas complementares ao Plano Real, e só foi convertida em lei após ultrapassar 70 reedições, e mesmo assim em virtude de uma convocação extraordinária do CN. Mas é difícil que alguma tenha superado a MP nº 1974-83 (cuja edição originária foi a MP nº 470, de 12/4/94, dispoendo sobre "os títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional, consolidando a legislação em vigor sobre a matéria"), que até 29 de agosto de 2000 já havia passado por 83 reedições. Cf. LEVANTAMENTO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. Dados atualizados até 20 de setembro de 2000. P. 13. Como esta última MP foi convertida em lei apenas em 6 de fevereiro de 2001 (Lei nº 10.179/01), é lógico concluir que tenha alcançado pelo menos 88 reedições.

pela medida provisória não votada no curso dos 30 dias.”⁸³³ Isto foi legitimado pelo STF, conforme se verá mais adiante (v. nota de rodapé n. 1006, neste capítulo). Mas há algo ainda pior: ao contornar o problema da eficácia limitada da medida provisória pela convalidação sistemática, no texto da medida reeditada, dos atos praticados sob a vigência da medida destituída de eficácia *ab initio*, esta prática ensejou a republicação da MP antes mesmo do decurso do trintídeo legal, configurando o desrespeito ao prazo de conversão em lei.⁸³⁴

Humberto Ávila ofereceu uma visão panorâmica acerca de outros descabros perpetrados pelas reedições:

O Poder Executivo reedita algumas medidas provisórias várias vezes e, em alguns casos, com modificações repentinas, com omissões de artigos constantes do veículo anterior, com artigos reenumerados, com artigos desdobrados, com modificações apenas no *caput* ou no corpo do artigo. Há, ainda, outro procedimento a somar-se aos anteriores: uma vez transformada em lei a medida provisória sofre modificações em seu texto por meio de nova medida, do mesmo Poder Executivo. Enfim, **a função legislativa tem sido exercida por meio de medidas provisórias.**⁸³⁵

⁸³³ Cf. GOULART, C. de S. Op. cit., p. 128. Também neste sentido a leitura de Leomar Barros Amorim de Sousa: “E, o que é mais grave: a reedição de medida provisória, pelo Presidente da República, chegou a um grau tão elevado de **perversão e despotismo** que agora a medida subsequente, quando reitera a anterior, convalida-lhe os efeitos, ou seja, **viola duplamente o art. 62**. Primeiro, porque reitera por tempo indeterminado a medida caduca; e, depois, porque a medida reiterada, quando convalida a anterior, está a regular, por via oblíqua, as relações jurídicas decorrentes do período sem cobertura legal, sendo que o mesmo art. 62 remete tal regularização para a competência do Congresso Nacional. Cf. SOUSA, L. B. A. de. *A produção normativa do Poder Executivo*. P. 100-1 (grifou-se). Manoel Valente é outro autor a repudiar veementemente a “cláusula de convalidação” em medidas provisórias, por manifestarem contrariedade ao texto constitucional. “Como convalidar o inexistente, o nulo, o que deixou de existir no mundo jurídico por expressa determinação constitucional? A impropriedade absoluta da convalidação, nesses casos, resulta da inexistência do seu objeto.” A convalidação não encontra amparo constitucional ao pretender expurgar o caráter provisório dos provimentos de urgência, “atribuindo-lhes uma falsa roupagem de efetividade própria da lei formal”, sendo que a “única forma válida de atingir esse objetivo é pela conversão daquela primeira medida provisória em lei.” Cf. VALENTE, Manoel A. L. Cláusula de convalidação... Op. cit., p. 41.

⁸³⁴ Cf. RANIERI, Nina B. S. Governabilidade e Estado Democrático de Direito... Op. cit., p. 126.

⁸³⁵ Cf. ÁVILA, H. B. Op. cit., p. 32 (grifou-se). Aproxime-se a lupa das aludidas “modificações repentinas”, é dizer, do grave caso do acréscimo de novas disposições normativas por ocasião das reedições. Cita-se como exemplo para esta hipótese o caso da MP nº 1.963/17, inconstitucional por mais de uma razão (carecedora de urgência, a matéria que tratou deveria ser tratada por outra espécie normativa), que autorizou a cobrança de juro sobre juro nos empréstimos bancários, isto é, permitiu a capitalização de juros, liberando a prática do anotocismo. Trata-se da liberação por MP de prática coibida desde o Código Comercial de 1850, passando pelo Decreto nº 22.626/1933 (que “dispõe sobre os juros nos contratos”), a chamada “Lei da Usura”, considerada recepcionada pela CF/88. Ademais, a própria CF/88 estipula (art. 192, § 3º) que a taxa de juro real não pode ultrapassar os 12% ao ano. Na realidade, esta regra não existia nas edições anteriores da referida MP, tendo o polémico art. 5º sido introduzido sorrateiramente na reedição de 30/3/2000.

Para as constantes reedições das medidas provisórias contou o Poder Executivo com a morosidade ou mesmo com a passividade e omissão do Poder Legislativo,⁸³⁶ que por seu turno também acabou por não cumprir os mandamentos constitucionais específicos para o caso, quais sejam a apreciação imediata das medidas provisórias para rejeitá-las ou aprová-las e no caso de não conversão em lei no prazo de 30 dias a partir de sua publicação, disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Detalhes destas disfunções já foram vistos acima.

Tudo começou sob a alegação de que nem sempre o Congresso Nacional apreciava a medida provisória no prazo estipulado pela Constituição, o que não é de se estranhar, considerando-se a intensa utilização do instrumento pelo Poder Executivo. Por isso, geralmente por deliberação de ofício do Presidente da República, ela sofria reedição. Fica difícil porém discernir se a reedição ocorria porque o CN não apreciava as MPs, ou se o CN não as apreciava justamente como uma forma de condenação e reação às excessivas reedições. A análise de Regina Machado⁸³⁷ foi no sentido de ser sintomática e direta a resposta parlamentar em relação ao comportamento do governo quando este não reedita à exaustão medidas provisórias rejeitadas, seja expressa, seja tacitamente, pelo Poder Legislativo. Foi o que ocorreu no governo Sarney, no qual se acatavam as decisões do Congresso Nacional e este, em contrapartida, apreciava em grande monta as MPs. Sob este prisma, proporcionalmente inversa foi a reação do CN em relação às medidas provisórias do governo Fernando Henrique Cardoso, tantas vezes reeditadas. Poderia ter-se dado, portanto, uma reação negativa do Poder Legislativo ao caráter desafiador das reapresentações, reiterações ou reedições das medidas provisórias.

No que respeita à hipótese do simples transcurso *in albis* do prazo constitucional, Celso Bastos observou que parte da doutrina condenou a prática da reedição, argumentando que “a não manifestação no prazo constitucionalmente definido consiste em tácita

⁸³⁶ Nada obstante fosse o prazo de 30 dias destinado à apreciação das MPs muito curto, e diversas as atribuições legislativas do Congresso Nacional, este tinha desde o início os instrumentos para impedir que a sucessiva reedição de medidas provisórias se tornasse uma prática corriqueira; bastaria que a tivesse coibido desde o princípio pela via da regulamentação do instituto. Ou, num segundo momento, bastaria que tivesse sido firme, rejeitando expressa e veementemente MPs editadas de forma irregular a partir de 1990, não permitindo assim a proliferação do expediente, já que o STF a partir de tal ano passou a não permitir a reedição daquelas expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional. Não cumpriu seu papel e portanto também possui parcela de culpa nessa situação. É óbvio que depois que milhares de MPs foram editadas e reeditadas, tornou-se mesmo impossível apreciá-las.

⁸³⁷ Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 53.

rejeição.”⁸³⁸ Assim entendeu contundentemente o Min. Paulo Brossard, para quem em hipótese alguma poderia ser reeditada a medida provisória não convertida em lei, fosse por rejeição expressa ou tácita.⁸³⁹ A esta postura filia-se esta tese, entendendo não haver como admitir-se a reedição das medidas provisórias, tenham elas sido formal ou tacitamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, uma vez que deste é a **palavra final** no *iter* processual-legislativo das mesmas, palavra que deveria ter sido respeitada. Este entendimento é corroborado por Américo Lacombe⁸⁴⁰ e por Regina Machado: “Ao admitir-se as reedições, admite-se a possibilidade de o Poder Executivo, através do Presidente da República, legislar livremente, desprezando a existência do Legislativo, realidade que não se pode acatar, por brutalmente contrária aos princípios que devem reger um estado democrático de direito.”⁸⁴¹ Reforçou ainda esta visão o voto do Min. Celso de Mello que esclareceu que o “Presidente da República, após a publicação da medida provisória, **não mais tem poder de disposição sobre ela.**”⁸⁴² Isso deveria incluir obviamente a proibição do poder de sobre ela dispor para fins de reedição.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o fato de a Constituição, ao denominar as medidas “provisórias” e ao tê-las colocado, tão logo publicadas, “**ao inteiro líbito do**

⁸³⁸ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 361. Neste sentido MELLO, C. A. B. de. *Perfil constitucional das medidas provisórias*. Op. cit., p. 30-1; CARVALHO, P. de Barros. *Medidas Provisórias*. RDP, n. 97, p. 38; FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 367; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Medidas provisórias*. P. 116; CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. P. 157-8, DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos...* Op. cit., p. 97-8, e BALTHAZAR, Ubaldo C. *Poder Executivo...* Op. cit., p. 180. Veja-se também a clara lição de Carlos Roberto Ramos a propósito: “O prazo de trinta dias [...] é uma garantia, pensada pelo Constituinte, para contrastar com o antigo Decreto-Lei, cujo prazo de sessenta dias corria a favor do Executivo, tornando-o aprovado por decurso de prazo. Hoje, o prazo corre a favor do Legislativo, ou seja, **não convertidas em lei**, as Medidas Provisórias **morrem no nascedouro**”. Cf. RAMOS, C. R. *Da Medida provisória*. P. 132 (grifou-se). Digno de nota é também o raciocínio de Américo Lacombe: “Ora, se o Congresso, que deve começar o exame em cinco dias [no caso de estar em recesso], deixa passar trinta, está obviamente dizendo que a questão não é urgente e, de conseguinte, é ilegítima a utilização da medida provisória.” Cf. LACOMBE, A. M. *Medidas...* Op. cit., p. 125. Finalmente tem-se a brilhante contribuição de Friedrich Müller a esse respeito: “As interpretações gramatical, sistemática e teleológica, *i.e.*, os elementos de concretização que possuem força enunciativa aqui, mostram que uma medida provisória ou se torna lei em no máximo trinta dias ou se torna inválida. Driblar esses elementos viola os dois dispositivos e acrescenta uma terceira violação da Constituição, à medida que faria que a medida se tornasse ‘permanente’, ao invés de ‘provisória’. Desde os dias do Direito Romano o paralelo no Direito Privado é aqui a ‘operação fictícia’ (*Umgebungsgeschäft*); e o encaminhamento de uma medida provisória ao Congresso com essa segunda intenção é um ‘negócio fictício’. Ambos são inválidos no direito moderno; no Direito Público alemão fala-se, com vistas a configurações comparáveis, de ‘abuso de formas jurídicas.’” Cf. MÜLLER, F. *As medidas provisórias...* Op. cit., p. 1.443.

⁸³⁹ Cf. ADIn 295-DF, Pleno, em 22/6/1990.

⁸⁴⁰ O autor atacou todos os possíveis argumentos que permitiriam fossem reeditadas MPs, concluindo não haver “qualquer possibilidade de reedição”. Cf. LACOMBE, A. M. *Medidas...* Op. cit., p. 125.

⁸⁴¹ Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 66. Também contrário a qualquer tipo de reedição é o posicionamento de Carlos Alberto Ramalho, que a considerou uma “prática abominável”. Cf. RAMALHO, Carlos Alberto. *As medidas provisórias - novo instituto de Direito Constitucional*. CDCCP, n. 11, p. 145.

⁸⁴² Cf. ADIn 293-7/600-DF (grifou-se).

Congresso”, significa que vencida a vigência de qualquer medida provisória “o assunto escapa da alçada do Executivo já que, por força do silêncio ou da rejeição expressa, o **Congresso assume, como é normal, a senhoria exclusiva sobre a questão.**”⁸⁴³ Tendo a Constituição exigido o **aval parlamentar** para a conversão das MPs em leis, é evidente que a falta dele “implica repúdio, rejeição, à medida expedida”, donde reeditá-la corresponderia então “a uma afronta ao Poder Legislativo e a um manifesto extravasamento da competência do Presidente.”⁸⁴⁴ É que proceder de tal modo “implicaria transformar um ato que foi definido como subalterno à apreciação do Congresso em ato que pode ser sobreposto ao juízo dos legisladores e à própria decisão constitucional. Haveria nisto uma **patente inversão daquela que a Lei Magna definiu como a ordem natural das coisas** e possível incursão em crime de responsabilidade (art. 85 da CF).”⁸⁴⁵

Ademais, pela própria precariedade que lhe é inerente, não poderia a medida provisória almejar um caráter de definitividade sem o aval do Poder Legislativo. É que a reedição tem implicações muito complexas, podendo mesmo instalar uma espécie de caos jurídico quando, mais tarde, hipoteticamente, viesse a ser expressamente rejeitado um sem número de medidas provisórias, hipótese em que todos os atos por elas praticados perderiam legitimidade e eficácia.⁸⁴⁶ Neste caso, como faria o Poder Legislativo para, em vista do retorno ao *status quo ante*, disciplinar todas as relações jurídicas surgidas nos longos períodos das reedições? Há também exemplos concretos indicando que várias medidas provisórias, após sucessivas reedições, deixaram em certo dia de ser editadas, gerando a consequência da perda da eficácia desde a edição da primeira.⁸⁴⁷ Ora, em palavras triviais, isso significou brincar com coisa séria, com o destino das pessoas (físicas e jurídicas).

Mas ainda segundo Celso Bastos, outra corrente doutrinária opinou que “se o Congresso Nacional não se manifesta a tempo, e os pressupostos habilitadores da edição da medida provisória continuam presentes, nada impede a sua reedição até a decisão final do

⁸⁴³ Cf. MELLO, C. A. B. de. Medidas provisórias na Constituição brasileira. Op. cit., p. 1.425 (grifou-se).

⁸⁴⁴ Ibidem, p. 1.424.

⁸⁴⁵ Ibidem, p. 1.425 (grifou-se).

⁸⁴⁶ É preciso que se diga que o próprio mecanismo da reedição, pela via transversa, impossibilitava a rejeição das MPs constantemente reeditadas, pois como observa Edson Freitas de Oliveira, “nem com passe de mágica poderá o Congresso Nacional disciplinar relações jurídicas praticadas sob a égide de medida provisória rejeitada após cinco anos de vigência ininterrupta (ou, caso se prefira, durante dezenas de pequenas vigências de trinta dias).” Cf. OLIVEIRA, Edson Freitas de. Medidas provisórias: a solução está próxima? *RDCI*, n. 31, p. 257.

⁸⁴⁷ Cf. LISBÔA, P. H. S. Op. cit., p. 52.

Parlamento.”⁸⁴⁸ Este argumento torna-se frágil quando se vislumbra a partir dele o quanto se estaria fortalecendo o poder de juízo do Presidente da República a respeito da presença dos pressupostos. Ademais, esta **interpretação** foi **benevolente** ao entender que “se o Congresso Nacional não se pronunciou sobre a medida, isto decorre da falta de tempo, não da oposição a ela.”⁸⁴⁹ Neste sentido foi aliás a inclinação do STF, que apenas em poucas ocasiões pendeu para a tese amplamente proibitiva, equiparando as hipóteses de rejeição e de simples transcurso do prazo constitucional a causas de ineficácia da medida provisória.⁸⁵⁰ Com efeito, a jurisprudência mais recente seguiu apontando para aquela outra direção, ao negar explicitamente que a reedição baseada na inação do Congresso Nacional ofenderia suas prerrogativas, conforme se verá abaixo.⁸⁵¹ Pelo teor dos argumentos utilizados é provável que com isso o STF tenha desejado forçar o Poder Legislativo a atuar, a deixar de lado sua apatia, mas seja qual tenha sido sua intenção, o fato é que com essa postura abriu-se a porteira para mais reedições.

⁸⁴⁸ Cf. BASTOS, C. R. *Ibidem*. Este foi o entendimento expresso por Nelson Jobim quando consultado pela Comissão Mista, demonstrando que o próprio Congresso Nacional filiou-se a esta interpretação, com base no Parecer 01/89, relatado pelo referido deputado. Cf. SZKLAROWSKY, L. F. *Op. cit.*, p. 65, e cf. CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo...* *Op. cit.*, p. 177, nota 82. Estes dois autores, com ligeiras variações na fundamentação, aderem a esta corrente interpretativa, bem como ainda: HORTA, R. M. *Medidas provisórias. RIL*, n. 7, p. 15-6; TÁCITO, Caio. *Medidas provisórias na Constituição de 1988*. P. 55; RAMOS, Saulo. *Op. cit.*, p. 10.185, e SANTOS, Brasilino P. dos. *Op. cit.*, p. 417-8.

⁸⁴⁹ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *As medidas provisórias no...* *Op. cit.*, p. 463. Veja-se neste sentido – o de que no silêncio do CN está a reedição autorizada pela jurisprudência do STF - voto sobre o mérito (STF Pleno) proferido na ADIn(MC) 295-DF, já em 22/6/90.

⁸⁵⁰ Cf. STF, AgRg na ADIn 365-DF (acórdão publicado no DJU de 15/3/91) e Questão de Ordem na ADIn 292-DF, DJU de 16/4/1993, p. 6.428. Leia-se parte da ementa do julgado proferido no antes referido Agravo Regimental não provido (por unanimidade de votos) nos autos da ADIn 365-8-DF (DJU de 15/3/91, p. 2.645): “[...] A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa **mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso in albis do prazo de 30 (trinta) dias**, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. [...]”. (grifou-se) Antes disso (DJ de 19/6/90, p. 5715) já se podia ler no despacho denegatório do relator Celso de Mello na ADIn 294-5-DF: “A Medida Provisória 190/90, objeto da presente Ação Direta, **não sofreu apreciação no prazo constitucionalmente estabelecido, pelo Congresso Nacional** (fls. 68). Disso **resulta**, nos termos do parágrafo único do art. 62 da Constituição, a **perda de sua eficácia**. Tendo em vista que essa cessação de eficácia opera *ex tunc*, não há como invocar a atuação concreta da Medida Provisória [...]” (grifou-se) Nota-se aqui a admissão da tese da rejeição tácita, o que vedaria a reedição.

⁸⁵¹ Cf. STF, Medida Liminar na ADIn 1.320-DF (julgada em 7 de julho de 1995). No mesmo sentido o voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADIn(MC) 1.313-1-DF, proferido em 7/7/95 (DJ de 1º/8/95) ao admitir a prática “das revogações e reedições sucessivas de medidas provisórias” em face da falta de deliberação parlamentar, alegando que: “Parece claro que não ofende a independência do Legislativo a ação do Executivo cuja eficácia política a deliberação parlamentar pode paralisar a qualquer tempo”.

Outros autores⁸⁵² entenderam ainda que não poderiam ser reeditadas apenas as medidas provisórias expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, tendo sido esta a interpretação dada desde o início pelo STF (inicialmente na ADInMC 293, julgada em sessão plenária de 7/6/1990). Mas também a violação desta hipótese já se verificou muitas vezes na prática.⁸⁵³

Poucos intérpretes (apenas três) serviram-se da ausência de vedação expressa da reedição de medida provisória no texto da Constituição para alastrar-se em suas formulações. O pioneiro deles foi Saulo Ramos, que, enquanto Consultor-Geral da República, defendeu vigorosamente a reedição, em qualquer hipótese (incluindo portanto até mesmo aquelas MPs expressamente rejeitadas), desde que presentes os pressupostos constitucionais.⁸⁵⁴ Mas quando se trata de uma forma excepcional de legislar não há que se fazer interpretação extensiva do texto constitucional;⁸⁵⁵ não há que ver permissivo para a reedição quando permissivo não há. Ora, o texto do art. 62 e do seu parágrafo único dava todos os grandes passos que deveriam ser seguidos na criação e no aperfeiçoamento da medida provisória em lei. E sequer faria falta uma proibição expressa da reedição, porque o princípio de que “tudo o que não for vedado será permitido” só pode ter aplicação no Direito Privado, como bem foi

⁸⁵² Foi o caso dos juristas José Joaquim Calmon de Passos, Caio Tácito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Sacha Calmon Navarro Coelho, Adriana de Soveral, José Carlos Bruzzi Castello, bem como o Conselho Federal da OAB. Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 30. Clélio Chiesa também filiou-se a este entendimento, dizendo que “admitir que o Poder Executivo, persistindo em seu juízo de relevância e urgência quanto à norma, detenha o poder de reimplantá-la, de imediato, na ordem positiva, com a mesma eficácia, logo após a deliberação do Congresso Nacional, restaria este esvaziado de sua competência maior e incontestável de fazer a lei na forma da Constituição.” Cf. CHIESA, C. Op. cit., p. 59.

⁸⁵³ Por exemplo: MP nº 127 (doação sem encargos de ações da União-CEASA), reeditada pela MP nº 140; MP nº 185 (interposição de recurso em dissídio coletivo e concessão de efeito suspensivo), reeditada pelas MPs nº 190, 193, 199, 211, 234 e 256; MP nº 256 (garantia de salário efetivo), reeditada pela MP nº 273 – vetada em sua íntegra – e pela MP nº 292. Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 57.

⁸⁵⁴ É o que se lê no Parecer SR92, aprovado pelo Presidente da República e publicado no *DOU* de 23/6/1989, Seção I. Na ocasião o jurista considerou haver “legitimidade constitucional da reedição de medidas provisórias não convertidas em lei: a) desde que não tenham sido objeto de expressa rejeição congressual; ou b) mesmo que explicitamente rejeitadas, ainda subsistam as razões justificadoras de sua emanção”. Cf. COLETÂNEA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ANOTADAS. Nº 1 A 73. P. 27-9 e 31. Brasilino Pereira dos Santos também lhe fez companhia na hipótese de admitir a reedição de MPs explicitamente rejeitadas se subsistirem as razões justificadoras de sua emanção (urgência e relevância da matéria). Cf. SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 416-7. Por último, o terceiro autor a figurar neste restrito rol foi Gilmar Ferreira Mendes, para quem “Não há qualquer vedação às reedições no texto constitucional, sendo certa tal possibilidade da essência das medidas provisórias”. Cf. sua entrevista à Revista *Consulex*, n. 7, 1997.

⁸⁵⁵ Veja-se a apreciação de Regina Machado: “As medidas provisórias devem ter seu cabimento submetido a uma interpretação restritiva, posto representarem uma exceção legislativa, fugindo ao procedimento ordinário de produção das leis.” Op. cit., p. 31. Ademais, “os intimidantes exemplos da história constitucional mais recente do Brasil deveriam ser motivação suficiente para interpretar e aplicar cuidadosa e sobriamente o art. 62”, diz Friedrich Müller. Cf. MÜLLER, F. As medidas... Op. cit., p. 1.435 (grifou-se).

lembrado por Américo Lacombe e por Friedrich Müller.⁸⁵⁶ Referindo-se aos decretos-leis e ainda aos limites materiais, que realmente para eles eram bem definidos, Sara Ramos de Figueiredo concluiu que aquela norma constitucional tinha conteúdo essencialmente restritivo, “o que pela lógica jurídica obsta qualquer interpretação extensiva.”⁸⁵⁷ Acredita-se válida sua lição também no que diz respeito às medidas provisórias, pela razão maior de que ambos os institutos configuram formas extraordinárias de legislar, e como tais enquanto exceção devem ser interpretadas.

Neste sentido foi clara a lição de Geraldo Ataliba: “as medidas provisórias devem ser entendidas como **absolutamente excepcionais**; assim, a própria **interpretação** dos preceitos constitucionais a elas concernentes há de ser feita **sempre em benefício do Legislativo e em detrimento do Executivo**.”⁸⁵⁸

O STF, no entanto, deu força aos argumentos daqueles que “leram” no texto da Constituição o que lá não estava escrito em lugar nenhum. Permitiu ele a reedição de medida provisória no caso de decurso de prazo de trinta dias sem manifestação do órgão legislativo. Só restou impedida a reedição no caso de medida provisória expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional.⁸⁵⁹ Mais não faltava para se ignorar de vez o Poder Legislativo!

É opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello que ao se conceber “tão petulante e disparatada conduta” ao Presidente da República, poderia este “manter vigorante para sempre medidas provisórias que o Congresso recusasse converter em lei. Bastaria republicá-las a cada 30 dias. Com isso haveria **completo desnaturamento não só do instituto, mas das funções próprias do Executivo e do Legislativo, e a tripartição do poder** - base de nosso sistema - **perderia qualquer significação efetiva**.”⁸⁶⁰ Assumiriam assim as medidas provisórias, “em

⁸⁵⁶ Cf. LACOMBE, A. M. Medidas... Op. cit., p. 122. Para Müller a regra *o que não é proibido é permitido* “vale para uma área inteiramente distinta: a entre o cidadão e o Estado liberal; mas justamente **não** para as competências jurídicas desse Estado.” Cf. MÜLLER, Friedrich. As medidas... Op. cit., p. 1.443 (grifou-se).

⁸⁵⁷ Cf. FIGUEIREDO, Sara Ramos de. *Processo Legislativo – aspectos fundamentais*. P. 69.

⁸⁵⁸ Cf. ATALIBA, G. *República...* Op. cit., p. 126 (grifou-se).

⁸⁵⁹ Foi neste sentido o julgamento do STF em ADIn proposta pelo Procurador-Geral da República contra a reedição da MP nº 185, rejeitada pelo Congresso e reapresentada sob o nº 190, caso em que por unanimidade foi concedida liminar suspendendo seus efeitos. Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 361. Foi na ADIn 293-7/600-DF que o Min. Celso de Mello, em opinião compartilhada com Sepúlveda Pertence e Carlos Mário Velloso, enfatizou: “A opinião doutrinária de eminentes juristas brasileiros a respeito desse tema, além de virtualmente consensual, é bastante expressiva ao assinalar de modo enfático a impossibilidade jurídico-constitucional de o Presidente da República editar nova medida provisória cujo texto reproduza, em suas linhas fundamentais, os aspectos continuísticos essenciais da medida provisória que tenha sido objeto de expressa rejeição parlamentar.”

⁸⁶⁰ Cf. MELLO, C. A. B. de. Medidas provisórias na Constituição brasileira. Op. cit., p. 1.425 (grifou-se).

contradita com os dizeres constitucionais, o caráter de forma usual, corrente, normal, corriqueira de regência da vida social.”⁸⁶¹

Importa ressaltar que além da gravidade em si da reedição (praxe que garantiu uma sobrevida potencialmente eterna a normas que deveriam ter vigência provisória), este expediente muitas vezes não só repetiu o conteúdo da MP anterior e ratificou os atos praticados durante sua vigência, como trouxe ajustes ou alterações em relação ao texto do diploma original. Esta prática não foi incomum, conforme se exemplifica: em 1995 foram 90 as reedições com alterações, em 1996 foram 99, em 1997 foram 143, em 1998 foram 132, em 1999 foram 148, e até 14 de agosto de 2000 foram 107.⁸⁶² Deste modo, frisa Alexandre Mariotti, “quando o Congresso Nacional finalmente aprova ou rejeita uma medida provisória ‘reeditada’, está, na verdade, aprovando ou rejeitando a última de uma série.”⁸⁶³ E as demais, como seriam disciplinadas em caso de rejeição da última? Isso importaria aumento e complexificação do trabalho do Congresso, como já foi referido, além de gerar mais incertezas jurídicas aos destinatários de tais espécies normativas.

Para finalizar esta análise propõe-se à colação a orientação propugnada por Fernando Lemme Weiss para que o Congresso Nacional se recusasse a dar processamento e tramitação às MPs reeditadas, no seu ponto de vista atitude fundamental para a manutenção da dignidade do próprio Poder Legislativo. O autor chegou a recomendar o descumprimento desse tipo de medida provisória por todos: “A MP reeditada é inteiramente inconstitucional, por decorrer de atuação normativa não autorizada pela Constituição Federal. Em face desse descompasso perante a Carta Magna, deve ser descumprida, assim como qualquer lei inconstitucional (conforme nossos tribunais sempre entenderam). A sua execução importa em desrespeito à Constituição.”⁸⁶⁴

⁸⁶¹ *Ibidem* (grifou-se).

⁸⁶² Conforme cômputo realizado a partir da tabela “Reedições com alteração de texto”, veiculada pela publicação do Senado Federal *Levantamento de Medidas Provisórias*. P. 369-391.

⁸⁶³ Cf. MARIOTTI, A. *Op. cit.*, p. 93.

⁸⁶⁴ Cf. WEISS, Fernando L. *Medidas provisórias – Reedição (responsabilidade do Executivo – Recusa do processamento – Descumprimento)*. RDP, n. 99, p. 140.

3.2.2.3 – Ofensa ao Princípio Democrático: quando do fortalecimento do Poder Executivo resultou o enfraquecimento da nação

Na Capital

Quem manda aqui, perguntei.
Disseram-me:
o povo, naturalmente.
Disse eu:
Naturalmente, o povo.
Porém, quem manda realmente?

Erich Fried

Já dizia Carl Schmitt⁸⁶⁵ que o parlamento, além de ser membro do equilíbrio estatal, deve ele próprio estar equilibrado em si mesmo, precisamente por ser o Poder Legislativo, dotado de uma dinâmica imanente. Isso é necessário em virtude da multiplicidade própria de um poder que, ao criar as leis, está baseado em negociações, e não numa unidade absoluta, sendo aquelas conseguidas comumente por meio da existência de duas câmaras e da multiplicidade de partidos, o que permite lograr um equilíbrio entre pontos de vista e opiniões. Vem ainda de Schmitt a lembrança de que a idéia de que a separação de poderes é algo idêntico à Constituição, integrando o conceito desta, aparece como indiscutível na filosofia alemã do Estado desde Kant até Hegel. Segundo essa concepção, a **ditadura** consistiria principalmente na supressão da separação de poderes, quer dizer, na superação da Constituição, o que equivale a dizer, na **superação da distinção entre Poder Legislativo e Executivo**.⁸⁶⁶

Conforme Carl Schmitt toda a teoria do Estado de Direito está baseada “na contraposição de uma lei geral, anteriormente estabelecida, obrigatória para todos sem exceção e válida basicamente para todos os tempos, e uma ordem pessoal dada em cada caso concreto e considerando especiais circunstâncias determinadas.”⁸⁶⁷ Desta forma o conceito da lei está baseado na distinção racionalista entre o geral e o singular. Nesta discussão os partidários do Estado de Direito vêem no “geral” um valor em si mais elevado. Isto evidenciou-se especialmente na obra de Locke, na contraposição entre *law* e *comission*, base de seus argumentos. Este autor, um clássico para a filosofia do Estado de Direito, é apenas um exemplo na controvérsia que durou um século acerca da questão de quem era soberano: se a lei impessoal ou o rei em pessoa. Por fim alude o próprio Carl Schmitt: “Se uma disposição

⁸⁶⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Sobre el Parlamentarismo*. Op. cit., p. 52.

⁸⁶⁶ Ibidem, p. 53.

⁸⁶⁷ Ibidem, p. 54 e passim.

ditada com a colaboração da representação popular recebe o nome de lei, isso assim é porque a representação popular, quer dizer, o parlamento, toma suas decisões pela via parlamentar, pesando argumentos e contra-argumentos, pelo que, em consequência, possui um caráter distinto do de uma ordem baseada unicamente na autoridade.”⁸⁶⁸ Superada essa controvérsia histórica, claro está desde há muito que a lei é uma fórmula geral e racional e não uma medida, um decreto concreto e isolado, uma ordem.

Daí que a criação da lei contém sempre como imperativo um fator individual intransferível, que é o aspecto intelectual, ao contrário do Poder Executivo, que é essencialmente ação. Conforme Carl Schmitt, “a legislação é *deliberare*, o poder executivo, *agere*.”⁸⁶⁹ Também esta contraposição encerra uma história, que tendo começado em Aristóteles chegou ao racionalismo francês do Iluminismo privilegiando o Poder Legislativo sobre o Executivo.⁸⁷⁰ Com efeito, o parlamento é o lugar onde se delibera, por meio de um processo discursivo, através de argumentos e contra-argumentos.

O Estado de Direito consagra a participação do povo na legislação, representando a concretização do Princípio da Legalidade e o entroncamento deste com o Princípio da Reserva de Lei, que foram desenvolvidos ao longo do século XIX. Ambos remetem à velha noção de “soberania popular”, segundo a qual “o direito positivo obtém sua vigência através da aprovação do povo, e não por ordem e graça de uma pessoa, grupo ou partido.”⁸⁷¹

Logo, um conceito “democrático de lei”, ou de um Estado de Direito Democrático, assenta na soberania popular, sendo a lei a expressão da vontade coletiva dos seus destinatários, por estes diretamente manifestada, ou mediante seus representantes. A lei deve ser fruto da **representação popular**, remontando-se pois ao Princípio Democrático estabelecido na CF/88 em seu art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁸⁷²

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 56.

⁸⁶⁹ Cf. SCHMITT, C. *Sobre el Parlamentarismo*. Op. cit., p. 58.

⁸⁷⁰ Esta diferenciação entre legislação como deliberação e Poder Executivo como ação apareceu não só nas obras de Montesquieu e de Sieyès, mas também na de Hamilton, em “O Federalista” (1788). Cf. SCHMITT, C. Op. cit., p. 58-9.

⁸⁷¹ Cf. ROBBERS, G. Op. cit., p. 30-1.

⁸⁷² Poderia haver alguma alegação de que é tão legítimo que o Executivo legisle quanto o Legislativo por ser o titular daquele Poder igualmente eleito pelo povo, sendo portanto seu representante. Para esclarecer um tal entendimento propõe-se à colação a lição de Ives Gandra Martins: “A evolução política da humanidade tem concentrado nas Casas Legislativas a real representação popular. São elas que encarnam a vontade do povo, visto que, em sua composição, pode a sociedade escolher, entre variados postulantes, aqueles que melhor se afinem com sua maneira de ser e aspirações. O mesmo não ocorre para as eleições a cargos solitários, visto que, para eles, em eleições diretas, poucas são as opções, votando, quase sempre, o eleitor por exclusão e não por convicção.” Cf. MARTINS, I. G. da S. Medida provisória deve ser regulamentada... Op. cit., p. 80. Assim, se o Poder Executivo exerce uma parcela de representação popular ao legislar via medida provisória, teria ele próprio que respeitar a outra parcela da representação, que reside no Poder Legislativo (inclusive de maior peso no regime democrático), quando este diz “não” a uma MP, rejeitando-a expressamente ou por decurso de prazo. O respeito do Executivo, neste caso, dar-se-ia pelo acatamento da decisão soberana do CN, implicando a não reedição das medidas provisórias.

Em interessante estudo sobre o tema do processo legislativo, Paloma Biglino Campos afirma que o Princípio Democrático prevê três exigências básicas para a elaboração das leis: a regra do predomínio da maioria; a participação, em condições de liberdade e de igualdade de todos os setores das Câmaras nas tomadas de decisões, principalmente para garantir às minorias o direito de concorrer no processo, apesar de manter opiniões, opções ou atitudes distintas das predominantes; e a publicidade.⁸⁷³ Para a autora, a **publicidade** constitui a regra geral da atividade parlamentar, importando também que as votações sejam realizadas de forma pública, por ser imperativo do princípio democrático a exclusão do segredo no procedimento legislativo.⁸⁷⁴

Na acepção de Kant legislar significa que cada um decide para todos a mesma coisa e que todos acordam a mesma coisa para cada um.⁸⁷⁵ A liberdade é o não obedecer a outra vontade que aquela a que se prestou consentimento. A lei, em última instância, é “auto-governança”.⁸⁷⁶ É certo que, se estas expressões, sublimadas em Kant e em Rousseau, inicialmente puderam sustentar a compreensão da lei enquanto prescrição normativa da “vontade geral” ou do “legislador”, sustentaram também, ao longo do século XIX, o triunfo da “vontade da autoridade legislativa democraticamente legitimada”, à qual o legislador foi redutivamente associado. Ainda assim pode-se dizer com Manuel Afonso Vaz que o movimento constitucional triunfou com o conceito democrático de lei, no qual se fundava, embora o grau de incidência da “vontade popular” fosse diferente conforme as estruturas constitucionais do aludido século.⁸⁷⁷

Em se tratando de medidas provisórias brasileiras, no entanto, o caráter democrático da espécie normativa é suprimido pela própria natureza de um instituto deste tipo em funcionamento no Presidencialismo. Deste modo inicialmente não é nem pelo uso desordenado da medida provisória que se teve esta “lesão” ao Princípio Democrático, mas pela própria característica de ser ela provinda da unilateralidade do Presidente da

⁸⁷³ Cf. BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. P. 73 e ss.

⁸⁷⁴ *Ibidem*, p. 87. A autora reproduz trecho da Sentença 136/89 do Tribunal Constitucional Espanhol, em que foi reconhecido expressamente que “a publicidade da atividade parlamentar é uma exigência do caráter representativo das assembléias num Estado democrático, mediante a qual se faz possível o controle político dos eleitos pelos eleitores.” *Ibidem*, nota de rodapé n. 53.

⁸⁷⁵ Nas palavras do autor: “A vontade concordante e conjunta de todos, enquanto cada um decide para todos e todos para cada um, isto é, a vontade coletiva do povo, pode unicamente ser legisladora.” Cf. KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito [metafísica dos costumes]*. Segunda Parte, XLVI, p. 153.

⁸⁷⁶ Em Kelsen se vê uma noção similar, com a tipologia do “princípio da autodeterminação”, significando a participação na criação das normas Cf. KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. P. 279.

⁸⁷⁷ Conforme VAZ, M. A. Op. cit., p. 41.

República,⁸⁷⁸ diferentemente do que ocorre na Itália e em outros países parlamentaristas. Vejam-se neste sentido as palavras de Barbosa Lima Sobrinho:

Enquanto qualquer projeto de iniciativa do Congresso fica sujeito, em condições normais, a duas ou três discussões, as medidas provisórias gozam de uma situação privilegiada, que não cabe nos projetos de iniciativa do Poder Legislativo. Basta invocar a urgência, mesmo que não exista nenhuma urgência e que se trate de uma criação com efeitos permanentes, quando a condição de provisoriedade é uma das que estão no próprio nome da medida e constitui uma de suas razões existenciais.⁸⁷⁹

Fran Figueiredo também denunciou várias “peculiaridades” das medidas provisórias:

As medidas provisórias não percorrem o caminho comum às leis. Escapam dos trabalhos das comissões e do debate parlamentar. Não amadurecem, por assim dizer, num processo amplo gerado pela controvérsia. Não incorporam, salvo em grau diminutivo, opiniões novas; não se enriquecem com as manifestações colhidas da opinião pública e dos círculos técnicos e científicos. Antes, ao contrário, interceptam todo o processo convencional de elaboração de leis. Desabam sobre o Parlamento como um raio e, em meio ao tumulto de opiniões em pânico e sob incontrolável pressão das circunstâncias, fazem o seu marco, deixam o seu rastro e, como mandamentos da legislação comum, impõem a sua força.⁸⁸⁰

Lembre-se que a produção legislativa parlamentar é permeada por um processo dialógico, de debate político caracterizado pela publicidade, impedido pelo caráter unipessoal que informa a edição das medidas provisórias. No processo legislativo seguido pelo Poder Legislativo há diálogo; no processo excepcional das medidas provisórias há monólogo. Pode-se mesmo dizer, como o fez Nelson Saldanha, que a evolução histórica do Legislativo é a história da “discussão”, tomando-se o termo discussão no sentido político: “debate em termos institucionais, sobre problemas públicos.”⁸⁸¹

É por isso que existe a regra da excepcionalidade para o emprego da medida provisória. Neste sentido, enfatiza Manoel Valente: “Fazer da exceção a regra não só

⁸⁷⁸ Na verdade, provém ela quase sempre da tecnoburocracia ligada ao Poder Executivo, cuja atuação é de tal monta que põe em xeque o próprio regime representativo, ainda pedra fundamental do sistema democrático. É que, como bem esclarece Geraldo Simões Filho, o presidente de um país presidencialista contemporâneo não tem como dominar todo o conhecimento de que necessita para tomar decisões que vão desde complexos aspectos da política econômica até questões de biotecnologia. Em consequência, já não decide ele sobre o cotidiano das pessoas, mas uma confraria de técnicos que não foram eleitos pelo povo e que ainda por cima governam o próprio governo, e o que é pior, com imunidade contra eventual controle de seu papel. Cf. SIMÕES FILHO, G. V. Op. cit., p. 64.

⁸⁷⁹ In: *Jornal do Brasil*, 12 julho 1994. P. 11.

⁸⁸⁰ Cf. FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, 1990. P. 271.

⁸⁸¹ Cf. SALDANHA, N. *O que é poder...* Op. cit., p. 35.

descaracteriza os elementos informadores da admissibilidade de medidas provisórias, como também retira do Congresso Nacional, como representante privilegiado da cidadania brasileira, a possibilidade da iniciativa legitimada da atividade legislativa, razão essencial de sua existência.”⁸⁸²

Por outro lado, o fato de ser atribuição própria faz com que o Executivo tenha maior autonomia na edição de medidas provisórias do que em relação às leis delegadas. A não necessidade de delegação já dificulta o controle prévio por parte do Poder Legislativo, contribuindo para o caráter autoritário do instituto. Mas para sanar tal lacuna o texto constitucional sabiamente fez constar a obrigatoriedade do controle posterior, o que não foi cumprido satisfatoriamente, como foi visto em item acima. Logo, o que mais marcadamente confere um **caráter antidemocrático** ao instrumento é, lembre-se, a sua própria titularidade, que é una, individual, unipessoal. Isso também se verificava na edição do anterior decreto-lei que, segundo Sara Ramos de Figueiredo, lembrava o “processo legislativo **autocrático**”.⁸⁸³ Este “defeito” não existe no modelo original do instituto, na Constituição italiana, e por aqui confere à medida provisória um caráter de **instrumento autoritário de legislação**, em contraposição ao caráter – se não totalmente – pelo menos bem mais democrático conferido pela origem colegiada que desfruta nos sistemas parlamentaristas.

Até mesmo em Portugal, em que grassa a amplitude para o uso dos decretos-leis, observa Manuel Vaz que a autoria dos mesmos possui caráter colegial e solidário. “O decreto-lei emana do Conselho de Ministros no seu conjunto, e não atomisticamente do Primeiro-Ministro e do Ministro ou Ministros competentes. O fato de a Constituição não exigir a anuência (assinatura) de todos os Ministros, mas exigir a aprovação em Conselho de Ministros dos decretos-leis, mais acentua a natureza política do ato legislativo.”⁸⁸⁴

Geraldo Vieira Simões Filho confirma que o que era para ser um recurso de exceção, foi tão deturpado no processo normativo brasileiro que “já vai fazendo regra a exceção”. “Por certo, razão têm, na matéria, os não poucos estudiosos que vislumbraram neste mal importado instituto de direito público uma **nem tão velada ditadura do Executivo**, sob o pretexto das necessidades corretivas do processo social”.⁸⁸⁵ “**Ditadura mascarada**”⁸⁸⁶ foi a expressão que

⁸⁸² Cf. VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. *RIL*, n. 130, p. 36.

⁸⁸³ Cf. FIGUEIREDO, Sara R. de. Op. cit., p. 68 (grifou-se).

⁸⁸⁴ VAZ, M. A. Op. cit., p. 504.

⁸⁸⁵ Cf. SIMÕES FILHO, G. V. Op. cit., p. 62 (grifou-se).

⁸⁸⁶ Cf. DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Medidas provisórias... Op. cit., p. 122.

Luiz Cláudio Dias usou para designar a mesma situação. “**Ditadura constitucional disfarçada**”⁸⁸⁷ foi a alcunha provinda de Hermann Assis Baeta para o Poder Executivo.

Perante esse desvirtuamento do instituto, poder-se-ia aplicar a este estudo as conclusões de análise feita por Marilena Chauí a respeito da democracia brasileira, no sentido de que esta seria uma **democracia de práticas autoritárias**.⁸⁸⁸ É que “a **democracia** no Brasil sempre foi **um lamentável mal-entendido**”, conforme a análise de Sérgio Buarque de Holanda.⁸⁸⁹ Até mesmo um velho conceito de ditadura, elaborado em 1910 por Marnoco e Souza a respeito da concentração no Executivo do poder legislativo e até do poder de revisão constitucional no contexto do constitucionalismo monárquico português regido pela Constituição de 1838, estaria atualíssimo perante o caso brasileiro: “O poder executivo ou governamental, invocando, porém, circunstâncias de urgência ou de necessidade que não permitem as delongas do processo parlamentar, **usurpa** algumas vezes **as funções do poder legislativo**. Faz então entre nós o que se chama *ditadura*.”⁸⁹⁰

Outro aspecto imbricado nesta análise, mas que talvez penda já mais para o uso desmedido do instituto, é o de que este se transformou num autêntico **instrumento de concentração de poder** por parte do Poder Executivo. Pelo uso exacerbado, sem necessitar consultar o representante do povo para a emissão das medidas provisórias e depois sem a apreciação deste, foi aumentando cada vez mais o poderio daquele poder perante a realidade nacional, ao ponto de esse **fortalecimento do Poder Executivo resultar no enfraquecimento da nação**, esta aqui entendida justamente como o povo soberano (conforme a concepção de Sieyès⁸⁹¹). Se se levasse à risca o dito de Locke,⁸⁹² já referido no primeiro

⁸⁸⁷ Expressão utilizada em sua palestra proferida na XVII Conferência Nacional dos Advogados. Cf. BAETA ACUSA EXECUTIVO DE MANIPULAR OUTROS PODERES. *OAB Nacional*, n. 76, p. 9, set. 1999.

⁸⁸⁸ Cf. CHAUI, Marilena. Democratização não pode se confundir com massificação. *Jornal do Brasil*, 16 de junho de 2001. Editoria: Idéias, p. 3. Vide também sua recente obra, onde igualmente analisa o autoritarismo profundo que permeia a sociedade brasileira: CHAUI, Marilena. *Escritos sobre a universidade*. São Paulo: UNESP, 2001. 208 p. Vide ainda uma obra mais antiga: CHAUI, M. *Cultura e democracia*. Especialmente p. 163, onde abordou o “crescimento desmedido do Executivo” no fenômeno do intervencionismo estatal.

⁸⁸⁹ Conforme seu clássico “Raízes do Brasil”.

⁸⁹⁰ Citado por Canotilho, sendo que este continua o pensamento do teórico de antanho: “Os decretos que o poder executivo publicava em virtude do exercício da ditadura chamavam-se, precisamente, *decretos ditatoriais* (decretos-leis, ordenanças de necessidade). Por vezes, a ditadura levava à suspensão das próprias garantias constitucionais.” Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. P. 736 (grifou-se). A semelhança com o caso brasileiro dá-se precisamente no fato de que a “verdade real” não correspondia à “verdade constitucional”, isto porque embora a Constituição portuguesa de 1838 contivesse um dispositivo (art. 137) que sugeria o deslocamento de poderes legislativos para o executivo, o fazia com um âmbito bem circunscrito, limite que foi extrapolado pelo Governo.

⁸⁹¹ Vide a nota explicativa n. 69, no primeiro capítulo desta tese. Neste mesmo sentido: SALDANHA, Nelson. *O que é poder legislativo*. P. 20, e BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. P. 96.

⁸⁹² Cf. LOCKE, J. Op. cit., p. 499-500.

capítulo, poder-se-ia qualificar os governos do atual Presidente da República de **absolutista e pré-liberal**, pois governa “por decreto”. Aliás, “**Decretismo**” é como Giovanni Sartori nomeia este “epidêmico” e extremado fenômeno brasileiro, denunciando-o como instrumento normal de governo.⁸⁹³

Quanto a isso há que se lembrar que o Executivo Brasileiro sempre foi forte. Quando da Monarquia tinha-se ademais o Poder Moderador. Já na história da República quase todos os presidentes tiveram grande soma de poder pessoal, sendo os mais arbitrários os presidentes militares da Primeira República, além de que um civil, Getúlio Vargas, foi o maior dos caudilhos, chegando-se às duas décadas de ditadura militar (de 1964 a 1985). Esperava-se, contudo, que com a redemocratização o retorno da separação dos poderes pudesse coibir esse desmedido protagonismo do Poder Executivo. Mas não foi o que se verificou, principalmente nos últimos governos e, resultando o atual de continuísmo, isto por si só já expressa um alto grau de personalismo.

Viu-se no capítulo anterior que tanto o personalismo quanto o continuísmo são fenômenos característicos do Presidencialismo latino-americano, e o Poder Executivo Brasileiro em geral não foge destas características. No caso específico, o continuísmo designa aquela vontade insuperável que tem o Presidente da República de continuar no poder mesmo depois do término do seu mandato.⁸⁹⁴

Ao analisar a aprovação da Emenda Constitucional (Nº 16/97) que permitiu a reeleição do Presidente da República no Brasil, combinada com uma inequívoca concentração do poder, Manoel Gonçalves Ferreira Filho perguntava se isso não faria dele “um monarca’, embora republicano?” Ao que respondia com outra pergunta: “É isto desejável num país em que a democracia é aquela plantinha frágil de que falava Otávio Mangabeira?”⁸⁹⁵ Já Paulo Bonavides, além de chamar de inconstitucional a referida Emenda, diz ainda que ela fez possível “certificar a cumplicidade do Legislativo e do Judiciário na consolidação desta **ditadura singularmente escorada em medidas provisórias** e atos ofensivos ao regime constitucional.”⁸⁹⁶

⁸⁹³ Cf. SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada: Una investigación...* P. 179-80.

⁸⁹⁴ Cf. HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, M. Op. cit., p. 259-61. Na análise de Juan Linz sobre os países latino-americanos o fenômeno da reeleição é tido como violador da democracia, porque esta é, “por definição, um governo *pro tempore*”. As limitações do número de vezes que qualquer presidente possa ser reeleito podem ser “frustradas, especialmente se o titular é extremamente ambicioso”, sendo que freqüentemente “tem sido atrativa a perspectiva de trocar a regra em nome da continuidade”. Cf. LINZ, J. Los peligros... Op. cit., p. 30.

⁸⁹⁵ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. As medidas provisórias no... Op. cit., p. 468.

⁸⁹⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial... Op. cit., p. 23 (grifou-se).

Especificamente para demonstrar a deturpação do Presidencialismo no Brasil, o professor Sérgio Resende de Barros criou a seguinte expressão: "**presidentismo**", que serve para designar a exacerbação e a concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, de tal maneira que se chegou a um ponto em que não se tem mais um "Presidente da República", mas uma "República do Presidente".⁸⁹⁷ O Administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, já há muito chama a situação brasileira de "**ditadura de punhos de renda**".⁸⁹⁸ Já o filósofo italiano Domenico Losurdo ao ser indagado a respeito do uso exagerado das Medidas Provisórias, caracterizou o governo brasileiro como "**bonapartismo**" (informação verbal).⁸⁹⁹ Veja-se ainda a pertinente análise de Dalmo Dallari a respeito: "A ordem jurídica do governo Fernando Henrique Cardoso não passa de **caricatura grotesca de uma ordem legítima e democrática**. Tem alguns traços da figura verdadeira, mas as deformações são tantas e tão acentuadas que mal se percebem os contornos da imagem original."⁹⁰⁰

Relembre-se que o quadro brasileiro imediatamente anterior à regulamentação do uso das medidas provisórias era, para Paulo Bonavides, cenário de um "**golpe de Estado institucional**", que é o golpe dos chamados "ditadores constitucionais": "golpe de novo feitio, sem precedentes na história. [...] Não é um golpe de Estado no governo, mas nas instituições. Com o golpe de Estado institucional as instituições não mudam de nome; mudam, sim, de teor, substância e essência." Para o constitucionalista, tal golpe iniciou a ser desferido quando o Presidente reeleito exarou e reeditou centenas de medidas provisórias, "no mais flagrante desrespeito à Constituição e à soberania legislativa do Congresso". Temia o autor que o excesso de arbítrio concentrado na esfera executiva, somado à "erosão e desprezo dos princípios constitucionais", dentre inúmeros outros desrespeitos, pudesse levar a Constituição

⁸⁹⁷ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Medidas provisórias*. p. 14.

⁸⁹⁸ Na explicação do publicista, "ditadura de punhos de renda" porque com "aparência de legalidade". Cf. 'O JUDICIÁRIO REAGE', diz autor da ação. [Entrevista]. *Folha de São Paulo*, 29 abr. 1997. C. 1, p. 4; também cf. AÇÃO PROVOCA 'SAIA JUSTA ENTRE AMIGOS'. *Folha de São Paulo*, 6 maio 1997. C. 1, p. 5.

⁸⁹⁹ Expressão proferida no contexto do *I Congresso Internacional de Neo-Socialismo*, realizado em Florianópolis/SC, de 26 a 29 de março de 1998. Muitas outras foram as expressões neste sentido, cunhadas por cientistas políticos, e até por humoristas, já de domínio público, tais como: "ditadura branca", "ditadura mascarada", "democradura", "presidencialismo imperial", até degenerar em alcunhas ridículas a alguns Presidentes da República, como é o caso de "Fernandinho MP" (em alusão a "Marcelinho VP", conhecido acusado da Justiça brasileira associado ao narcotráfico).

⁹⁰⁰ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Caricatura jurídica. *Folha de São Paulo*, 25 abr. 1997. P. 3 (grifou-se).

de 1988 “a se transformar numa enorme Medida Provisória suscetível de reduzir a cinzas as garantias do art. 5º do Estatuto Fundamental.”⁹⁰¹

Viu-se no Brasil do uso excessivo das medidas provisórias a tendência ao Executivo forte e a correlata impotência do cidadão. Haveria que se somar a isso o que se verifica de modo geral em quase todos os Estados contemporâneos, que é a perda de poder dos parlamentos frente ao Executivo, e a paradoxal perda de poder deste frente à globalização. É inevitável que o Legislativo perca força em sua função típica devido à legislação supranacional, o que se opera inclusive pela redefinição - leia-se diminuição - do conceito de soberania (popular e nacional).⁹⁰²

De que modo, no entanto, preservar a democracia quando o fortalecimento do Poder Executivo acarreta, como no caso brasileiro, a **progressiva fragilização das instituições democrático-representativas?**

Uma sugestão de resposta a esta indagação pode ser buscada em Konrad Hesse:

Democracia é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, forma de *limitação do poder estatal*. As faculdades de domínio, que ela fundamenta, já são de antemão limitadas, somente confiada a prazo, e mesmo o povo, do qual emana todo o poder estatal, está vinculado pela Constituição. A participação de forças políticas diferentes no processo político contribui para isto, assegurar a observância desses limites; porque ela conduz a uma certa autolegalidade de controle e limitação recíproca e é, por conseguinte, adequada para impedir abuso de poder.⁹⁰³

Os europeus, em geral, têm ojeriza, verdadeira aversão a qualquer menção à palavra "ditadura", provalvemente porque vivem hoje em sociedades nas quais a democracia está estabilizada. Relembre-se como a União Européia, em 2000, agiu rápido e eficazmente para combater o político austríaco Joerg Haider, por suas idéias neonazistas.

Em se tratando de Latino-América, e aí incluído o MERCOSUL, a história mostra um quadro um tanto diverso. Em que pesem os esforços dos países em assegurar a democracia, sofridamente ressuscitada após longas décadas de comum passado ditatorial, seguidamente surgem ameaças de um novo golpe militar, como exemplifica o Paraguai. E quando não são

⁹⁰¹ Cf. BONAVIDES, P. Do país constitucional ao país neocolonial... Op. cit., p. 16-7.

⁹⁰² Neste sentido, uma análise bastante completa do “processo de erosão da soberania”, com a paralela “emersão de um novo aparato de poderes”, é oferecida por LUCIANI, Massimo. O anti-soberano, a crise das Constituições e o futuro dos direitos humanos. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. P. 222 e ss.

⁹⁰³ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. P. 123.

golpes militares os fantasmas, outros espectros rondam as jovens democracias, como no caso do Brasil, onde o uso descontrolado das medidas provisórias conferiu ao país nuances de "ditadura civil" ou "ditadura constitucional", conforme se viu ao longo deste estudo. Neste sentido parece que se ingressou novamente numa "**democracia de baixa intensidade**", na velha conhecida expressão de Guillermo O'Donnell.⁹⁰⁴ Ou, talvez esta seja a "**democracia de que padecemos**" (informação verbal),⁹⁰⁵ na feliz expressão do filósofo espanhol García Calvo. Longe de um saudosismo do regime ditatorial militar que antecedeu a presente democracia no Brasil, é preciso alertar, no entanto, que o estado de coisas esteve a sugerir o risco de regimes neo-autoritários, principalmente por ter-se vivido por tantos anos num mundo de inconstitucionalidades.

Permita-se encerrar este subitem citando a Gustav Radbruch:

A democracia é por certo um bem prezado.
O Estado de Direito, no entanto, é como o pão nosso de cada dia
como a água para beber ou o ar para respirar,
e o melhor da democracia é precisamente
que é a única organização adequada para garantir o Estado de Direito.⁹⁰⁶

3.2.2.4 - Ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica

Promover a vigência do Estado Constitucional de Direito não é tarefa fácil, embora necessária a qualquer país que pretenda ser democrático. No Brasil o fenômeno da avalanche de espécies normativas,⁹⁰⁷ grande parte por conta das medidas provisórias, trouxe no mínimo duas conseqüências danosas: os cidadãos perderam o controle do que é que efetivamente estava valendo no âmbito da legislação federal - até o mais informado dos cidadãos teria dificuldades de acompanhar as cotidianas alterações que aí se operavam -,⁹⁰⁸ e o próprio

⁹⁰⁴ Cf. O'DONNELL, Guillermo. Tensões no Estado autoritário-burocrático e a questão da democracia. In: COLLIER, David (Org.). *O novo autoritarismo na América Latina*. P. 267-296. Neste mesmo sentido veja-se a análise do professor argentino O'Donnell ao considerar que nos sistemas presidencialistas sul-americanos "o Executivo funciona como se fosse a corte de um rei, com enorme concentração de poder", numa alusão ao que chama "democracia delegativa" (esta entendida como a idéia de que quem ganhou as eleições "pode fazer o que quiser"), em contraposição à "democracia representativa". Cf. sua entrevista concedida ao jornal *O Estado de São Paulo*, na edição de 9 de agosto de 1992, p. 12.

⁹⁰⁵ Conforme o ciclo de "tertúlias filosóficas" empreendidas pelo autor no Ateneu de Madrid, em 1999.

⁹⁰⁶ Apud MACCORMICK, D. Neil. Estado de Derecho y *rule of law*. In: THESING, J. (Ed.). Op. cit., p. 117.

⁹⁰⁷ Uma análise das reais conseqüências da abundância normativa no ordenamento jurídico espanhol sob a perspectiva da (in)segurança jurídica pode ser vista em: PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. 96 p.

⁹⁰⁸ A situação se agravava para o destinatário das normas, que não poderia alegar a *ignorantia juris* em sua defesa. Daí as medidas provisórias contribuírem para a manutenção de um paradoxo: o Direito se reputa conhecido por todos ao mesmo tempo em que é relativamente indisponível aos seus próprios destinatários, seja pela falta de transparência conceitual das normas, seja pelo excessivo número delas. Interessante estudo a este respeito é desenvolvido por CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. 190 p.

Estado deixou de ter condições de fiscalizar o cumprimento de muitas determinações normativas. Ao primeiro aspecto, o da **insegurança jurídica**, dedica-se a análise deste subitem.

A fim de oferecer um contraponto à insegurança jurídica, evidencia-se com José Roberto Vieira a noção de segurança: “Do latim ‘*securus*’ (livre de perigo), ou, com maior detalhe, da conjunção de vocábulos latinos ‘*sine + cura*’ (sem preocupações), segurança significa **isenção de cuidados**.”⁹⁰⁹

Como corolário de todas as ofensas aos princípios constitucionais acima vistos de maneira individualizada, resulta por fim a ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica, também conhecido como Princípio da Certeza do Direito. De imediato, este princípio remonta ao inciso XXXVI do art. 5º da CF/88 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), mas seu alcance é bem maior,⁹¹⁰ incluindo a proibição do efeito retroativo das leis como regra do ordenamento jurídico.⁹¹¹ Lúcia Figueiredo lembra que o princípio da segurança jurídica, presente no texto constitucional como direito fundamental, “sobrepõe a todo o ordenamento jurídico por ser sua própria razão de existência.”⁹¹²

⁹⁰⁹ Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias...* P. 55.

⁹¹⁰ Note-se, por exemplo, que já no Preâmbulo da CF/88 a “segurança” é proclamada como um dos valores supremos da sociedade brasileira. E, como bem lembrado por José Roberto Vieira, ainda que os constitucionalistas brasileiros, ao contrário da tendência doutrinária francesa, neguem força obrigatória aos dizeres preambulares da Constituição, esta é admitida por vários doutrinadores (como por Celso Bastos, Pinto Ferreira e Manoel Gonçalves Ferreira Filho) quando são os mesmos expressamente reafirmados no próprio texto constitucional. Este é o caso, pois a segurança jurídica também comparece na CF/88 como **direito fundamental** inscrito no *caput* do art. 5º, garantida portanto enquanto **cláusula pétrea**. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 55-6 (grifou-se).

³¹¹ O atual Presidente da República editou medida provisória que continha cláusula retroativa. A inconstitucionalidade deu-se no contexto do programa de recuperação fiscal-REFIS, quando foi editada a MP nº 2.061/2000 que, provocando arbitrarias mudanças nas Leis nº 9.964/00 e 10.002/00, alterou as regras do mencionado programa. Pelo art. 3º da referida MP o contribuinte ingressaria no REFIS a partir de 14/9/2000, mas ficaria sujeito a pagar parcelas referentes aos meses de abril a setembro do mesmo ano. Este dispositivo foi mantido na primeira reedição da MP, mas teve alterada sua redação já a partir da segunda (MP nº 2.061-2/00), indo até a MP nº 2.061-4/00, que foi convertida na Lei nº 10.189/2001, atualmente em vigor. No caso, usou o Poder Executivo de uma artimanha para acabar apenas aparentemente com a retroatividade inicialmente existente na MP, burlando assim uma inconstitucionalidade. Conseguiu, desta maneira, obter o efeito da irretroatividade da norma sob um manto de legalidade. Segundo Marcelo Harger, com isso o Presidente da República “pretendeu alcançar um efeito prático equivalente ao da retroatividade apenas alterando a redação do referido artigo. [...] A alteração realizada, contudo, não retira a mácula existente e vicia por completo o conteúdo das Medidas Provisórias ora impugnadas. A conversão da MP 2.061-4 na Lei nº 10.189/01 não serve para sanar o vício, pois a lei de conversão padece dos mesmos vícios existentes na Medida Provisória.” Cf. HARGER, Marcelo. Desvio de poder na edição de medidas provisórias – o caso do REFIS. *Revista Bonijuris*, n. 455, p. 10 e 11.

⁹¹² Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios de proteção ao contribuinte: princípio de segurança jurídica. *RDT*, n. 47, p. 61.

Vários outros princípios guardam coerência com o Princípio da Segurança Jurídica, entendida esta como um valor que deve ser assegurado pelo Estado aos seus administrados. Assim ocorre com o princípio da legalidade, embora a idéia de segurança jurídica seja bem mais vasta do que a de legalidade. Entre todos os ramos do Direito, no Tributário é que a segurança jurídica assume a maior intensidade possível. É por isso que nele o Princípio da Legalidade se configura como uma “reserva absoluta de lei formal”, conforme foi visto acima.

A segurança jurídica também é alcançada pela **estabilidade da lei**, que obviamente é melhor conferida pela própria lei do que pela medida provisória, sobretudo por presumir-se que as normas editadas pelo Poder Legislativo são menos facilmente modificadas ou revogadas que os atos emanados do Poder Executivo. Mas a falta de estabilidade e, portanto de segurança jurídica, dá-se principalmente pela característica **provisoriedade normativa** da medida provisória, já assinalada em outros itens, que a qualquer momento pode perder os efeitos normativos desde o início. Esse desaparecimento dos efeitos desde o seu início em caso de rejeição não acontece em se tratando de lei de origem parlamentar. E não existia também em relação aos anteriores decretos-leis; daí Szklarowsky deplorar tal “inovação”, reputando-a “geradora de insegurança jurídica”.⁹¹³

Sara de Figueiredo analisava neste mesmo sentido a providência do regime constitucional anterior em relação à impossibilidade de efeito retroativo da desconstituição de um decreto-lei pelo Congresso Nacional: “A regra constitucional [do § 2º do art. 55] é **consentânea com o ‘princípio geral da estabilidade das relações jurídicas’** e com o art. 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (declaração de direitos), ‘que protege o **direito adquirido e o ato jurídico perfeito.**’”⁹¹⁴

Veja-se ainda a comparação de Adriano Pilatti das medidas provisórias com os decretos-leis especificamente quanto ao alcance da perda desses efeitos:

Ruíram, assim, as propaladas vantagens do novo instituto sobre o anterior, já que a desconstituição *ex tunc* dos efeitos das MPs não convertidas **mais ampliou a insegurança jurídica** do que enfraqueceu o poder normativo do Executivo, ao passo que a redução do período de vigência de sessenta para trinta dias perdeu qualquer importância diante da possibilidade praticamente ilimitada de edição e reedição de MPs.⁹¹⁵

⁹¹³ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Op. cit., p. 75.

⁹¹⁴ Cf. FIGUEIREDO, Sara R. de. Op. cit., p. 69 (grifou-se).

⁹¹⁵ Cf. PILATTI, Adriano. Op. cit., p. 86 (grifou-se).

No aspecto da segurança jurídica a medida provisória é “extremamente negativa”, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Tem ela eficácia imediata, tem de ser imediatamente cumprida e aplicada. Mas ninguém pode estar seguro de que ela será convertida em lei, ou convertida em lei, sem modificações. Por isso, quem a cumpre e quem a aplica fica sempre na incerteza se o que fizer não virá a ser desfeito, seja pela não conversão da medida, seja pela sua conversão noutros termos.”⁹¹⁶

Conforme foi visto acima, o Princípio da Segurança Jurídica é uma das importantes condições do Estado de Direito, pelo qual toda atuação do Estado deve ser calculável e previsível. “Somente pode existir segurança jurídica onde os cidadãos sabem com exatidão o que é que o Estado pode fazer e o que é que eles mesmos devem fazer ou deixar de fazer.”⁹¹⁷ Como parte integrante desse princípio aparece outro princípio fundamental antes já referido, o de que um ato somente é penalizado se estava qualificado como punível, bem como a proibição, não menos fundamental, do efeito retroativo da lei. E à proibição da vigência retroativa da lei agrega-se, por igual motivo, o preceito da “clareza das leis”. No Estado de Direito não são lícitas as “normas de interpretação difusa, porque alteram a segurança jurídica”.⁹¹⁸

Há requisitos essenciais do Princípio da Segurança Jurídica - a previsibilidade, a clareza e a durabilidade do direito – que somente a lei, enquanto prescrição normativa geral e abstrata, pode assegurar.

Mas é justamente pelo elemento surpresa que muitas medidas provisórias obtiveram sucesso, isto do ponto de vista dos que as emitiram. Muitas medidas operaram sim enquanto “ferramentas de políticas-surpresa”, o que fulminava de pronto qualquer chance de previsibilidade do conteúdo que veiculavam. O próprio Presidente Fernando Collor,⁹¹⁹ em defesa apaixonada do instituto no ano de 1991, assinalou claramente que as decisões que deveriam conservar confidencialidade até o momento de serem postas em prática perderiam todo o efeito se fossem discutidas publicamente (como por exemplo o caso do tabelamento dos preços).

É pela prevenção do arbítrio do poder que se dá a maior expressão possível à segurança jurídica. Neil Maccormick invocou Gustav Radbruch para assinalar que esses

⁹¹⁶ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. As medidas provisórias no sistema... Op. cit., p 462.

⁹¹⁷ Cf. BESSON, W.; JASPER, G. Elementos del Estado de Derecho... Op. cit., p. 124.

⁹¹⁸ Ibidem, p. 125.

⁹¹⁹ Cf. “Collor defende uso de medidas provisórias”. Op. cit., p, 4.

princípios estão todos entrelaçados, uns dependendo dos outros: “A segurança jurídica constitui o máximo mandato do Estado de Direito que protege o indivíduo do arbítrio do poder público.”⁹²⁰

Por outro lado, Maccormick aduziu que “certamente a preservação da segurança jurídica não protege contra leis que no substancial são não desejáveis ou inclusive profundamente injustas ou indevidas. A segurança somente pode estar garantida pela previsibilidade.”⁹²¹ Esta permite no mínimo que as pessoas planejem seu futuro e incluam as novas normas criadas pelo ordenamento jurídico no planejamento dos seus atos. “Nisso se concretiza uma parte da dignidade humana: o **respeito do ordenamento jurídico pelo indivíduo** como ‘ser racional e autônomo’, cujos atos se vêem determinados pelas decisões que assume sob sua própria responsabilidade.”⁹²²

A doutrina dominante, especialmente a alemã, vê na essência da segurança jurídica a suscetibilidade de previsão objetiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas, “de tal modo que estes possam ter uma expectativa precisa dos seus direitos e deveres, dos benefícios que lhe serão concedidos ou dos encargos que haja de suportar”. Resulta daí que a idéia geral de segurança jurídica deve ser analisada sob um conteúdo formal – “estabilidade do Direito” – e um conteúdo material – “proteção da confiança”.⁹²³

Segundo Gerhard Robbers, o Estado de Direito é aquele Estado “confiável”, que brinda orientação e protege a confiança nele depositada, impedindo por exemplo a aplicação de leis com efeito retroativo. “Analogamente evita a modificação repentina e imprevisível da ordem jurídica. Confiança significa também que, ante a necessidade de introduzir mudanças ineludíveis, se provejam adequados processos de transição”.⁹²⁴ Certamente não é isso o que se verificou com as medidas provisórias, já que estas inovaram e seguem inovando abruptamente a ordem jurídica.

O aspecto da previsibilidade foi também - e mais gravemente - inviabilizado pelas reedições de medidas provisórias que veiculavam alterações nos seus textos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tal teratologia instaurou uma “insegurança jurídica completa”. “Com efeito, a sociedade e os operadores do Direito, ante as ‘alterações de um ou outro artigo

⁹²⁰ Conforme análise de *Rechtsphilosophie* (de 1973) apud MACCORMICK, D. Neil. Estado de Derecho... Op. cit., p. 110.

⁹²¹ Idem.

⁹²² Idem.

⁹²³ Cf. XAVIER, A. Op. cit., p. 45.

⁹²⁴ Cf. ROBBERS, G. Op. cit., p. 30.

de tais medidas reiteradas', terminam por ver-se embrenhados num labirinto de medidas provisórias, por força do que é vital determinar o 'mês preciso' em que nasceram as relações jurídicas constituídas à sombra desses **diplomas fugazes**, pois as que irromperam no mês tal estão sujeitas a regime e conseqüências distintas das que surgiram no mês seguinte ou sucessivo, e assim por diante."⁹²⁵

Quanto à desejável durabilidade do direito no Estado de Direito, a mesma é impossível em se tratando de medidas provisórias. Isto porque sendo os efeitos das medidas provisórias temporários, necessitam eles da conversão delas em lei para serem convalidados. Quando não convertidas em lei, seja pela rejeição tácita ou expressa, seja pela ultrapassagem do prazo de 30 dias ainda em processo de apreciação, a duração das MPs em tese se acabaria. Nestes casos deveria o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas decorrentes das partes do texto suprimidas ou alteradas (caso da aprovação da medida provisória com emendas) ou do texto integral (caso em que a medida provisória perde eficácia por rejeição expressa ou tácita ou ainda por não ter tido concluída sua apreciação no prazo de 30 dias). Aí outro detalhe negativo contribuiu para a insegurança jurídica dos destinatários das originais medidas provisórias: é que, segundo a análise de Ivo Dantas, nem a Constituição Federal nem a Resolução 1/CN/89 fixavam prazo para que fossem reguladas aquelas situações.⁹²⁶ Diante de uma hipotética demora do Congresso Nacional, os interessados teriam que ingressar em juízo, ou pela via do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CF), ou da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF).

Ao fechar a primeira parte deste terceiro capítulo traz-se à colação a contribuição crítica de Friedrich Müller, em palavras que bem sintetizam as perversas características das medidas provisórias e as várias ofensas por elas perpetradas ao Estado Constitucional e Democrático de Direito Brasileiro. *In verbis*:

Decretos emergenciais e medidas provisórias são institutos jurídicos que chegam mesmo a oferecer-se ao **abuso**; que se acumulam em grau grotesco, conforme ensina a experiência, e podem acarretar **conseqüências** entre **graves** e

⁹²⁵ Cf. MELLO, C. A. B. de. Medidas provisórias... Op. cit., p. 1.426 (grifou-se).

⁹²⁶ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 82. O artigo 17 da referida Resolução diz apenas que "esgotado o prazo a que se refere o parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal [de 30 dias], sem deliberação final do Congresso Nacional, a Comissão Mista elaborará Projeto de Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes e que terá tramitação iniciada na Câmara dos Deputados." Tal qual a Constituição, a Resolução apenas fixa o momento do início do decreto legislativo a ser elaborado, mas não determina um prazo máximo para a sua finalização.

gravíssimas para o destino de um Estado Democrático de Direito, em termos de política constitucional.

Se procurarmos pela causa mais profunda, iremos encontrá-la no seguinte cerne material: tais medidas provisórias são formas híbridas. São medidas extraordinárias, i.e., recursos do estado de emergência. Mas elas o são no quadro do estado de normalidade. O Poder Executivo não precisa decretar o estado de emergência nem assumir a responsabilidade por todos os seus custos políticos internos e externos. Na sua **versão abusiva**, as medidas provisórias evitam todas as desvantagens e reúnem todas as vantagens da situação normal e da situação emergencial – para quem? Para um **Executivo inescrupuloso**.⁹²⁷

Até agora viu-se ao longo deste capítulo que a trajetória do uso e do abuso das medidas provisórias no Brasil pode revelar muitas inconstitucionalidades. Conseguiu-se demonstrar a **violação de todos aqueles princípios constitucionais** arrolados no início da análise empreendida. Por um ou outro caminho (seja pelo uso numérico indiscriminado, seja pelas matérias veiculadas ou pela própria natureza do instituto) por medidas provisórias violou-se, ao longo de treze anos, a totalidade dos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro segundo a concepção de José Afonso da Silva.⁹²⁸ Veja-se: violaram-se os **Princípios da Legalidade e da Anterioridade** (tanto no campo penal quanto no tributário); violou-se o **Princípio da Justiça Social** (ou a “vocação social do Estado de Direito Brasileiro”); também violou-se o **Princípio da Proteção Jurídica** (que compõe o “sistema de direitos fundamentais”), bem como o **Princípio da Separação dos Poderes** e, somado a este, o **Princípio da Independência do Juiz**; o **Princípio Democrático** (notadamente na sua acepção representativa) e o **Princípio da Seguranç  Jurídica**.

No que diz respeito ao **Princípio da Igualdade**, só por fazer parte do sistema de garantias fundamentais já poderia ter sido considerado genérica ou indiretamente violado, considerando-se as desigualdades geradas pelo fato de que nem todas as MPs tiveram caráter geral, isto é, algumas promoveram desigualdades concretas por seu caráter casuístico, principalmente no que se refere à outorga de benefícios. Neste rol poderiam servir de exemplo, entre outras, a MP que concedeu honrarias a alguns “heróis” da Pátria, a que autorizou compra de veículo para o Vice-Presidente da República e, de forma mais grave, a que concedeu “socorro financeiro” a bancos privados (a MP do PROER). Neste último caso, setores outros da economia também poderiam reclamar a si os mesmos benefícios alegando

⁹²⁷ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil... Op. cit., p. 1.445 (grifou-se).

⁹²⁸ Confira-se o rol desses princípios em SILVA, J. A. da. *Curso de Direito*... Op. cit., p. 122-3.

justamente o direito a igual tratamento por parte do Estado. Aliás, nota-se atualmente o setor das empresas aéreas pleiteando este tipo de benefício oficial.⁹²⁹

Para além deste aspecto, o princípio também foi violado pelas MPs (as de n. 2.147 e 2.148-1) da crise energética, que estabeleceu desigualdades entre os consumidores de energia elétrica. Na lição de José Afonso da Silva, o Princípio da Igualdade em sua acepção “igualdade perante a lei” tem como principal destinatário justamente o legislador. Citando Seabra Fagundes, diz que o legislador, “ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.”⁹³⁰ Já ao tratar das discriminações e inconstitucionalidades José Afonso da Silva nomina como uma das formas de cometimento de inconstitucionalidades a outorga de benefício “a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação” e outra a imposição de “obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis.”⁹³¹ Assim, ainda que em menor monta e de modo mais relativo, também este princípio constitucional foi violado nas duas possíveis formas aludidas pelo constitucionalista.

Quanto ao **Princípio da Constitucionalidade** (aqui tratado como Princípio da Supremacia da Constituição), entende-se que com a violação de todos os princípios arrolados resulte sintomática também a sua própria violação. Ainda assim, não querendo deixar dúvidas e oferecer provas objetivas de que em muitas ocasiões a supremacia da Constituição foi posta de lado pela sujeição do poder de controle da constitucionalidade ao poder de eficácia econômico-social das ações executivo-governamentais, desenvolver-se-á um item final neste capítulo para tratar especificamente do tema.

Por outro lado, todas as **inconstitucionalidades** postas em relevo neste terceiro capítulo, ao terem em grande parte sobrevivido ao longo dos anos, revelam que se

⁹²⁹ Na justificativa de um parlamentar conclamando o governo federal a promover uma intervenção destinada a estancar a crise que se abate sobre as companhias aéreas brasileiras lê-se: “O governo não precisa alocar maciços recursos federais como fez com os bancos, o que causou sangria nos cofres da União.” Cf. VALADARES PEDE AO GOVERNO QUE SOCORRA AVIAÇÃO DO PAÍS. *Jornal do Senado*, 7 dez. 2001. P. 10.

⁹³⁰ Cf. SILVA, J. Afonso da. *Curso de Direito...* Op. cit., p. 210.

⁹³¹ *Ibidem*, p. 222-3.

encontraram por muito tempo praticamente **institucionalizadas**.⁹³² Demonstrou-se ademais que através delas é acintosa e inconstitucional a supremacia do Poder Executivo, necessitando portanto esta ser minimizada.

“O que está acontecendo em um país cujo Presidente ignora o Congresso, legislando por conta própria, e cria situações que geram desconfiança em relação ao Judiciário?”⁹³³ indagou Fernando Tourinho Neto, enquanto presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil. A sua conclusão a respeito do esquecimento do Poder Executivo de cumprir os pressupostos da democracia ao fazer as vezes de legislador foi de que: “Sempre que um Poder assume as funções de outro ou deixa de cumprir as suas, **a democracia está ameaçada**.”⁹³⁴

É por isso que se fala em crise do Estado Constitucional de Direito ao se revelar essa tendência “neo-absolutista” do Estado de Direito atual, capitaneada pela supremacia do Poder Executivo.⁹³⁵ Veja-se a relação da problemática das MPs com esta crise do Estado de Direito pela análise de Sérgio Cademartori:

Tanto nas chamadas ‘democracias avançadas’ como nas de recente retomada, caso do Brasil, manifesta-se um grau apreciável de ilegalidade dos poderes públicos, o que acarreta uma substancial perda de legitimidade. Com a expansão de ações do Executivo, criando novos campos de atuação e interferência na vida dos cidadãos – e conseqüentemente com um incessante aumento da capacidade normativa de conjuntura da Administração, que se evidencia pelo incremento incessante de Medidas Provisórias editadas e reeditadas, com a conseqüente normatização da vida cotidiana através de portarias ministeriais, decretos e outras normas de origem do Executivo – é colocado em xeque o princípio da legalidade, dando origem a uma crise do Estado de Direito a qual arrasta até o próprio Judiciário.⁹³⁶

Salutar é a lição de Maria Victoria Benevides a respeito desse potencial lesivo das medidas provisórias: “Há duas formas de desrespeito à Constituição. A primeira é a violação grosseira de suas normas; a segunda é o uso de justificativas ‘políticas’ (impedir um mal maior, estimular investimentos externos, desbloquear a burocracia etc.).”⁹³⁷ Conforme os inúmeros exemplos apresentados neste capítulo, pode-se afirmar que, com o uso das medidas provisórias, houve violações desses dois tipos à Constituição. Vejam-se agora, ainda segundo

⁹³² A expressão “inconstitucionalidade institucionalizada” foi tomada por empréstimo de artigo sobre o tema das medidas provisórias, publicado por Luiz Claudio Portinho Dias na *Revista dos Tribunais* de janeiro de 2000, conforme referências bibliográficas *in fine*.

⁹³³ Cf. TOURINHO NETO, F. À beira de uma ditadura. *Folha de São Paulo*, 13 nov. 1998. P. 3.

⁹³⁴ *Idem* (grifou-se).

⁹³⁵ Cf. CADEMARTORI, S. Op. cit., p. 73.

⁹³⁶ *Ibidem*, p. 175-6.

⁹³⁷ Cf. BENEVIDES, M. V. Podres poderes. Op. cit., p. 3.

a mesma autora, as conseqüências conforme um tipo ou outro de desrespeito à Constituição: “O governante que a viola na marra pode, pela própria brutalidade do ato, provocar uma reação sadia e reforçar no povo o apego aos valores democráticos. Ocorre o contrário com aquele que disfarça, como no estilo bonachão de FHC. Esse tipo de violação, aparentemente indolor, acaba corroendo as chances de desenvolvimento da consciência crítica do povo.”⁹³⁸

Diante deste quadro repete-se a indagação de Geraldo Ataliba: “É possível admitir interpretação constitucional que acolha o despropósito de - para prestigiar uma competência excepcional e estrita do Executivo – engendrar situações que **agridem concomitantemente tantos princípios constitucionais?**”⁹³⁹

Poder-se-ia dizer, ao final deste item, que se esteve diante de uma "Constituição ferida", na expressão do constitucionalista italiano Alessandro Pizzorusso.⁹⁴⁰ Como o responsável pela guarda dela se posicionou em suas decisões a respeito das medidas provisórias é o que se verificará no próximo item.

3.3 – Inconstitucionalidades suscitadas em relação às medidas provisórias no controle abstrato de constitucionalidade

Todas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) relacionadas às medidas provisórias têm como requerido o Presidente da República Brasileira. Isto suscita a reflexão sobre o seu dever de garantir e defender a Constituição.

Quanto ao aspecto das incumbências constitucionais dos poderes constituídos, afirma Bernard Gaudillère: "Garantir a Constituição é uma atribuição essencial do Presidente [da República], mesmo se os constituintes não o tenham expressamente escrito".⁹⁴¹ No regime político italiano, objeto de estudo desse autor, tal atribuição se exerce "pela nomeação de juízes constitucionais, de sugestões quanto ao texto fundamental e à sua aplicação, o reenvio de leis ao Parlamento e a eventual recusa de assinar os decretos-leis." No caso italiano, embora o texto constitucional não precise o motivo para a faculdade que tem o Presidente da República de exigir do Parlamento uma segunda deliberação sobre uma lei, isto pode dar-se

⁹³⁸ Idem.

⁹³⁹ Cf. ATALIBA, G. *República e Constituição*. P. 131 (grifou-se).

⁹⁴⁰ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *La Costituzione ferita*. P. 165 e ss. O “caos legislativo e a reforma do sistema das ‘fontes do direito’” são analisados entre as páginas 115 e 133, com especial relevo para “lei, decreto-lei e decreto legislativo”.

⁹⁴¹ Op. cit., p. 72.

em função de uma inconstitucionalidade, sendo que a análise de tais mensagens presidenciais demonstra que as mesmas geralmente apóiam-se em argumentos constitucionais, fazendo referências aos artigos concernentes da Constituição. Tal faculdade no entanto foi utilizada moderadamente: 48 vezes de 1948 a 1995. Do mesmo modo parece que antes de Oscar-Luigi Scalfaro (que assumiu em maio de 1992), nenhum Presidente se recusou a assinar um decreto-lei. Pouco usados ou não, importa é que tais mecanismos existem e estão à disposição do Presidente da República para coibir eventuais inconstitucionalidades.

No Brasil a atribuição do Presidente da República de "garantir a Constituição" é exercida pela indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo poder de veto aos projetos de lei que lhe chegam para ser sancionados. Além disso o Presidente, ao tomar posse, jura obedecer e defender a Constituição, de maneira que deveria ser o primeiro a honrá-la, a dar o exemplo de obediência constitucional ao país. Mas pela exposição vista ao longo deste capítulo, lamentavelmente não é o que sói acontecer. Pela análise das várias inconstitucionalidades cometidas por meio das medidas provisórias editadas, pode-se dizer que veio de cima, do alto, a banalização do desrespeito à Constituição. Tal prepotência, leviandade e desprezo do mandatário da Nação perante o texto constitucional acaba até dificultando o exercício da função jurisdicional de defesa da Constituição, bem como facilita a disseminação da idéia de ineficácia da Lei Maior entre os seus demais destinatários. Com efeito, qualquer integrante da população poderia colocar a seguinte interrogação: "Se o Presidente da República não respeita a Constituição, por que devo eu fazê-lo?"

Viu-se até agora, neste capítulo, que as medidas provisórias foram muito mais o reflexo da "medida do poder que as edita",⁹⁴² na expressão de Regina Machado, do que propriamente o cumprimento dos fins a que se destinaria pelo mandamento constitucional que as autoriza. É que elas raramente vieram ao campo jurídico nacional para assegurar benefícios à coletividade pela via legislativa ágil,⁹⁴³ ou honrar interesses públicos relevantes. Vejam-se as palavras da própria autora:

Do ponto de vista social e cultural, as medidas provisórias não vêm se destinando àquela que deveria ser, em essência, sua destinatária final - a sociedade -, não atendendo aos anseios e necessidades públicos, o que se depreende da análise da incidência temática oferecida pelo Quadro nº 6 [relativo aos 7 primeiros anos das MPs]: de um total de 1.411 medidas editadas e reeditadas, 48 apenas versaram sobre educação, sendo que destas, 31 cuidaram das mensalidades escolares!; 17 medidas versaram sobre saúde, sendo que

⁹⁴² Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 63.

⁹⁴³ Lembre-se da MP do PROER (programa de socorro a bancos falidos), aprovada pelo CN em 13/3/1997.

destas, 29,4% trataram da iodação do sal e 23,53% da competência do Ministério da Saúde para praticar atos *ad referendum* da junta deliberativa do FNS, as demais cuidando de prestação de serviços assistenciais por entidades filantrópicas privadas. Na prática, as medidas provisórias vêm servindo prioritariamente ao Governo, como um fim, eis que de sua totalidade, 26,65% cuidaram de matéria administrativa, máxime reforma administrativa, criação de órgãos e cargos.⁹⁴⁴

Ainda neste sentido seria de referir a crença de Sansão José Loureiro de que a “hipertrofia do Poder Executivo não traz adminículo aos direitos individuais ou sociais.”⁹⁴⁵

Já do ponto de vista especificamente constitucional viu-se igualmente que muitas medidas provisórias feriram, de forma profundamente danosa, vários princípios e regras da Constituição. Este quadro é resultado em grande parte do fato de o Chefe do Poder Executivo ter **exorbitado** o exercício de sua capacidade legislativa.

Das 2.502 ADIns propostas perante o Supremo Tribunal Federal até setembro de 2001, são 342 as especificamente relacionadas ao tema das medidas provisórias, sendo que destas, tão-só 118 foram julgadas, algumas apenas liminarmente, outras quanto ao mérito. Entretanto existiam, à época, mais de duas centenas de “decisões monocráticas” proferidas por Ministros do STF em recursos extraordinários e de agravos.⁹⁴⁶ Estes dados são o indício da reincidência do Poder Executivo em baixar medidas provisórias que contrariavam a própria Constituição. Privilegia-se neste estudo a análise das ADIns e das ADCs (há apenas uma sobre o tema). Eventualmente se fará também referência aos pronunciamentos monocráticos aludidos, tudo para melhor dar a conhecer o posicionamento do STF a respeito dos mais variados aspectos das medidas provisórias. Pelo motivo de que o estudo da jurisprudência do Supremo não é fulcral para esta tese, a análise não será exaustiva, mas apenas exemplificativa - até porque muitas posições são repetidas em inúmeras decisões -, visando dar notícias da postura do mesmo, preferentemente a respeito dos itens tratados neste capítulo. Não se repetirão aqui os posicionamentos do STF já referidos ao longo da tese, especificamente naqueles itens sobre a possibilidade de os Estados adotarem medidas provisórias, sobre a conveniência ou não da

⁹⁴⁴ Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 64.

⁹⁴⁵ Cf. seu Prefácio à PROCHMANN, Valquíria Bassetti. *Poder Executivo e produção normativa*. P 13.

⁹⁴⁶ Todos estes dados foram encontrados na página oficial do próprio STF na internet. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 4 set. 2001.

adoção de medida provisória em matéria penal⁹⁴⁷ e tributária e sobre a revogação ou suspensão da legislação preexistente incompatível com a medida provisória. Por outro lado servir-se-á em grande monta do extenso e profundo trabalho recentemente realizado neste particular por Ana Cláudia Manso Rodrigues.⁹⁴⁸

Alerta-se desde já que, não obstante o número significativo de ADIns, Ana Cláudia Rodrigues constatou que em relação a elas “a maneira de atuação da Corte passa a ser diretamente influenciada dependendo da compreensão que ela dá às especificidades da medida provisória; **compreensão esta nem sempre compatível com a percepção mais adequada do texto constitucional.**”⁹⁴⁹

3.3.1 – O Princípio da Supremacia da Constituição e o papel do Supremo Tribunal Federal: guardião e intérprete máximo

É princípio pacífico no Direito Brasileiro a supremacia da Constituição “com todas as suas conseqüências, em especial a sua rigidez, de onde decorre a invalidade de toda a lei ou de todo ato que a ela contradisser”, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁹⁵⁰

Vem de Hermann Heller a lição de que

⁹⁴⁷ Quanto a norma penal incriminadora ou norma processual penal restritiva serem veiculadas por medida provisória, como o STF nunca chegou a se manifestar sobre o mérito da questão, seria de referir a orientação seguida pelo Tribunal: somente quando não houvesse alteração normativa na conversão da medida provisória é que seria possível a ação direta de inconstitucionalidade inicialmente proposta contra a MP prosseguir depois contra a lei na qual aquela fora convertida, mediante aditamento da inicial. Isto significa que se a lei de conversão introduzisse alterações no conteúdo normativo da medida provisória, o prosseguimento da respectiva ADIn não seria possível. Cf. FARIA, Cássio J. Medidas... Op. cit., p. 186. Veja-se aqui o quanto tal postura se revela temerária do ponto de vista da defesa da Constituição, haja vista que o projeto de lei de conversão do CN, pelo qual este opera alterações no texto original de uma MP não é garantia da extirpação das eventuais inconstitucionalidades das medidas provisórias. Pela via inversa isto pode significar a recusa à aferição do juízo de constitucionalidade por parte do STF. Também Cássio Faria lamenta o fato de que apesar de existir “quase um consenso doutrinário a respeito das apontadas limitações materiais implícitas” à adoção de medidas provisórias em matéria penal e processual penal, o STF nunca enfrentou a questão no mérito e de forma definitiva. “Pior, quando a examinou, em sede de pedido de medida cautelar (neste caso, é bem verdade, com as limitações correspondentes), sempre propendeu, por maioria, no sentido de não suspender a eficácia das normas impugnadas, como aconteceu, por exemplo, no julgamento da liminar na ADIn 162-1, em 14.12.89, versando sobre a Medida Provisória 111/89. [...] E nos casos em que as medidas provisórias, já viciadas na sua edição, foram de alguma forma emendadas no Congresso Nacional, e assim transformadas, na forma regimental, em projetos de lei de conversão, a final sancionados e promulgados pelo Presidente da República (como aconteceu, por exemplo, com as MPs 111/89 e 175/90), o Supremo Tribunal Federal, infelizmente, esquivou-se de apreciar o mérito da questão constitucional, acabando por reconhecer a prejudicialidade, afirmada, nesse caso, ao que parece, pela impossibilidade de aditamento da petição inicial (que só é possível quando a medida provisória é convertida em lei sem qualquer alteração).” Cf. FARIA, C. J. Medidas... Op. cit., p. 189.

⁹⁴⁸ Trata-se da sua obra “A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade...”, aqui já referida.

⁹⁴⁹ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 5 (grifou-se).

⁹⁵⁰ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Do processo legislativo*. P. 211-2.

para caracterizar a superior importância, sobre as demais normas jurídicas, daquelas que, por expressa vontade do legislador histórico da Constituição, valiam como normas fundamentais e tinham sua expressão no documento constitucional, lhes foi assegurada em muitos textos constitucionais uma **alta garantia de permanência**; deveriam ter uma maior duração e estabilidade que os restantes preceitos jurídicos da ordenação estatal, a elas subordinados e delas derivados. Por esta razão muitos textos constitucionais exigiam, para sua modificação, certos supostos especiais e difíceis, e especiais responsabilidades dos órgãos do Estado garantiam sua observância.⁹⁵¹

Referia-se o constitucionalista ao próprio processo de alteração das Constituições tipicamente rígidas. Para além disso estão as garantias pétreas, que no texto constitucional brasileiro abarcam, sem prejuízo de outros, justamente o conteúdo histórico das primeiras constituições apontado por Heller, qual seja, a separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais. Quanto a isso há que se ter em conta que a mudança pode ser operada apenas na prática, sem passar por uma alteração formal do texto constitucional. Pela análise das várias inconstitucionalidades cometidas envolvendo muitos preceitos relacionados às medidas provisórias, é possível que no Brasil de 1988 a 2001 essa mudança informal da Constituição estivesse ocorrendo por força e vontade dos Presidentes da República.

Foi visto nos itens anteriores o quanto o Poder Executivo fez pouco da Constituição, e demonstrada a ineficiência do controle parlamentar quanto às medidas provisórias, ganha relevo o controle exercido pelo Poder Judiciário. Diante do agigantamento do Executivo Brasileiro, diretamente associado ao uso abusivo das medidas provisórias, veja-se salutar alerta do constitucionalista argentino Jorge Reinaldo Vanossi:

Nos sistemas constitucionais há uma subjacente regra de ouro, não necessariamente escrita, mas que se infere da própria estrutura de equilíbrio que supõem os sistemas de democracia constitucional, segundo a qual **a todo acréscimo de poder deve corresponder um aumento de vigor dos controles, uma melhora das garantias e em acentuamento das responsabilidades**. Dito em outras palavras: a mais poder, mais controle, melhores garantias e superiores responsabilidades.⁹⁵²

⁹⁵¹ Cf. HELLER, H. Op. cit., p. 303 (grifou-se).

⁹⁵² Cf. VANOSSI, Jorge Reinaldo. El *habeas data* no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa. *El Derecho*, Buenos Aires, n. 8.580, 1994, p. 1.

Pela CF/88 não há qualquer imunidade jurisdicional conferida ao ato legislativo do Presidente da República.⁹⁵³ Germana de Oliveira Moraes esclarece que embora a Constituição Federal “não estabeleça propriamente um rito ou procedimento desdobrável em fases para a elaboração [...] das medidas provisórias, [...] há aspectos orgânicos e formais definidores do itinerário de sua elaboração, os quais ensejam o controle formal da constitucionalidade de sua formação.”⁹⁵⁴Some-se a isso o inquestionável controle a respeito dos aspectos materiais das medidas provisórias. Assim, mesmo que o controle desempenhado pelo Congresso Nacional se efetivasse a contento, isso não obstaría o controle jurisdicional, até porque aquele, quando exercido, não é vinculante para o órgão jurisdicional, do mesmo modo que não tem o condão de restaurar os direitos porventura violados pela edição de uma medida provisória inconstitucional.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o Supremo Tribunal Federal é o máximo organismo encarregado de verificar a constitucionalidade de toda atuação pública e privada. Seu papel especial na estrutura constitucional lhe rende a denominação de **guardião da Constituição**, embora esta não seja sua única atribuição, já que possui outras competências, cujo catálogo é extenso. Embora não seja um exclusivo “tribunal constitucional” ou uma “corte constitucional”, o Supremo Tribunal Federal faz as vezes de, pelo que pode ser também chamado de “coroa” do Estado de Direito. Esta expressão metafórica busca sublinhar o fato de que hoje todo ato do poder público é verificável judicialmente enquanto à sua constitucionalidade.

⁹⁵³ Na verdade o controle jurisdicional é legítimo e possível de incidir sobre qualquer ato legislativo, incluindo também aqueles de criação típica do Poder Legislativo. Como esclarece Pedro Estevam Serrano em obra destinada a comprovar a possibilidade de “desvio de poder” na função legislativa, se por um lado a tripartição funcional do Poder Estatal “não comporta investigação judicial no âmbito subjetivo das decisões políticas da legislatura”, essa “intangibilidade subjetiva da atividade legislativa não transforma, de outro lado, o legislador em imperador. A estrutura pensada por Montesquieu, mais que justa, é sábia. O legislador, ao produzir as leis enquanto normas gerais e abstratas, incorpora relações jurídicas abstratas ao ordenamento jurídico, no cumprimento dos comandos materiais e axiológicos da Constituição.” Cf. SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. P. 97. Interessante também é a lição de Mirkine-Guetzevich, referida por Landelino Lavilla, no sentido de que o princípio da legalidade não pode ser considerado como a única garantia das liberdades individuais, eis que muitas vezes ao garantir o indivíduo contra a arbitrariedade do poder executivo, deixa o cidadão indefeso ante à arbitrariedade do legislativo, capaz de promulgar uma lei contrária ao princípio de liberdade individual proclamado na Constituição. Daí reafirmar-se a necessidade de um órgão que desempenhe a função de controle da constitucionalidade, ainda que neste processo aflore necessariamente uma tensão dialética entre poder legislativo e jurisdição constitucional. Cf. LAVILLA, Landelino. *Juridificación del poder y equilibrio constitucional*. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.). *División de poderes e interpretación hacia una teoría de la praxis constitucional*. P. 55 e 57.

⁹⁵⁴ Cf. MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. P. 28, 75 e 86.

Conforme Celso Bastos, o controle jurisdicional das medidas provisórias no Brasil pode ocorrer em três níveis: “a) primeiro um controle dos pressupostos de habilitação (se afinal estão ou não presentes); b) depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); c) finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas sim substancial, as normas e princípios adotados pelo constituinte).”⁹⁵⁵

Examinar especificamente a constitucionalidade de uma medida provisória significa zelar pela supremacia de que é portadora a matéria inserida na Constituição frente ao ordenamento infra-constitucional.

Neste sentido, qualquer medida provisória que em seu conteúdo

agrada ou fira os princípios superiores contidos na Constituição, só lhe terá reservada uma providência, qual seja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade material, mesmo que, formalmente, seus requisitos estejam adequadamente postos. Nesta providência, se a ela ficar indiferente o Congresso Nacional, o mesmo não poderá ocorrer com o Judiciário, quer no seu julgamento através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, quer nos casos concretos, onde ao Magistrado é dado o direito-dever de não aplicar (*ex-officio*) norma jurídica inconstitucional, embora com efeitos (neste segundo caso) que abrangem apenas as partes da relação processual.⁹⁵⁶

Estariam contemplados pois os dois modelos de controle jurisdicional da constitucionalidade das normas previstos no ordenamento jurídico brasileiro (o concentrado e o difuso). Haveria que acrescer ainda dentro do controle abstrato a possibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade (a partir da Emenda Constitucional Nº 3, de 1993), também de competência originária do STF, ressaltando que tanto ADCs quanto ADIns são disciplinadas pela Lei Nº 9.868/99.

O controle abstrato de constitucionalidade, o único a merecer atenção neste estudo, significa um controle concentrado num órgão, no Brasil o STF, e realizado por via principal (mediante um processo constitucional autônomo), discutindo-se a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo federal diretamente em face da Constituição, isto é, em tese, independentemente de sua incidência numa relação jurídica concreta. Da lição de Canotilho vem a explicação: “É um processo que visa sobretudo à ‘defesa da Constituição’ e da ‘legalidade democrática’ através da eliminação de atos normativos contrários à

⁹⁵⁵ Cf. BASTOS, C. R. Op. cit., p. 362.

⁹⁵⁶ Cf. DANTAS, I. *Aspectos...* Op. cit., p. 74.

Constituição.”⁹⁵⁷ Por uma ADIn busca-se a declaração da inconstitucionalidade, já por uma ADC busca-se a declaração da constitucionalidade, mediante a iniciativa de qualquer um dos legitimados pelo art. 103, *caput* e incisos, e do § 4º do mesmo artigo da CF/88.

Enfim, no sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, paira o STF como o guardião e intérprete máximo da Constituição Federal.⁹⁵⁸ Esta é sua função primordial, indelegável e intransferível. É pois em honra ao chamado Princípio da Indelegabilidade da Função Jurisdicional que o Supremo Tribunal não poderá furtar-se de apreciar as questões que se lhe apresentarem. Daí se poder dizer que a Constituição é o que o STF diz que ela é.⁹⁵⁹ Esta supremacia do STF, decorrente da própria supremacia da Constituição, tem levado, no entanto, ao dito problema da “jurisprudencialização da Constituição”. Este processo, em curso no Brasil, leva muitas vezes ao paradoxo de ter-se com a jurisprudência do Supremo uma reescritura da Constituição. Diante disto, muitas vezes é preciso ter cautela em relação a certas decisões da “corte constitucional” brasileira. Não seria duvidar da correção da decisão em si, ou ainda da competência dos seus membros-julgadores. Seria desconfiar sim da oportunidade de algumas decisões, tendo em vista o tipo de composição do fórum máximo em se tratando do julgamento de inconstitucionalidades. Veja-se o porquê no próximo subitem.

⁹⁵⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria...* Op. cit., p. 835.

⁹⁵⁸ Art. 102 da CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

⁹⁵⁹ Na esteira da tese mantida pelos membros da Suprema Corte Norte-Americana: “*The constitution is, what we say that it is*” [“A Constituição é o que nós dizemos que seja”]. Cf. SCHNEIDER, Juan-P. Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional. In: LÓPEZ PINA, A. *División de poderes e interpretación...* Op. cit., p. 74. O mesmo autor coloca a característica questão presente em todos os Estados constitucionais democráticos no sentido de que a primazia da Constituição ao dar lugar à primazia da jurisdição constitucional pode estar autorizando erros na interpretação constitucional. Segundo ele, mesmo em um país como os Estados Unidos, que desfruta de uma tradição de jurisprudência constitucional de aproximadamente dois séculos, recentemente reacendeu-se esse debate. Veja-se: “Em um discurso ante à *American Bar Association*, pronunciado em julho de 1985, o Ministro de Justiça Meese censurou o Tribunal Supremo por manter uma ‘errônea concepção constitucional’. A seu juízo, as sentenças do Tribunal transluziam mais as preferências políticas dos juizes, que uma orientação objetiva referente ao Direito Constitucional.” Neste sentido, diz o autor que “somente quando se produz a impressão de que os juizes leram na Constituição o que nela não há, uma sentença perde força objetiva de convicção e aparece ao exterior como ‘politicamente’ motivada.” Para evitar problemas deste tipo, defende o autor a máxima prudência do Tribunal, eis que este, apesar de toda a sua autoridade, “não deve representar a maioria política, o povo ou a si mesmo”, mas “unicamente à Constituição à que empresta a voz”. Idem.

3.3.1.1 – O problema da composição política do STF: comparações com os modelos espanhol e italiano

Pela Constituição Federal de 1988 compete privativamente ao Presidente da República “nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei” (art. 84, inciso XIV).

Muito seguidamente vêm-se críticas à sabatina aos indicados, realizada pelo Senado Federal, em sua grande maioria advinda de segmentos que compõem o próprio órgão legislativo, de que são exemplos os protestos dos senadores Pedro Simon, Eduardo Suplicy, Heloísa Helena, Sebastião Rocha e José Eduardo Dutra diante da recente aprovação da indicação de José Coelho Ferreira para ocupar o cargo de ministro do Superior Tribunal Militar. O senador José Eduardo Dutra lamentou a “falta de zelo do Senado em relação à sua prerrogativa de sabatar candidatos indicados pela Presidência da República para exercer cargos importantes, como embaixadores e ministros dos tribunais superiores”.⁹⁶⁰ Os demais senadores aqui referidos de modo geral protestaram contra o que chamaram de “hábito de o Senado encarar sua prerrogativa de aprovação de autoridades como mera formalidade.”⁹⁶¹

Especificamente quanto à nomeação dos Ministros do STF pelo Chefe do Executivo dá-se ela muitas vezes baseada em “critérios puramente políticos, ficando os representantes da Corte Suprema a dever favores”.⁹⁶² Assim, é possível que algum dos onze ministros, ao ingressar no órgão de cúpula do Poder Judiciário por indicação do Presidente da República, acabe atuando, muitas vezes, mais na defesa dos interesses do próprio Poder Executivo do que

⁹⁶⁰ Cf. José Coelho Ferreira ocupará cargo de ministro no STM. *Jornal do Senado*, 30 de agosto de 2001. P. 3.

⁹⁶¹ Idem.

⁹⁶² Cf. LISBÔA, Patrícia Hähnert Sardá. *Da falta de legitimidade para a reedição de medidas provisórias no Estado Constitucional brasileiro*. P. 19. Veja-se o caso do Min. Nelson Jobim, que após ter sido Ministro da Justiça do Governo de Fernando Henrique Cardoso, ao assumir o STF, já na primeira sessão plenária deste discutiu com o Min. Celso de Mello, defendendo o governo precisamente contra críticas sobre o suposto abuso nas edições e reedições de MPs. Cf. “Jobim estréia no STF e defende governo”. *Folha de São Paulo*, 17 de abril de 1997. C. 1, p. 15. Aliás o mesmo ministro recebeu outras críticas, destacando-se a de Dalmo de Abreu Dallari por sua postura na ocasião do julgamento do STF quanto à inconstitucionalidade ou não da MP n° 1570, em cuja edição havia o governo contado com a participação dele, então Ministro da Justiça: “Mandando a ética às urtigas, o ministro, juiz em causa própria, não se deu por impedido e, pior ainda, na sessão de julgamento teve desempenho que, muito longe de lembrar o compromisso jurídico e a serenidade de um jurista, deixou bem evidente que o tribunal tem agora um ‘líder de governo’ (o que, evidentemente, pressupõe a existência de liderados).” Cf. DALLARI, D. de A. Op. cit., p. 3.

em prol da constitucionalidade.⁹⁶³ Isso faria com que aquele trunfo (a nomeação de juízes incumbidos do controle abstrato de constitucionalidade), com o qual por exemplo o Presidente da República na Itália lutaria para combater as inconstitucionalidades - apenas para fazer alusão à comparação efetivada no início do item 3.3 -, aqui pudesse ser usado justamente para causa inversa: defender inconstitucionalidades.

Observando a regra de geral sabença segundo a qual dificilmente alguém será ingrato com o seu patrocinador, pode-se ter uma idéia do quanto isso é comprometedor no que diz respeito à necessária imparcialidade dos julgadores. Fica pois difícil manter a independência exigida para a atuação de cada um dos poderes.

Talvez a nomeação dos juízes do STF pelo Executivo seja um resquício da origem histórica da teoria da separação dos poderes, quando o Judiciário aparecia quase como um apêndice do Executivo, conforme já visto no primeiro capítulo desta tese.

Zaffaroni considera habitual o controle do Poder Judiciário pelo Poder Executivo na América Latina, sendo que o autor denuncia uma das formas de se fazer isso, que é a retenção de funções administrativas nos ministérios da Justiça. Para ele, pela lógica dos executivos latino-americanos “é mais fácil controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um Poder Judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias.”⁹⁶⁴ Especificando um pouco mais o problema, observa Adroaldo Furtado Fabrício:

A alteração da composição do mais alto Tribunal do País, mediante transferência de um Ministro de Estado para uma das cátedras do Supremo Tribunal Federal, desperta inevitável reflexão sobre o significado institucional do fato e de suas particulares circunstâncias em momento especial e delicado da vida nacional. Se o problema dos critérios de recrutamento da magistratura é sempre relevante e

⁹⁶³ É claro que no Tribunal existem vozes discordantes - e até “indiscretas” - de algum ou outro membro, como é o caso dos Ministros Celso de Mello Filho e Marco Aurélio Mello, mas por serem justamente a minoria, geralmente redundam em votos vencidos. Consulte-se, a esse respeito: ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF [Perfil a respeito do Min. José Celso de Mello Filho]. *Veja*, 22 de outubro de 1997. P. 34-5. No entanto, regra geral, o que acaba ocorrendo, segundo a socióloga Maria Victoria Benevides é: “O Judiciário, por meio do STF [...], despede-se da toga (símbolo da imparcialidade dos juízes) e passa a agir como **sócio do governo**; assim, nosso maior tribunal, cuja principal razão de ser é zelar pelo respeito à Constituição, vira órgão de consulta, legitimando a ação dos outros Poderes antes mesmo da instauração de litígio judicial. Ou seja, o ‘judicial control’, criado pelos norte-americanos para manter Executivo e Legislativo nos limites rígidos da Constituição, torna-se instrumento de alteração constitucional para servir a interesses de uma peculiar associação de poderes, que pode identificar uma oligarquia, uma empresa ou um clube – jamais uma democracia.” Cf. BENEVIDES, M. V. *Podres poderes*. Op. cit., p. 3 (grifou-se).

⁹⁶⁴ Explicitando: “Tanto nossos políticos quanto nossos ditadores sempre controlaram as cúpulas dos judiciários, jamais sentiram a necessidade de horizontalizar nem de distribuir organicamente o poder dessas cúpulas, diferentemente do que experimentam os operadores políticos europeus no último pós-guerra. Ao contrário, acentuou-se a tendência de aumentar e centralizar ainda mais o poder das cúpulas, quer dizer, de verticalizar mais a estrutura judiciária para melhor controlá-la.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crise, acertos e desacertos*. P. 118-120.

inquietador, maior importância assume quando se cuida da mais alta investidura judiciária e de instante histórico marcado pela fragilização das instituições democráticas não apenas em nosso país, mas em todo o chamado terceiro mundo.

Não estivéssemos anestesiados como estamos, teria causado alguma comoção a notícia de que o Presidente da República vê o novo Ministro do Supremo Tribunal Federal como o 'líder do governo' naquela Egrégia Corte. Independentemente da duvidosa veracidade da informação, o simples fato de poder ser ela veiculada sem despertar reação deveria inquietar seriamente os cultores do direito em especial e, de modo geral, quem quer que ainda acredite na construção de um Estado de Direito no Brasil.

A notícia, que a não ser tão triste seria pitoresca, põe a nu a fragilidade intrínseca do nosso Poder Judiciário e sua extrema debilidade diante do imperialismo presidencialista.⁹⁶⁵

A respeito desta forma de composição assim se pronunciou Brasilino dos Santos:

É sabido que o pretexto do critério misto, do concurso público, para o juiz de primeiro grau, e do critério político para o preenchimento dos cargos mais elevados, no Judiciário, funda-se no regime democrático, a recomendar a eleição indireta do Magistrado pelos representantes da vontade popular.

Mas, na prática, nem sempre são os melhores os que são convidados para os tribunais, tendo maiores chances aqueles que têm algum compromisso político ou alguma afinidade ideológica com o Partido dominante. Isto até pode transformar a Justiça num jogo de interesses nem sempre os mais lícitos, sob a perspectiva de sua finalidade a fazer julgamentos imparciais, livres de qualquer espécie de injunção política.⁹⁶⁶

Tenha-se presente por fim que nos regimes constitucionais espanhol e italiano a forma de composição do órgão equivalente ao STF é diversa, notadamente mais aberta, mais equilibrada, proporcional, e por conseguinte mais democrática. Na Espanha o *Tribunal Constitucional* é composto por 12 membros nomeados pelo Rei, sendo 4 propostos pelo Congresso (por maioria de 3/5 dos seus membros), 4 propostos pelo Senado (com idêntica maioria), 2 propostos pelo Governo e 2 pelo Conselho Geral do Poder Judiciário. É este o mandamento do artigo 159 da Constituição de 1978, que na seqüência determina ainda que os membros do referido tribunal deverão ser nomeados entre juízes e fiscais, professores universitários, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência, com mais de 15 anos de exercício profissional. Ademais serão os membros designados por um período de 9 anos, sendo renovados em 1/3 a cada três anos. Na Itália a *Corte Costituzionale* é composta por 15 magistrados, nomeados pelos Três Poderes: um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão conjunta, e um terço pelas magistraturas

⁹⁶⁵ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Poder Judiciário. Flagrantes institucionais*. P. 59-60.

⁹⁶⁶ Cf. SANTOS, Brasilino P. dos. *Op. cit.*, p. 62.

supremas ordinária e administrativas. É este o teor do art. 134 da Constituição em vigor, que diz também que os referidos magistrados serão selecionados entre juizes das jurisdições superiores ordinária e administrativas (inclusive aposentados), catedráticos universitários titulares em disciplinas jurídicas e advogados com vinte anos de exercício. Diz também o referido artigo que os magistrados da Corte Constitucional serão nomeados por 9 anos, não havendo a possibilidade de recondução.

3.3.1.2 – O posicionamento do STF na apreciação da questão em seus julgamentos

Alexandre Mariotti lembra que a tarefa de sindicat a constitucionalidade das medidas provisórias é indubitavelmente complexa. Já o era em relação aos decretos-leis, quando só sofreram controle por parte do Supremo Tribunal Federal no que respeitava à definição das matérias sobre as quais poderiam dispor.⁹⁶⁷ Realmente é tarefa difícil, hajam vista as várias e diversas conseqüências que podem advir de um sem número de mecanismos que possibilitam o efetivo exercício da jurisdição constitucional sobre as medidas provisórias, tais como: a possibilidade de concessão de medida liminar contra medida provisória,⁹⁶⁸ a reedição da medida provisória objeto do controle de constitucionalidade, a revogação por outra MP de uma medida provisória impugnada no STF,⁹⁶⁹ a conversão em lei com a manutenção da ação

⁹⁶⁷ Cf. MARIOTTI, A. Op. cit., p. 78.

⁹⁶⁸ Conforme Ana Cláudia Rodrigues, é bastante alto o índice de concessões de medidas liminares em ADIns a respeito de MPs, tendo a Corte no entanto ressalvado que a liminar é concedida tão-somente para suspender a eficácia da medida provisória enquanto ato normativo com força de lei, e não para obstar a sua tramitação para conversão em lei pelo Congresso Nacional, “até porque, como é sabido, inexistente controle prévio de constitucionalidade no Brasil.” Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 55. Ainda segundo a autora, para chegar a tal entendimento o STF teve que formular a seguinte construção no julgamento da ADIn 293: “A medida provisória é, ao mesmo tempo, um ato normativo e um projeto de lei”. Idem. Veja-se: “A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.” Cf. ADIn(MC) 293, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 6/6/90, DJ 16/4/93. Sobre as discussões geradas tanto na doutrina quanto no próprio STF a respeito dos confusos e complexos efeitos de liminares em ADIns envolvendo MPs, vide RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 58-60.

⁹⁶⁹ Era comum acontecer também que uma medida provisória fosse revogada por outra quando aquela estava sendo objeto de controle abstrato de normas. Neste caso “a suspensão da vigência e da eficácia da medida provisória revogada importa igualmente a suspensão do processo da ação direta de inconstitucionalidade contra ela instaurado. A ação não resta prejudicada, já que a medida provisória precariamente revogada pode revigorar se a medida provisória revogante não for convertida em lei.” Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 60. Neste caso, retoma-se o curso normal da ADIn. Esta foi a saída encontrada pelo STF para garantir sua própria competência, que poderia vir a ser esvaziada pelo Poder Executivo. Cf. as ADIns(MC) 1.204, 1.314, 1.636, 1.665 e 221. A suspensão referida apenas prejudica o pedido de concessão de liminar na ADIn, e isto porque já não haveria mais o que sustar, eis que a medida provisória impugnada já está com a sua vigência e eficácia suspensas, em virtude da revogação operada pelo ato normativo governamental posterior. Mas caso a liminar já tiver sido deferida, restam sobrestados o andamento da ADIn e os efeitos da cautelar. Cf. ADIn(MC) 1.176, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 15/2/95, DJ 7/4/95. Por fim tem-se o caso de que a própria ADIn fica sem objeto quando a medida provisória revogante é convertida em lei pelo CN, tendo o STF consolidado a posição de que “a revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade”. Cf. ADIn(MC) 709, Rel. Min. Paulo Brossard, julg. 7/12/92, DJ 24/6/94; ADIn 539, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 16/9/93, DJ 22/10/93; ADIn 2.161, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 5/4/00, DJ 28/4/00; ADIn 2.097, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 5/5/00, DJ 16/6/00.

direta de inconstitucionalidade, a admissão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial de medida provisória⁹⁷⁰ etc.

Passa-se a ver a seguir como tem sido o posicionamento do STF em relação a alguns dos aspectos das medidas provisórias tratados na primeira parte deste capítulo.

a) Quanto à sujeição da MP ao controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade

O trecho a seguir transcrito do voto do Min. Carlos Velloso balizou o entendimento do STF neste quesito inaugural:

Sr. Presidente, a Constituição, no art. 62, empresta a essa técnica de delegação legislativa, que é a medida provisória, caráter de normatividade desde a sua edição. Desde a sua edição, pois, tem a medida provisória força de lei; por ser ato normativo, sujeita-se à ação direta de inconstitucionalidade, como sujeita-se aos mecanismos normais de o indivíduo a ela se opor, em caso de violar direito individual. Somente num caso o Judiciário não examina ato do Executivo ou do Parlamento: se o ato é puramente político, desde, entretanto, que não seja violador de direito individual.⁹⁷¹

b) Quanto à natureza jurídica das medidas provisórias

Inicialmente o STF assim se manifestou: “As medidas provisórias configuram, no direito constitucional brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei”.⁹⁷²

No entanto mais adiante, nesse acórdão, o STF referiu-se ao mesmo objeto como sendo um “ato quase-legislativo, de natureza cautelar”.⁹⁷³ Seja como for, sua jurisprudência já

⁹⁷⁰ Segundo Ana Cláudia Rodrigues, embora não haja ainda nenhuma análise do mérito deste tipo de ADIn de medida provisória, até o final do ano de 2000 foram identificadas várias ADIns por omissão de medida provisória, por exemplo: ADIn 1.468, Rel. Min. Celso de Mello; ADIn 1.820, Rel. Min. Carlos Velloso; ADIn 1.830, Rel. Min. Moreira Alves; ADIn 1.887, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADIn 1.996, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADIn 2.162, Rel. Min. Moreira Alves. Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 53.

⁹⁷¹ Cf. ADIn(MC) 295, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 22/6/90, DJ 22/8/97.

⁹⁷² Este reconhecimento da “força”, “eficácia” e “valor de lei” às medidas provisórias foi fundamental para a possibilidade de sobre elas incidir o controle de constitucionalidade, uma vez que não existe no Brasil o controle prévio de constitucionalidade. Vejam-se a esse respeito detalhes do voto do Min. Célio Borja: “Não fora essa antecipação dos efeitos prospectivos da norma em elaboração, não seria possível exercer sobre ela o juízo de constitucionalidade, já, porque não existiria no mundo do direito, já, porque, dogmaticamente, a jurisdição constitucional *in abstracto* não tem outro objeto que a *lei* ou o ato *normativo* federal ou estadual (art. 102, I, a, Const.).” Cf. ADIn(MC) 293, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 6/6/90, DJ 16/4/93.

⁹⁷³ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 55.

consolidou ser a medida provisória “ato normativo de conteúdo normativo”, impossibilitando assim o manejo de mandado de segurança contra ela.⁹⁷⁴

c) Quanto ao significado do requisito “urgência”⁹⁷⁵

Veja-se a manifestação do Supremo Tribunal Federal:

O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.⁹⁷⁶

O que legitima o Chefe do Poder Executivo da União a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é, pois, o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público.⁹⁷⁷

Não obstante, o STF admitiu a edição de medida provisória mesmo com um projeto de lei de mesmo conteúdo com pedido de urgência tramitando no CN, o que parece configurar um paradoxo. Veja-se: “A circunstância de a medida provisória 296/91 ter sido baixada no curso do processo legislativo, em regime de urgência, sobre projeto de iniciativa presidencial abrangendo matéria por ela regulada, não ilide por si só, a possibilidade constitucional de sua edição.”⁹⁷⁸ E, mais explicitamente:

Medida Provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidade e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese

⁹⁷⁴ Vejam-se neste sentido, dentre tantas decisões: MS(AgRg) 21.077, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 9/5/90, DJ 3/8/90, MS(AgRg) 21.082, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 9/5/90, DJ 3/8/90. Recentemente esta jurisprudência foi confirmada no MS 23.810, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 24/11/00, DJ 30/11/00 e MS 23.809, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 4/12/00, DJ 11/12/00. Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 42.

⁹⁷⁵ Vale dizer que quanto ao outro pressuposto, a relevância, o STF teve uma postura interpretativa extremamente generosa ao Poder Executivo. Segundo Ana Cláudia Rodrigues, o Supremo “não estabeleceu um conceito material positivo para relevância, nem a desvinculou da execução de metas governamentais, nem tampouco declarou, de maneira definitiva, a inconstitucionalidade de medida provisória por ausência do aludido pressuposto.” Cf. RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 69.

⁹⁷⁶ Acórdão de 16/4/1993, proferido na ADIn 293-DF.

⁹⁷⁷ Excerto do Acórdão antes citado, representando parte do voto do relator, Min. Celso de Mello.

⁹⁷⁸ Cf. ADIn(MC) 525, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 12/6/91, acórdão ainda não publicado, vencidos os ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira. Vide também ADIn(MC) 1.204, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 15/2/95, DJ 7/12/95 e ADIn(MC) 526, onde o Min. Carlos Velloso, vencido, sustentou a mesma posição defendida por Néri da Silveira da ADIn 1.204: “Ora, se o Presidente da República propõe projeto de lei ao Congresso Nacional, em regime de urgência, faz S. Exa. uma opção constitucional. Não pode, ao que penso, em andamento o projeto, editar medida provisória a respeito do mesmo tema.”

que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória.⁹⁷⁹

A existência de projeto de lei sobre a matéria, antes de provar a falta de urgência, pode evidenciá-la, se o processo legislativo não se ultima no tempo que o Poder competente razoavelmente reputa necessário à vigência da inovação proposta, que, de qualquer modo, ficará sujeita à decisão final, *ex tunc*, do Congresso Nacional.⁹⁸⁰

Foi mais adiante o STF: entendeu que a reedição de medida provisória não rejeitada pelo Congresso Nacional não seria suficiente para descaracterizar a existência da urgência legitimadora da edição do ato legislativo governamental. “Ao contrário, a reedição demonstra, de certa forma, a necessidade da medida e a sua urgência.”⁹⁸¹

É que o Tribunal, “com extrema cautela, observa Ana Cláudia Rodrigues, vem fixando algumas situações que, mesmo presentes, não afastam a configuração dos pressupostos para expedição de medida provisória, sob a orientação de não se afirmar o que vem a ser relevante e urgente, mas sim de indicar em que situações não está caracterizado abuso ou arbítrio por parte do Chefe do Poder Executivo.”⁹⁸²

d) Quanto ao controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência

Inicialmente cabe destacar quanto ao exame do pressupostos de urgência e de interesse público relevante dos antigos decretos-leis, que o STF julgou de maneira a considerar que o Presidente da República exercia juízo discricionário a respeito dos mesmos, sujeitando-se tal juízo apenas ao controle político do Congresso Nacional, sem passar pelo crivo do controle jurisdicional. *In verbis*:

A apreciação dos casos de urgência ou de interesse público relevante [...] assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada a apreciação contrária e também discricionária do Congresso. [...]

[...] É urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso.⁹⁸³

⁹⁷⁹ Acórdão publicado no *DJ* de 5/3/93, no seio da ADIn(MC) 526-DF.

⁹⁸⁰ Cf. voto do Min. Sepúlveda Pertence, relator da ADIn(MC) 526, julg. 12/12/91, *DJ* 5/3/93.

⁹⁸¹ Cf. voto do Min. Carlos Velloso, relator da ADIn(MC) 1.397, julg. 28/4/97, *DJ* 27/6/97.

⁹⁸² Cf. RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 86.

⁹⁸³ Acórdão de 23/8/1967, proferido no Recurso Extraordinário n. 62.739-SP, *DJ* 20/8/67.

Os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário.⁹⁸⁴

Em momento posterior, outro já foi o pronunciamento do STF a respeito, em acórdão registrado também em recurso extraordinário pelo mesmo Ministro Aliomar Baleeiro, que havia assinalado a tomada de posição original do Tribunal, asseverando que a revisão dos pressupostos pelo Judiciário poderia ocorrer “excepcionalmente”, “se o discricionarismo, praticado já no campo do absurdo, tocar ao arbítrio”. Frisou então que a “urgência” e o “interesse público relevante” eram “aspectos políticos entregues ao discricionarismo (não ao arbítrio) do Congresso e do Presidente da República”.⁹⁸⁵

Foi nesta última direção - a de atribuir caráter extraordinário ao exame jurisdicional - que enveredou o entendimento do STF⁹⁸⁶ a respeito dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias, admitindo em princípio não serem os mesmos imunes ao controle jurisdicional.⁹⁸⁷ Veja-se no entanto a linha auto-restritiva adotada pelo STF, conforme as decisões abaixo:

Medida Provisória. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar, da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição.⁹⁸⁸

O Chefe do Poder 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 Juizes.⁹⁸⁹

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do

⁹⁸⁴ Acórdão de 13/6/1972, proferido no RE 74.096-SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Conferir também: RE 71.039, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, julg. 21/05/73, DJ 29/6/73.

⁹⁸⁵ Cf. Acórdão proferido no RE 75.935-SP, julg. 9/10/73, DJ 2/1/74.

⁹⁸⁶ Não obstante, o Min. Francisco Rezek ainda defendia, em 1994, que os pressupostos da medida provisória configuravam “juízo político do governo, e uma das pouquíssimas coisas que neste país **escapam à consideração judiciária.**” Conforme seu voto na ADIn(MC) 1.130, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 21/9/94, DJ 2/12/94 (grifou-se).

⁹⁸⁷ Ainda assim alguns autores, como Ronaldo Poletti, Rodrigo Fonseca, Ivo Dantas e Nelson Sampaio de Sousa (este em relação aos decretos-leis) defenderam a tese de que os requisitos de relevância e urgência estariam fora do alcance da jurisdição constitucional, por apresentarem “natureza política”. Porém a maior parte da doutrina brasileira rejeitou esta tese, amparada no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, antes referido, e na ausência de legitimidade de o Presidente da República expedir medidas provisórias sem a obediência aos dois pressupostos exigidos. Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 83.

⁹⁸⁸ Cf. Acórdão publicado no DJ de 24/5/96, na ADIn(MC) 1.417-DF, tendo por rel. o Min. Octávio Gallotti, julg. 07/3/96. Vale ressaltar que o Min. Carlos Velloso, relator da ADIn(MC) 1.130, demonstrou idêntica preocupação a respeito de essa questão ser resolvida na deliberação do juízo cautelar, por representar muitas dificuldades e demandar exame mais aprofundado. Cf. RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 86.

⁹⁸⁹ Cf. ADIn(MC) 293, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 6/6/90, DJ 16/4/93.

Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto.⁹⁹⁰ [...] Quanto aos requisitos de relevância e urgência, a sua apreciação, em princípio, dado o seu caráter político, fica por conta do Chefe do Poder Executivo e do Congresso. Todavia, se a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Na ocasião registrei o decidido no RE 62.739-SP, de que foi relator o saudoso Min. Aliomar Baleeiro.⁹⁹¹

Nota-se assim que poderia o STF ter sido mais contundente, impondo limites mais claros ao Poder Executivo neste assunto.

Talvez guardando coerência com a timidez dos acórdãos aqui parcialmente reproduzidos, o Tribunal apenas em raras vezes declarou a inconstitucionalidade de medida provisória por não atendimento aos requisitos de relevância e urgência. Como exemplo cita-se o caso da ADIn 1.752-DF (*DJU* de 19/9/1997), proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo sido relator o Min. Sepúlveda Pertence, pela qual foi suspensa, também por outros argumentos, a eficácia do art. 4º e § único da MP nº 1.632-11/98 (que alterava o CPC, estendendo o prazo de proposição de ação rescisória pelo Poder Público para cinco anos). O outro exemplo conhecido é o da ADIn 1.576, julgada em 16/4/97, cujo acórdão ainda não foi publicado. Nela, alguns ministros, como Celso de Mello, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, votaram pela inoportunidade da urgência necessária à utilização da medida provisória questionada. Esta foi a primeira ADIn em que o STF apreciou, materialmente, os pressupostos de admissibilidade de medida provisória. A decisão deu-se a respeito de normas relativas à tutela antecipada, prestação jurisdicional antecipada e ação civil pública.⁹⁹²

Mas foi na ADIn 1.753, julgada em abril de 1999, que o STF, embora mantendo a consideração sobre a marca excepcional do controle em questão,⁹⁹³ pela primeira e única vez reconheceu excesso de poder na edição de uma medida provisória (mais especificamente do

⁹⁹⁰ Cf. ADIn(MC) 162, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 14/12/89, *DJ* 19/7/97. Confirmam-se também os seguintes julgamentos: ADIn(MC) 1.667, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 25/9/97, *DJ* 21/11/97; ADIn(MC) 1.397, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 28/4/97, *DJ* 27/6/97; ADIn(MC) 2.150, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 23/3/00, *DJ* 28/4/00. Destaca-se do julgado da ADIn(MC) 1.397 a postura discordante do Min. Marco Aurélio, frisando que tais pressupostos, por estarem previstos na Constituição, não escapam ao crivo do colendo Tribunal.

⁹⁹¹ Cf. o relator Min. Carlos Velloso, no julgamento do RE 221.856-5-PE.

⁹⁹² Conforme RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 87.

⁹⁹³ Esta postura vem sendo mantida em julgados mais recentes, conforme aduziu o Min. Sidney Sanches em 2000: “[...] o Tribunal somente tem caracterizada a falta dos requisitos (relevância e urgência) quando evidenciada objetivamente, pois a avaliação subjetiva, estritamente política, pelos critérios da oportunidade e conveniência, cabe ao Executivo e ao Legislativo, que têm melhores condições para extrair uma conclusão a respeito.” Cf. ADIn(MC) 1.717-DF, Pleno, *DJ* de 25/2/2000. Confira-se também o Despacho proferido no AG-329.905/DF (*DJ* de 29/6/2001).

art. 4º da MP 1.577-6, que ampliava o prazo para o ajuizamento de ação rescisória pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios).⁹⁹⁴ Veja-se parte da ementa:

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.⁹⁹⁵

Segundo Ana Cláudia Rodrigues, “em nenhuma outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a falta dos pressupostos de relevância e urgência.”⁹⁹⁶ Vale observar, por fim, que a primeira vez que isso ocorreu foi apenas quando já passados mais de dez anos de vigência do instituto.

e) Quanto à excepcionalidade da competência legislativa do Presidente da República

Longe de interpretar o exercício dessa competência como excepcional, cujo manuseio desordenado poderia significar uma ruptura do princípio da separação dos poderes, o STF chegou a declarar que a utilização de medidas provisórias constitui “exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder”,⁹⁹⁷ o que possibilitou uma leitura ampliativa - e não restritiva - do uso delas.

f) Quanto à necessidade da manifestação do Congresso Nacional na apreciação das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República e à possibilidade de este retirá-las ou não do referido órgão legislativo

Neste particular assim se pronunciou o STF:

Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, insubstituível e insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e

⁹⁹⁴ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 180, e RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 87.

⁹⁹⁵ Cf. ADIn(MC) 1.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 22/4/98, DJ 12/6/98. Em seu voto nesta mesma ADIn o Ministro Marco Aurélio foi enfático: “Penso que a alteração de normas instrumentais não se faz em regime de urgência, principalmente sabendo-se que são normas que vigoram desde 1973.” Este mesmo entendimento de ausência de urgência para modificação do prazo para propositura da ação rescisória foi renovado na ADIn 1.910, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22/4/99.

⁹⁹⁶ Cf. RODRIGUES, Ana C. Op. cit., p. 88.

⁹⁹⁷ Cf. ADIn(MC) 293, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 6/6/90, DJ de 16/4/93.

ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu.⁹⁹⁸

Igualmente, no direito brasileiro, a meu ver, não é admissível a retirada de medida provisória submetida ao Congresso Nacional para o efeito de ser, ou não, convertida em lei.⁹⁹⁹

Por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do Congresso Nacional a que foi remetida para efeito de ser ou não convertida em lei.¹⁰⁰⁰

A irretratabilidade, a indisponibilidade e a indesistibilidade constituem limitações que restringem, no plano das medidas provisórias já publicadas, as prerrogativas jurídicas do Presidente da República, que já não mais poderá, uma vez configurado esse contexto de ordem temporal, obstar o pleno conhecimento e a integral apreciação congressuais dessas espécies normativas, [...].¹⁰⁰¹

⁹⁹⁸ Cf. ADIn 293-7/600, apud ÁVILA, H. B. Op. cit., p. 78, nota n. 158.

⁹⁹⁹ Cf. ADIn 221-0 – DF. Cf. Idem.

¹⁰⁰⁰ Cf. excerto da mesma ADIn(MC) 221. Ana Cláudia Rodrigues explica que com estas palavras o STF quis afirmar que a medida provisória “não se confunde com um mero projeto de lei, que enquanto projeto é plenamente disponível por quem o propõe. Ao contrário deste, a medida provisória tem força de lei. Desde a sua edição ela inova na ordem jurídica, produzindo efeitos imediatos”. Cf. RODRIGUES, A. Op. cit., p. 43.

¹⁰⁰¹ Esta a manifestação do Min. Celso de Mello em seu voto na ADIn(MC) 221, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 29/3/90, DJ 22/10/93. Ressalte-se que estas manifestações do STF foram oportunizadas pelas edições de medidas provisórias pelo então presidente Collor de Mello (as de nº 153 e 156), que definiam condutas criminosas e as respectivas sanções, sendo que em face da repercussão negativa de tais atos, expediu ele uma nova MP (a de nº 175), declarando as duas primeiras nulas e desprovidas de eficácia. O STF resolveu a questão considerando a medida provisória que pretendia anular as medidas provisórias anteriores como “revogatória das mesmas”. Isso dá origem a uma nova discussão, podendo gerar mais problemas e confusões interpretativas. Por isso, “a revogação de uma medida provisória por outra não subtrai do Congresso Nacional a apreciação do ato normativo governamental revogado”, verificando-se no entanto “um nexo de prejudicialidade entre ambas as medidas provisórias, que faz com que a medida provisória mais recente seja primeiramente examinada, posto que nela é que se contém a cláusula de revogação do ato normativo anteriormente editado.” Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 43, 44 e 45. Partindo desta última orientação, cabe ressaltar ainda que o STF estabeleceu que, durante esse exame, fica suspenso o prazo para apreciação da medida provisória anterior. Veja-se: “O Presidente da República pode expedir medida provisória revogando outra medida provisória, ainda em curso no Congresso Nacional. A medida provisória revogada fica, entretanto, com sua eficácia suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória ab-rogante. Se for acolhida pelo Congresso Nacional a medida provisória ab-rogante, e transformada em lei, a revogação da medida provisória anterior torna-se definitiva; se for, porém, rejeitada, retomam seu curso os efeitos da medida provisória ab-rogada, que há de ser apreciada pelo Congresso Nacional, no prazo restante a sua vigência.” Cf. ADIn(MC) 1.204, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 15/2/95, DJ 7/12/95 (grifou-se). Conferir, ainda neste sentido, dentre tantas: ADIn(MC) 1.314, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. 10/8/95, DJ 22/9/95; ADIn(MC) 1.636, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 6/8/97, DJ 26/9/97; ADIn(MC) 1.665, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 27/11/97, DJ 8/5/98. Mas, supondo-se que a MP revogatória seja convertida em lei, como resolver o problema dos efeitos produzidos pela medida provisória preexistente até a sua revogação pela medida provisória ab-rogante, já que esta revogação opera-se apenas *ex nunc* e não *ex tunc*? Veja-se a saída encontrada pelo STF, balizada pelo entendimento do Min. Moreira Alves: “[...] Se a medida provisória ab-rogante vier a ser convertida em lei, a ab-rogação da medida provisória anterior passa a ser definitiva, e como não mais pode ela ser convertida em lei, se tem como **rejeitada** para o efeito de perder ela sua eficácia desde a sua edição, exceto se o Congresso Nacional, expressamente, ressaltar que permanecem os efeitos já produzidos pela medida provisória ab-rogada entre as datas de sua entrada em vigor e de sua ab-rogação. Essa consequência se impõe, porque, **se não for assim**, ter-se-á que **o Presidente da República poderá dar efeitos definitivos a uma medida provisória** desde a sua edição até a sua ab-rogação por outra medida provisória que venha a converter-se em lei, impedindo, pois, o Congresso de rejeitar, por decurso de tempo ou expressamente, a medida provisória ab-rogada, para que desapareça desde a edição desta e até a sua ab-rogação, a eficácia por ela produzida.” Cf. seu voto proferido na já referida ADIn(MC) 221 (grifou-se).

g) Quanto à possibilidade de subtração da MP ao controle abstrato de normas

Destaca-se decisão do STF proferida na ADIn(MC) 2.348, no sentido de que não se pode subtrair medida provisória a ele sujeita no controle abstrato de normas. Ao decidir pela inconstitucionalidade de artigo de medida provisória que prorrogava prazo de isenção de imposto durante o prazo de sua vigência, entendeu o STF que “[...] a prorrogação de prazo por meio de medida provisória não pode se exaurir nos 30 dias da própria MP porque inviabilizaria o controle concentrado, dado que a norma sempre caducaria antes de se analisar a sua inconstitucionalidade.”¹⁰⁰²

h) Quanto à possibilidade de reedição de MPs

A decisão consolidada nesse sentido foi:

A rejeição parlamentar da medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar este ato quase-legislativo, de natureza cautelar, pois o Congresso Nacional, ao assim decidir, descaracteriza, de modo definitivo, o juízo presidencial que, num primeiro momento, emprestou relevância e urgência àquilo que o Parlamento, como instância última, reputou irrelevante ou destituído de caráter emergencial.¹⁰⁰³

O STF fulminou assim a pretensão dos defensores da plena possibilidade de reedição das medidas provisórias, que havia chegado ao limite do disparate. Impediu pois a reedição de MP expressamente rejeitada pelo CN, mas não a proibiu no caso da rejeição tácita (ocasionada pela falta de deliberação parlamentar no prazo de 30 dias):

De tudo resulta, pois - vale repisar -, que só a falta de deliberação parlamentar – decorra ou não de inação tática da maioria – é que viabiliza a prática das revogações e reedições sucessivas de medidas provisórias: o que, convenha-se, corta pela raiz a impugnação à sua inconstitucionalidade que se pretenda fundar no princípio de independência dos poderes.

Parece claro que não ofende a independência do Legislativo a ação do Executivo cuja eficácia política a deliberação parlamentar pode paralisar a qualquer tempo.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² Cf. ADIn(MC) 2.348, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 6/12/2000.

¹⁰⁰³ Cf. Acórdão da ADIn 293-DF, DJ, 16/4/93.

¹⁰⁰⁴ Cf. STF, julgamento da Medida Liminar na ADIn 1.320-DF, em 7/7/1995. Veja-se também a ADIn(MC) 1.397-1/DF, na qual o STF continuou a entender que a reprodução, por várias vezes, do conteúdo de medida provisória não convertida nem expressamente rejeitada não elidida a presença da urgência, antes disso, esta seria de certa maneira demonstrada pela reedição. Cf. voto do rel., Min. Carlos Velloso (DJ de 27/6/97). O próprio STF nomeia outros precedentes da possibilidade de reedição de MP não rejeitada expressamente pelo CN: ADIns 295-DF, 1.516-RO, 1.610-DF e 1.235-DF. Cf. AG-329.905/DF (DJ de 29/6/2001, p. 85).

No caso em tela, diferentemente agiu a *Corte Costituzionale* italiana, que em 1996, pela Sentença nº 360, repeliu com unânime votação a possibilidade de reedição dos *decreti-legge*.

Vale ressaltar quanto a essa omissão do Poder Legislativo, ao deixar passar *in albis* o trintídio constitucional, que inicialmente o STF considerou que isso configurava rejeição aos pressupostos da urgência e da relevância, razão pela qual não poderia haver reedição da medida provisória. É o que pode ser lido na ementa da ADIN 365-DF: “A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. [...]”¹⁰⁰⁵

No entanto, em outras reiteradas decisões, o STF manifestou-se no sentido de que, não havendo rejeição parlamentar expressa, poderia o Presidente da República novamente, sobre o mesmo assunto, utilizar-se da competência que lhe é conferida pelo art. 62 da Norma Ápice. Exigia-se-lhe apenas uma condição: que a nova medida provisória fosse editada antes de a anterior perder a sua eficácia.¹⁰⁰⁶

i) Quanto à obrigatoriedade ou discricionariedade de o Congresso Nacional disciplinar os efeitos das MPs não convertidas em lei

Inclinou-se o STF para a tese da obrigatoriedade, tendo decidido que

[...] A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ Cf. ADIn 365-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 15/3/91. Trata-se da rejeição tácita ou presumida.

¹⁰⁰⁶ “Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias.” Cf. RE-276.048/MG (julg. publicado no DJ de 28/6/2001, p. 67). Precedentes do próprio STF: ADIn 1.617-MS (DJ de 15/8/97); ADIn 1.610-DF e RE 221.856-PE (25/5/90).

¹⁰⁰⁷ Cf. STF, AgRg na ADIn 365-DF, DJU de 15 de março de 1991. P. 2.645.

3.3.1.2.1 - Apreciação crítica das posições adotadas pelo STF

Viu-se que o STF, em que pese tenha julgado inconstitucionais diversas medidas provisórias, ou pelo menos partes delas, em regra defendeu argumentos que o levaram a corroborar com o uso indiscriminado deste instituto normativo, em especial no que respeita à criação e majoração de tributos. Poderia ter exercido, como reclama a superioridade da Constituição, um controle mais eficaz das medidas provisórias, especialmente para deter a investida do Poder Executivo na função típica do Legislativo.

Sem freios, “fechando os olhos à realidade e fazendo tábula rasa do Texto Constitucional, os governantes têm praticado verdadeiros despautérios no uso da Medida Provisória.”¹⁰⁰⁸ De tudo o que se estudou, pode-se concluir pela verificação “da **ofensa impune a princípios constitucionais de vulto**”,¹⁰⁰⁹ na expressão de José Roberto Vieira.

Aliás, agindo com tanta cautela e timidez, como se tivesse receio de exercer sua função, o STF pôde estar não só permitindo que inconstitucionalidades vicejassem, mas inclusive oportunizando uma espécie de reforma da Constituição que não aquela capitaneada por quem de direito, i.e., pelo poder de reforma. Neste sentido é interessante lembrar com Manuel García-Pelayo que o processo de transformação da Constituição sem reformas do seu texto costumava ser chamado pelos alemães *Verfassungswandlung*, em contraposição a *Verfassungsänderung* (modificação produzida pela reforma do texto). Para ele, conforme já foi referido em outro item, a questão específica do deslocamento de poderes do Legislativo em direção ao Executivo configurava uma característica modificação da Constituição no primeiro sentido, isto é, sem a mudança do texto.¹⁰¹⁰

Ao falar das mutações constitucionais, José Afonso da Silva nomeia de forma específica o abuso das medidas provisórias enquanto práticas político-sociais que interferem no significado de certos preceitos da Constituição Federal de 1988. Para ele não é raro que uma prática constitucional introduza alguma regra em desacordo com normas constitucionais, manifestando-se assim as “convenções constitucionais”, mais freqüentes no sistema inglês de Constituição não escrita e flexível. Quando tais convenções ocorrem nos regimes de

¹⁰⁰⁸ Cf. DIAS, Luiz Cláudio Portinho. Medidas provisórias – Inconstitucionalidade institucionalizada. *RT/Fasc. Civ.*, v. 771, p. 122.

¹⁰⁰⁹ Cf. VIEIRA, J. R. Medidas provisórias... Op. cit., p. 315 (grifado no original).

¹⁰¹⁰ GARCÍA-PELAYO, M. *Escritos políticos y sociales*. Op. cit., p. 60-1. A esse respeito poder-se-ia também invocar a doutrina jellinekiana das mutações constitucionais. Cf. VERDU, P. L. Estudio preliminar. In: JELLINEK, G. Op. cit., p. lxxix e ss.

Constituições rígidas, “quase sempre implicam desvios da reta compreensão das normas constitucionais”. Ao listar exemplos no sistema brasileiro, ressaltou que a produção de medidas provisórias sem a observância de seus pressupostos e a reiteração delas “agrava a violação dos princípios constitucionais”, frisando ainda que os precedentes foram gerados “devido à inércia do Congresso Nacional e a incúria do Poder Judiciário.”¹⁰¹¹

Esta preocupação também foi exposta por Alessandro Pace em relação ao regime constitucional dos decretos-leis italianos e o uso que deles na prática se fazia antes do advento da Sentença 360 da Corte Constitucional. Perguntou-se o constitucionalista: “Quais são os limites de elasticidade que uma Constituição rígida pode suportar?”¹⁰¹² Seguiu questionando: “Quando um poder – que é ‘excepcional’ e ‘derrogatório’, tanto na intenção do Constituinte, quanto no enunciado normativo – é transformado na prática em ‘normal’, não se superou cada limite razoável? Assim argumentando, talvez não se tenha esquecido que a função da revisão constitucional constitui uma ‘garantia da Constituição’ e que a norma que não obtenha mais a reta aplicação deve ser modificada segundo o correto procedimento constitucional, existente com o fim de evitar a deslegitimação de toda a Constituição como também a sua subreptícia modificação?”¹⁰¹³

Por outro lado, o fato de o STF se abster de enfrentar as questões mais polêmicas em torno das medidas provisórias escudando-se no argumento de que seriam elas políticas, também não parece ser adequado.¹⁰¹⁴ Veja-se por exemplo o que pensa a doutrina alemã a esse respeito:

¹⁰¹¹ Cf. SILVA, José Afonso da. Mutaciones constitucionales. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 1, p. 20-2, jul./dic., 1999.

¹⁰¹² Cf. PACE, Alessandro. Divagazioni sui decreti-legge non convertiti. Op. cit., p. 36.

¹⁰¹³ Ibidem, p. 37.

¹⁰¹⁴ Especificamente no que esta problemática diz respeito à falta de aferimento dos pressupostos autorizadores das MPs veja-se a **apreciação crítica** de Ana Cláudia Rodrigues em relação ao comportamento do STF: “O Supremo Tribunal Federal **precisa ultrapassar essa posição de verificação superficial da ocorrência da situação relevante e urgente** invocada pelo Presidente da República, quer na exposição de motivos a acompanhar, inescusavelmente, o ato normativo governamental editado, quer nas informações presidenciais apresentadas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Ademais, há que passar a examinar a conexão entre as disposições da medida provisória e a situação que se pretende regular, tomando como parâmetro aqueles dois documentos. Isso, por si só, já provocaria uma mudança radical na atuação legislativa do Poder Executivo. Por um lado, aumentar-se-ia a carga argumentativa do Presidente da República para expedir uma medida provisória, o que resultaria num salto qualitativo das exposições de motivos e das informações presidenciais. Por outro lado, provocaria uma maior contenção dos dispositivos das medidas provisórias, eliminando-se aquelas prescrições que não guardam nenhuma conexão com a situação relevante e urgente legitimadora do ato governamental. A Corte estaria **desempenhando o seu papel de guardião da Constituição, sem anular a vaiação feita pelo Governo**, fruto da abertura constitucional.” A autora cita o fato inusitado, e portanto, isolado, de o Min. Celso de Mello ter, nos despachos das ADIns 2.222 e 2.213 solicitadores de informações do Presidente da República, requerido a juntada de cópia da exposição de motivos que fundamentou a edição das respectivas MPs impugnadas, “sobretudo no que concerne à demonstração dos pressupostos de urgência e relevância”. Isso ensejou a apresentação de farta documentação (inclusive fitas de vídeo), já que as exposições de motivos por si sós “não têm comprovado satisfatoriamente a presença dos pressupostos.” Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 91 e 88-9 (grifou-se).

A Corte Constitucional está obrigada a ditar sentença. Não pode declarar-se incompetente na resolução de um caso de constitucionalidade apenas porque o caso seja politicamente controvertido. A proteção jurídica consagrada pelo Estado de direito compromete à Corte Constitucional a chegar a uma decisão, devido a que segundo a Lei Fundamental todas as questões de relevância constitucional estão sujeitas a um exame de constitucionalidade, por mais políticas que as mesmas possam ser.¹⁰¹⁵

Os casos compreendidos dentro do controle abstrato de normas são justamente os que mais seguidamente desencadeiam debates políticos, e não poderia ser diferente, até porque o próprio Direito Constitucional é o direito aplicado diretamente à coisa política (se bem que todas as regulações jurídicas têm algo que ver com a “política”, porque em geral são o resultado de decisões políticas e delas surtem efeitos correlatos). Neste quadro, segundo Konrad Hesse, as decisões de uma corte constitucional (no caso do Supremo Tribunal Federal) em matéria de constitucionalidade referem-se especificamente “à ordem constitucional, à unidade política, à condução política geral e à formação da vontade política”.¹⁰¹⁶

Especificamente quanto a essa recusa do STF em apreciar com maior veemência a questão dos pressupostos habilitadores de uma MP sob o argumento de que isto deve ser entregue ao juízo político do Presidente da República sob pena de violar o Princípio da Separação dos Poderes chega-se a uma conclusão inusitada, capaz de deixar qualquer estudioso de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado perplexo. Assim a análise de Rogério Coelho:

Essa posição – assinala-se – é assumida em nome do *princípio da separação dos poderes*: a verificação da efetiva ocorrência dos requisitos de *urgência* e *relevância* pela Corte implicaria, segundo o entendimento que nela é amplamente hegemônico, em invasão da esfera do Poder Executivo. Paradoxalmente, **o princípio fundante do Estado de Direito acaba servindo para pervertê-lo**, na medida em que se constitui no fundamento para o chefe do Poder Executivo ser convertido em único juiz da ocorrência da *situação excepcional* em que a Constituição lhe autoriza a assumir as atribuições do Parlamento.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ Cf. HORN, WOLFGANG. Estado de Derecho, Democracia y Jurisdicción Constitucional. In: THESING, J. Op. cit., p. 140-1.

¹⁰¹⁶ Apud HORN, W. Op. cit., p. 136.

¹⁰¹⁷ Cf. COELHO, Rogério Viola. Medidas provisórias: onde está o guardião da Constituição? P. 3.588.

Por estas e outras perplexidades é que nesta tese se critica a postura amena do STF em relação às medidas provisórias. Ampara-se, para tanto, na lúcida lição de Fábio Konder Comparato:

Afirmo, desde logo, minha rejeição ao lugar-comum de que as decisões judiciárias não se discutem nem se criticam. Essa falsa máxima originou-se da monarquia absoluta, em que os juizes se pronunciavam sempre em nome do rei, cuja augusta pessoa não estava sujeita a responsabilidade alguma. Numa República, ao contrário, nenhum órgão do Estado pode se eximir de prestar contas do seu desempenho, exatamente porque ninguém é proprietário do poder, mas apenas titular de funções.

O Judiciário, como todos os demais órgãos do Estado, não julga por direito próprio, não é dono da Justiça, mas existe e deve agir como delegado do povo, único titular da soberania. As suas decisões, portanto, como as de qualquer outro órgão público, podem ser examinadas e criticadas à luz dos princípios do regime constitucional.¹⁰¹⁸

Assim, ao fazer um balanço da postura adotada pelo STF em todos os julgamentos acima referidos, é de unir-se a Alexandre Mariotti, para quem, do órgão encarregado da guarda da Constituição

seria de se esperar que a legítima recusa das funções de foro de disputa política – que, sem dúvida, são da alçada do Congresso Nacional – viesse acompanhada de uma **jurisprudência mais comprometida com a redução das incertezas constitucionais** que envolvem as medidas provisórias. Pode-se afirmar, parafraseando Hesse, que o Supremo Tribunal Federal cumprirá seu mister de forma adequada não enquanto procurar demonstrar que a utilização das medidas provisórias é uma questão política, mas quando passar a tratá-la como a **questão constitucional** que é.¹⁰¹⁹

Essa era a expectativa de um dos ministros do STF, José Celso de Mello Filho, vista em previsão por ele feita ainda em 1990, quando afirmava que a Constituição Federal havia imposto mecanismos de controle à edição abusiva das medidas provisórias. Escreveu:

Para prevenir abusos ou práticas arbitrárias, a Constituição do Brasil estabeleceu garantias formais de controle dessa atividade presidencial, que constituem em quatro pontos essenciais: a) convocação extraordinária do Congresso Nacional, quando em recesso; b) imediata apresentação ao Congresso Nacional, pelo Executivo, da matéria provisória por ele editada, visando à sua conversão em lei; c) perda da eficácia *ex tunc* do ato não convertido em lei e d) possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da medida provisória, mediante exercício da jurisdição difusa ou concentrada – esta já expressamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime proferida no julgamento da ADIn 37-3-DF (medida cautelar), de que foi relator o eminente Min. Francisco Rezek (DJ, de 23.06.1989).

O que se pretende evitar, com este sistema de garantias, é que o exercício indiscriminado dessa excepcional competência do Poder Executivo se converta

¹⁰¹⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A balança viciada. *Folha de São Paulo*, 15 dez. 1994. C. 1, p. 3.

¹⁰¹⁹ Cf. MARIOTTI, Alexandre. Op. cit., p. 104-5 (grifou-se).

numa prática legiferante ordinária e substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis.¹⁰²⁰

Por certo não contava o Ministro com a posição adotada pelo próprio STF, permitindo as sucessivas reedições de medidas provisórias, e de não interferir, na maioria dos casos, na aferição da existência ou não dos pressupostos de relevância e urgência.

Diante disto seria de indagar, com Paulo Brossard, ex-Ministro da casa: “A Constituição está acima das medidas ou as medidas estão acima da Constituição? A Constituição não passa de ordenamento a ser exposto nos dias tranquilos e amenos, ou é um instrumento de governo a ser cumprido e respeitado dia a dia, sejam pacíficos ou tormentosos os tempos, e tanto mais necessário quanto maior a borrasca?”¹⁰²¹

Reproduz-se também, por oportuna, a angustiada reflexão de Fábio Konder Comparato a respeito do que denominou de “**morte espiritual**” da Constituição em função principalmente das transformações operadas no instituto das medidas provisórias: “Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. [...] A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário.”¹⁰²² Sugeriu o jurista ao final que, sendo a Constituição incapaz de proteger as pessoas contra o abuso de poder dos governantes, “porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades”, seria mais decente mudar-lhe a denominação, passando a mesma a denominar-se “regimento interno do governo”.¹⁰²³

Retornando ainda ao aspecto do “julgamento político”, tem o STF usado dois pesos e duas medidas em relação às medidas provisórias. Especialmente quanto aos pressupostos delas diz que não pode efetuar julgamento político, mas recentemente manifestou-se neste nível ao dar o aval integral ao plano de racionamento de energia elétrica no país. Está-se a referir à Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 9 (ADC Nº 9-6, aliás a primeira ação deste tipo instaurada a favor de medida provisória), distribuída em 11 de junho de 2001, tendo como requerente o Presidente da República, pelo Advogado-Geral da União. Dita Ação pedia a declaração de constitucionalidade da Medida Provisória Nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001

¹⁰²⁰ Apud OLIVEIRA, E. F. de. Op. cit., p. 247-8.

¹⁰²¹ Cf. BROSSARD, Paulo. Voto - Min. Paulo Brossard – ADInconst. 293-7/600, rel. Celso de Mello. RT, n. 700, p. 237.

¹⁰²² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. *Folha de São Paulo*, 14 maio 1998.P. 3 (grifou-se).

¹⁰²³ Idem.

(segunda reedição da originária MP nº 2.147). Pela decisão tomada em 28 de junho de 2001, em que saíram vencidos o presidente Marco Aurélio Mello e o Min. Néri da Silveira, o Tribunal considerou que a suspensão do fornecimento da energia elétrica e a cobrança de tarifa a maior dos consumidores que descumprissem as metas estabelecidas não desrespeitariam a Constituição Federal.¹⁰²⁴ O próprio Presidente do STF criticou então a utilização de “argumentos não jurídicos”¹⁰²⁵ para manter o referido plano governamental. Na verdade, não se manifestar contrariamente é estar adotando ao mesmo tempo uma medida de auto-proteção do Supremo e uma postura político-ideológica, no sentido de que as constantes modificações operadas na ordem financeira e os reiterados planos e programas econômicos formulados pelo governo - quase sempre por medidas provisórias - obrigariam o STF a arcar com a responsabilidade pelo insucesso das políticas de governo caso tomasse decisões contrárias à ação deste.

É contando inclusive com essa “colaboração” do STF que os governos logram êxito e se legitimam no plano jurídico pela “eficácia” de seus decisionismos no domínio econômico. Paradoxalmente, é também por essa via que se instaura aquele perverso mecanismo denominado por Sérgio Cademartori de “**coonestação de normas inconstitucionais**, dando como *válidas* as normas que implementam a *eficácia* dos referidos programas de intervenção econômico-financeira.”¹⁰²⁶ Segundo o autor, essas ações governamentais acabam deslegitimando juridicamente o Estado Constitucional de Direito precisamente na medida em que introduzem um “novo critério de legitimação – a legitimação pela eficácia – que encobre a razão jurídica, avassalando assim os direitos fundamentais em nome de uma suposta racionalidade econômica.”¹⁰²⁷ Portanto, ainda na esteira do autor, tem-se que este **absolutismo do decisionismo governamental e do desenvolvimento produtivo** a um só

¹⁰²⁴ O Acórdão dessa ADC ainda não foi publicado, mas a decisão da liminar deferida, julgada pelo Pleno, é a seguinte: “O Tribunal, preliminarmente e a uma só voz, admitiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade. O Tribunal, por maioria de votos, deferiu a Cautelar, para suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória Nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, vencidos os senhores Ministros Relator (Ministro Néri da Silveira) e o Presidente (Ministro Marco Aurélio), que indeferiam a cautelar. Ausente, justificadamente, o senhor Ministro Ilmar Galvão. Plenário, 28.6.2001.” Conforme todo o detalhado andamento do processo, disponível em: <<http://www.stf.gov.br/andamento/AcompProcessual.asp>>. Acesso em: 6 set. 2001.

¹⁰²⁵ Cf. “STF considera que cortes e sobretaxa não violam a Constituição”. *Jornal da Divisa*, Ourinhos/SP, 29 junho 2001. P. 2.

¹⁰²⁶ Cf. CADEMARTORI, S. *Estado de Direito...* Op. cit., p. 12.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 14 e 169.

tempo rompe o pacto constitucional e imprime uma aparência de normalidade, já que torna “honestas” as inconstitucionalidades praticadas por estas razões.¹⁰²⁸

Permita-se concluir este capítulo endossando o apelo que Friedrich Müller endereçou à jurisdição constitucional brasileira, vale dizer, ao STF:

Apliquem, senhores juizes do STF, o art. 62 com todas as suas cautelas como o *direito constitucional positivo diretamente vigente* que ele é. Verifiquem e eventualmente sancionem a atuação do Presidente da República como ação *vinculada* ao direito positivo (e não legítimável a partir da natureza, da história ou da ‘graça de Deus’). Ela é legítimável apenas a partir dessa Constituição de 1988. Anulem, senhores juizes do STF, a reedição liminarmente não correspondente ao art. 62 ou a reedição - não autorizada pelo art. 62 - das medidas provisórias que se tornaram assim inconstitucionais! Com isso os senhores fortalecerão de modo insubstituível a constitucionalidade, a legalidade e a legitimidade da República Federativa do Brasil!¹⁰²⁹

É um tanto constrangedor chegar-se ao ponto de que um estrangeiro tenha que enviar uma tal mensagem ao STF. Mas grande parte da doutrina brasileira já se cansou de fazê-lo. Viram-se ao longo deste capítulo quantas expressivas vozes do pensamento jurídico nacional foram dissonantes da prática abusiva do Executivo e da omissão dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Por último poder-se-ia dizer que, no que se refere à jurisprudência constitucional formada em torno às medidas provisórias no Brasil, a Constituição não é o que o STF diz que ela é; neste assunto a Constituição é, muito mais, o que os votos vencidos do STF dizem que ela é.

¹⁰²⁸ Ibidem, p. 180. O autor refere exemplo fornecido por José Alcebiades de Oliveira Jr. que comprova a ressonância dessa situação de ilegitimidade jurídica dos governantes nas decisões judiciais, especificamente o caso “da não-cassação, pelo Supremo Tribunal Federal, da Medida Provisória 168 (que determinou um inconstitucional confisco de contas-correntes) em nome de uma suposta eficácia de tal Medida (contenção da inflação).” Ibidem, p. 178.

¹⁰²⁹ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil... Op. cit., p. 1.448.

CAPÍTULO IV – A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO USO INDISCRIMINADO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL: ANÁLISE DA RECENTE REGULAMENTAÇÃO A PARTIR DAS EXPERIÊNCIAS ESPANHOLA E ITALIANA

Ele (o Direito) está obviamente ligado à política, no mais amplo sentido (não sectário, partidário), à práxis humana, à história e aos pólos do processo histórico.

Roberto Lyra Filho

O Poder Legislativo é a mais alta expressão da soberania nacional; salvos os princípios constitucionais do Estado, os de moral e justiça natural que ele deve sempre respeitar, é sua a onipotência política. É quem cria o Direito, a obrigação e as penas, quem regula os outros poderes e os cidadãos, quem decreta as normas que devem reger a sociedade, em suma: é quem faz, interpreta e desfaz a lei.

Quanto é grande a sua missão! Tem em suas mãos todos os elementos sociais; dispõe, combina, coordena, determina, dá e não recebe preceitos. É como que o criador que comunica a vida, imprime sua sabedoria, dirige as forças e movimentos sociais, todas as relações e variados interesses do Estado e dos indivíduos.

Pimenta Bueno, 1875

4.1 - Da imperiosa necessidade de limitação do uso das medidas provisórias

Embora não tenham sido criadas pelo constituinte para propiciar abusos por parte do Poder Executivo, as medidas provisórias acabaram por construir no Brasil uma segunda instância legislativa, fecunda na quantidade, e descuidada quanto à sua qualidade e relevância. Ao comentar a Emenda Constitucional Nº 32 Leon Frejda Szklarowsky disse que o País não suportava mais “os grilhões impostos pelas medidas provisórias”.¹⁰³⁰

Szklarowsky lembra também que a Constituição Federal de 1988, libertária, ao criar as MPs o fez para que funcionassem como “carta de alforria, pela sua natureza sumamente democrática, pela faculdade concedida ao legislador de emendar, rejeitar, parcial ou totalmente, apresentar destaque e projeto de lei de conversão”.¹⁰³¹ Ocorre que elas se transformaram em “instrumento de alta pressão, em virtude do mau uso e abusos praticados, jamais punidos, porque o Congresso, detentor da prerrogativa maior de julgar *in limine* se a MP preenchia ou não os pressupostos de admissibilidade, nem sempre o fez, permitindo desta forma o acúmulo de centenas de atos provisórios, que se vêm reeditando num crescendo,

¹⁰³⁰ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação das medidas provisórias. *Consulex*, n. 113, p. 57.

¹⁰³¹ Idem. Veja-se também o texto da Resolução CN-1/89.

privando o legislador de exercer sua função precípua.”¹⁰³² Para além disso, a “sua utilização indiscriminada converteu-a numa arma contra a própria sociedade.”¹⁰³³

De tudo o quanto pôde ser mostrado no capítulo anterior a respeito de abusos de poder e outros desvirtuamentos constitucionais graves no que se refere à prática que se formou em torno às medidas provisórias no Brasil, aflora como natural, imperiosa e urgente a necessidade de limitação do uso delas. Esta necessidade pode ser ainda amparada na verdadeira ode ao Legislativo feita por Pimenta Bueno - acima reproduzida - e na sentença de Nelson Saldanha de que “um povo que não possua, em sua organização política, um Legislativo que efetivamente o represente, e que encarne valores políticos definidos, não será um povo politicamente desenvolvido.”¹⁰³⁴ É que com o uso indiscriminado das medidas provisórias, se por um lado evidenciou-se a hipertrofia do Executivo, por outro o que se viu foi a diminuição ostensiva do prestígio do Legislativo, por ter sido este o poder mais ofendido, pela usurpação de sua função típica. Ficou sobejamente demonstrado no capítulo antecedente que o uso abusivo das medidas provisórias caracterizou um avanço cada vez maior do Poder Executivo nas atribuições do Legislativo, tendo-se evidenciado a subordinação do Congresso Nacional ao Presidentes da República.

De Karl Loewenstein já se herdou a lição a respeito do “caráter demoníaco” do poder e da conseqüente necessidade de limitação do exercício do poder político no seio do Estado: “É evidente, e numerosas são as provas disso, que onde o poder político não está restrito e limitado, o poder se excede. [...] O poder encerra em si mesmo a semente da sua própria degeneração. Isto quer dizer que quando não está limitado, transforma-se em tirania e em arbitrário despotismo. Daí que um poder sem controle adquire um acento moral negativo que revela o demoníaco no elemento do poder e o patológico no processo do poder.”¹⁰³⁵ O constitucionalista alemão lembrou também o epigrama de Acton para fazer patente de maneira aguda o elemento patológico inerente a todo processo do poder: “O poder tende a corromper e o poder absoluto tende a corromper-se absolutamente” (*Power tends to corrupt, absolute power tends to corrupt absolutely*).¹⁰³⁶ Segundo ainda a prestigiosa voz alemã, sendo a natureza humana como é, não se pode esperar que tais limitações atuem “automaticamente”, devendo antes serem introduzidas no processo do poder a partir de fora, tanto no interesse dos

¹⁰³² Idem.

¹⁰³³ Idem.

¹⁰³⁴ Cf. SALDANHA, Nelson. *O que é...* Op. cit., p. 75.

¹⁰³⁵ Cf. LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. P. 28.

¹⁰³⁶ Ibidem, p. 29.

detentores como dos destinatários do poder. Nesta linha de raciocínio, “limitar o poder político quer dizer limitar os detentores do poder.”¹⁰³⁷

Acreditava-se, é verdade, que a Constituição de 1988 já continha em seu texto limitações o bastante para evitar degenerações como a aludida pelo famoso constitucionalista. Cite-se neste sentido a orientação dada para o específico problema brasileiro por Clèmerson Clève: “[...] É necessário insistir na viabilidade da dedução do próprio Texto Constitucional de uma adequada disciplina jurídica das medidas provisórias”.¹⁰³⁸ Mas pelo que se viu, não foi esta a interpretação constitucional que prevaleceu, sendo necessário que outras ou as mesmas limitações fossem escritas expressamente no texto para evitar o já dado a conhecer desequilíbrio na estrutura do poder.

Posto assim o problema da ofensa à dignidade política e constitucional do Legislativo, haveria que se recuperar suas prerrogativas para que a organização jurídico-política brasileira pudesse novamente fazer jus ao Estado Democrático de Direito que a nação abriga, com tudo o que isso significa e implica. Neste contexto de abusos cometidos pelo Poder Executivo, inútil seria o Legislativo queixar-se da conivência do Poder Judiciário para com aquele, por meio de seu órgão de cúpula, que não foi enérgico o suficiente para devolver-lhe suas funções mais básicas. Isto porque estas poderiam ter sido recuperadas a qualquer momento por si próprio, desde que houvesse vontade política para fazê-lo. Apenas a limitação do uso das medidas provisórias poderia permitir ao Legislativo abandonar a cômoda posição de criticar¹⁰³⁹ a voracidade legislativa do Executivo.

Cabia, pois, ao próprio Poder Legislativo pôr um freio na desmesurada atuação do Poder Executivo, principalmente se com isso não se conformava desde o seu início. Por atribuição constitucional, somente ao Legislativo cabe o processo de regulamentação ou de reforma da Constituição. Deste modo, a possibilidade de limitar o uso das medidas provisórias esteve sempre - desde o dia em que a Constituição entrou em vigor - à sua inteira disposição. Diante das inúmeras conseqüências desastrosas que a falta dessa limitação ocasionou, é de se lamentar profundamente que a mesma só tenha se efetivado há pouco menos de um mês de a

¹⁰³⁷ Idem.

¹⁰³⁸ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 160.

¹⁰³⁹ As críticas foram abundantes, exemplificando-se com o pronunciamento da senadora Benedita da Silva, feito em 1997, no qual alertava para o “desvirtuamento dos propósitos constitucionais advindos com o excessivo uso do instituto das medidas provisórias, ferindo, inclusive, as atribuições precípua do Poder Legislativo, na sua tarefa da formulação das leis.” Cf. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 26.363, 29 nov. 1997.

Constituição completar seus treze anos de idade! Ao longo destes anos todos, enquanto o Congresso se omitiu sobre o assunto, o Executivo abusou dessa omissão.

Pegando-se o aspecto específico das reedições, foram elas veementemente criticadas tanto por representantes do Poder Judiciário quanto do Legislativo ao longo dos últimos anos, seja em jornais, revistas, eventos científicos, sem que disso derivasse no entanto nenhuma ação concreta que definitivamente as coibisse. Todos os reclamos em relação às medidas provisórias não desembocaram em nenhuma atitude mais severa em relação aos abusos; ficaram no campo da mera retórica.

Necessitava-se de uma regulamentação do uso indiscriminado das medidas provisórias para fazer valer o princípio da separação dos poderes. Mais do que isso: era necessária uma regulamentação para restituir o poder ao povo. Isto porque a solene afirmação de que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” encerra o conteúdo do princípio democrático. Por irônico e paradoxal que possa ser, a fórmula, universalmente apregoada e incorporada na maioria das Constituições da atualidade, chegou a figurar até em textos constitucionais outorgados, como o exemplifica o art. 1º da Constituição Brasileira de 1969. Mas aí tinha-se uma mera fachada de democracia. Já o texto constitucional de 1988 originou-se de um processo democrático de elaboração, donde ser infinitamente maior e mais legítima a exigência e a cobrança para que o princípio da democracia não ficasse contemplado e restrito apenas em seu aspecto formal.

Era enfim necessária uma regulamentação até porque a Resolução CN 01-89 aplicada à medida provisória “nada dizia”, conforme avaliação de Ivo Dantas, “a não ser um cordial *amém* ao espírito autoritário do Poder Executivo”.¹⁰⁴⁰

Como se deu esta “regulamentação” e o seu alcance é o que se analisará nos itens que se seguem.

4.1.2 - Análise da Emenda Constitucional Nº 32/2001: a restrição ao uso das medidas provisórias e as novas regras para o seu exame pelo Legislativo

A restrição ao uso das medidas provisórias que logrou êxito foi proposta originariamente pelo então senador Espiridião Amin e outros, em 1995, tendo sido aprovada em 1997 pelo Senado Federal (em 23 de abril e 14 de maio). A PEC (Proposta de Emenda

¹⁰⁴⁰ Cf. DANTAS, I. Constitucionalidade da reedição de medidas provisórias [entrevista]. *Consullex*, n. 3, p. 6.

Constitucional) havia recebido o nº 01/1995 na casa de origem e o nº 472/1997 na outra casa legislativa federal. Quando de sua remessa à Câmara dos Deputados em julho de 1997, o texto modificava inteiramente o art. 62 da CF/88, que passava a ter onze parágrafos, sendo que também alterava a redação dos arts. 48 e 84 do texto constitucional. Quando enviada à Câmara para passar pelo crivo dos deputados federais, recebeu emenda aglutinadora substitutiva, englobando a proposta advinda do Senado Federal e as demais que se encontravam em tramitação na Câmara (PECs 2, 8, 13, 18, 26 e 52, todas de 1995), tendo aí surgido a PEC 472-C/97. A matéria retornou então novamente ao Senado, tendo recebido substitutivo apresentado pelo senador José Fogaça, aprovado em 1999.

No decorrer da tramitação da proposta, em fevereiro de 2000, o então Presidente da Câmara dos Deputados dizia: “Quero votar o mais rapidamente possível para limitar esse instrumento que, no meu modo de ver, não engrandece a ordem jurídica brasileira.”¹⁰⁴¹ Na mesma ocasião Michel Temer disse ter sido um dos poucos constituintes contrários ao instituto desde o início. Com efeito, isso pode ser comprovado nos debates constituintes.¹⁰⁴²

Por outro lado a Ordem dos Advogados do Brasil, representada por seu presidente nacional, esteve em maio de 2000 no Congresso Nacional para cobrar agilidade na aprovação da emenda constitucional que restringiria a emissão de medidas provisórias pelo Executivo. Na ocasião disse Reginaldo de Castro: “A edição exagerada das medidas provisórias é uma usurpação da competência privativa do Poder Legislativo. E hoje o Brasil está submisso aos humores do Executivo.”¹⁰⁴³ Disse ainda: “A classe jurídica já está impaciente com o abuso do Executivo na edição de medidas provisórias.”¹⁰⁴⁴ Lembrou por fim que a própria OAB já havia apresentado várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade ao STF, contestando medidas provisórias baixadas pelo Executivo.

Apesar de toda essa demonstração de “pressa”, a restrição saiu apenas mais de um ano depois. A aprovação da PEC em primeiro turno na Câmara dos Deputados deu-se no dia 20 de junho de 2001 (com 417 votos favoráveis, um voto contrário e nenhuma abstenção). No dia 1º de agosto de 2001 o mesmo Plenário da Câmara aprovou a referida PEC em segundo turno de

¹⁰⁴¹ Cf. TEMER, Michel. “A reforma será de estrutura”. *OAB Nacional*, fev. 2000. P. 11.

¹⁰⁴² “Se mantivermos as medidas provisórias, haverá a incapacitação do Legislativo para legislar amplamente. Invoca-se aqui, o decreto-lei italiano. Mas ele é diferente. Lá, sob o sistema parlamentarista, está dito.” Estas palavras foram proferidas pelo deputado constituinte Michel Temer na Assembléia Nacional Constituinte, reproduzidas no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados quando da análise do PLP 223/90. Apud SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 106.

¹⁰⁴³ Cf. ORDEM QUER PRESSA NA REGULAMENTAÇÃO DAS MPs. *OAB Nacional*, maio, 2000. p. 6.

¹⁰⁴⁴ *Idem*.

votação (foram 364 votos a favor e 3 contra). Na Câmara as restrições de temas que não poderiam ser objeto de MPs foram ampliadas pelos partidos de oposição, com a inclusão da instituição ou majoração de impostos para diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos suplementares, detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou ativo financeiro. Também ficou proibida a reedição de MP que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, na mesma sessão legislativa. Como o texto originalmente votado no Senado sofreu estas e outras alterações na Câmara, teve que retornar mais uma vez àquela Casa. Assim, no mesmo dia 1º de agosto o presidente da Câmara dos Deputados entregava ao presidente interino do Senado Federal os “autógrafos” da emenda constitucional que restringe a edição de MPs. “Este é um momento histórico na vida do Parlamento brasileiro. A emenda é importante para a consolidação do Legislativo, cujo prestígio vinha sendo corroído pela edição indiscriminada de medidas provisórias”, disse o senador Édison Lobão.¹⁰⁴⁵

Na terceira vez em que passou pelo Senado, a PEC foi aprovada novamente em primeiro turno no dia 15 de agosto de 2001 (recebeu 66 votos favoráveis, um contrário e uma abstenção) e em segundo turno de votação no dia 5 de setembro (com 66 votos favoráveis, 3 contrários e uma abstenção), tendo sido promulgada em sessão conjunta pelas Mesas da Câmara e do Senado em 11 de setembro de 2001, com o nome de EC Nº 32/2001.

Importa observar que a promulgação da referida Emenda Constitucional concretizou iniciativa que tramitava há seis anos no Congresso Nacional, tendo sido a mais longa tramitação jamais alcançada por outra PEC. Do mesmo modo, em seu trâmite verificou-se outro fato inédito: o exame da mesma PEC por três vezes no Senado Federal. Em vista disso, a própria presidência do Senado havia se esforçado para que a matéria tramitasse rapidamente, tendo inclusive pedido a sua aprovação sem modificações¹⁰⁴⁶ na terceira rodada de votações.

As restrições às edições de MPs trazidas pela EC Nº 32/2001 não ficaram apenas nos aspectos que cumprem ser observados pelo Presidente da República; alcançaram também aqueles que são de competência do Poder Legislativo, eis que a este cabe a segunda etapa do procedimento de elaboração da espécie normativa. Diante disso, o presumível passo seguinte será a discussão, no Congresso Nacional, de um projeto de resolução que implementará as

¹⁰⁴⁵ Cf. SENADO VOTA ESTE MÊS RESTRIÇÃO AO USO DE MPS. *Jornal do Senado*, 2 de agosto de 2001. P. 5.

¹⁰⁴⁶ Cf. TEXTO APROVADO NA CÂMARA DEVE SER ACOLHIDO. *Jornal do Senado*, 13 de ago. de 2001. P. 3.

novas regras de tramitação de MPs,¹⁰⁴⁷ em substituição ao procedimento até agora seguido, ditado pela Resolução 1/CN/89, que, como já foi visto, dispôs “sobre a apreciação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória a que se refere o art. 62 da Constituição Federal”.

Um olhar panorâmico sobre o texto da EC Nº 32 permite observar que sequer o *caput* do artigo 62 da CF/88 ficou intacto, ao contrário do que afirma Szklarowsky em sua análise.¹⁰⁴⁸ Em sua epígrafe a Emenda Constitucional diz: “Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências.”¹⁰⁴⁹ Frise-se que dos nove artigos mencionados, as alterações efetuadas em quatro deles não se referem às medidas provisórias (artigos 48, 61, 84 e 88). Portanto, a EC em comento não é exclusiva para a “regulamentação” das MPs. Já o artigo que mais acrescimos somou foi justamente o 62, que perdeu seu parágrafo único e ganhou doze parágrafos.

Diga-se que em 24 de outubro de 2001 o Senado Federal votava a aprovação da primeira medida provisória em tramitação no CN sob as novas regras. Tratava-se da MP nº 1, que abriu crédito extraordinário para socorro a vítimas das enchentes no Centro-Sul e das secas no Nordeste.

Vejam-se a seguir as modificações introduzidas pela EC Nº 32 em relação aos vários aspectos que norteiam a edição das medidas provisórias.

¹⁰⁴⁷ Com efeito, um mês depois de promulgada a EC restringindo o poder presidencial de editar medidas provisórias, o Congresso já estava iniciando discussão de projeto de resolução visando a disciplinar a forma como as MPs tramitariam dali em diante na Câmara e no Senado. Embora a EC estabeleça que as MPs tramitarão em Casas separadas, as Mesas do Senado e da Câmara resolveram elaborar um projeto comum, justificando que, como várias normas dessa tramitação são iguais, podem ser disciplinadas em conjunto. Cf. CONGRESSO DISCUTE NORMAS PARA TRAMITAÇÃO DE MPS. *Jornal do Senado*, 25 de outubro de 2001. P. 2.

¹⁰⁴⁸ Leon Szklarowsky afirma, em comentários à EC Nº 32, que o *caput* do art. 62 “ficou intacto” (Cf. Limitação das... Op. cit., p. 58), no que não lhe assiste razão, eis que na nova redação do mesmo caiu a parte que dizia “[...] **que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.**” (Grifou-se). Por outro lado, como o *caput* deste artigo continua a atribuir competência exclusiva ao Presidente da República para a edição de medidas provisórias, é pertinente a opinião do autor de que “falhou o Parlamento, porque não resolveu de vez a controvérsia, quanto à faculdade de os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarem medidas provisórias”, visto que esse autor sempre defendeu essa prerrogativa, com fundamento na Carta Maior. Ressalta ainda ele que atualmente a única proibição neste sentido está prevista no § 2º do art. 25 da CF/88. Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação das medidas provisórias. Op. cit., p. 59.

¹⁰⁴⁹ Para facilitar a compreensão do leitor, reproduz-se o texto da EC Nº 32/01 na íntegra, como **anexo** desta tese (ANEXO 1).

4.1.2.1 – Quanto à delimitação do conteúdo (matérias-objeto) das MPs

Conforme visto ao longo do terceiro capítulo desta tese, quanto ao conteúdo, até há pouco tempo as MPs praticamente versavam sobre qualquer assunto, obedecidos quanto muito, e muitas vezes apenas pró-forma, os critérios de relevância e urgência. Isso ocorria a despeito das várias limitações decorrentes de uma interpretação sistemática do texto constitucional. O argumento utilizado pelos Presidentes da República era o de que a Constituição Federal de 1988 não havia limitado expressamente o conteúdo material das medidas provisórias, configurando providência legislativa cautelar inspirada na Constituição Italiana. Lá, nem por isso houve abusos; aqui o que mais se viu em treze anos de uso foram abusos.

Frise-se, mais uma vez, que se o constituinte brasileiro acabou não precisando diretamente no próprio corpo do art. 62 sobre quais assuntos as MPs poderiam versar, é porque outras disposições constitucionais integradas forneciam o espectro dessa abrangência, que, de toda forma, não era ilimitado, embora ele quisesse permitir que as emergências qualificadas pela relevância pudessem ser resolvidas pelo mecanismo.

Com a regulação do instituto, o Executivo perdeu o direito de legislar como bem entendia e sobre o que bem entendia. Se antes o Presidente da República avocava-se o direito de editar medidas provisórias para tratar de “assuntos diversos”, agora há uma lista de assuntos proibidos.

As **limitações quanto ao conteúdo** passam a constar no § 1º do art. 62 da CF/88, implicando a vedação de edição de Medidas Provisórias sobre matéria:

“I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
 - b) direito penal, processual penal e processual civil;
 - c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
 - d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;
- II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;
- III - reservada a lei complementar;
- IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.”

Também o § 2º acrescido ao art. 62 trata de uma importante **limitação material**: a que diz respeito à instituição ou majoração de impostos. Diz o texto do parágrafo aludido: “Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II, só produzirá efeito no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.” A EC introduziu assim o **respeito aos Princípios da Anterioridade e da Legalidade Tributária** (“reserva absoluta de lei formal”), sendo que ambos os princípios vinham sendo violados em tal matéria. Importa ressaltar que o princípio da legalidade passa a ser resguardado a partir do momento em que pela regra do § 2º os **efeitos de uma medida provisória no campo tributário (especificamente quanto à instituição ou majoração de impostos) só se verificarão após a sua conversão em lei**, ou seja, nesta matéria não são produzidos aqueles efeitos precários enquanto medida provisória, mas apenas os efeitos perenes, completos, quando já da sua conversão em lei. Isso, de certo modo, desnatura a própria medida provisória, pois lhe impede de produzir efeitos de lei desde a sua edição, o que lhe é inerente, eis que se trata de norma jurídica com vigência imediata. Neste sentido, equivale a medida provisória em matéria tributária mais a um projeto de lei do que uma medida provisória propriamente dita.

Por outro lado, Leon Frejda Szklarowsky também detectou no parágrafo 2º do art. 62 uma “incongruência inaceitável”. Veja-se:

Se é urgente e há relevância, não se concebe que a instituição ou a majoração somente valha para o exercício seguinte. Conclui-se que os pressupostos necessários não existem. Logo, é inconcebível a expedição de medida provisória para regular aquelas hipóteses, visto que não se pode dizer que haja urgência ou seja relevante a matéria. Na verdade, há uma contradição gritante entre o *caput* do artigo 62 e o § 2º. Sem dúvida, pecou o legislador, já que não se vislumbram os pressupostos de admissibilidade.¹⁰⁵⁰

Na verdade essas duas incongruências ora detectadas foram inevitáveis ao se tentar permitir que uma espécie normativa como a medida provisória regulasse matéria atinente à instituição ou majoração de impostos. Explica-se: para não ferir o princípio da legalidade teve-se que impedir a produção de efeitos desde o início da edição da medida provisória (postergando tal eficácia apenas para o momento em que a medida provisória já não fosse mais medida provisória, mas efetivamente uma lei). No entanto com isso afetou-se

¹⁰⁵⁰ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação... Op. cit., p. 58.

necessariamente o pressuposto da urgência (pelo diferimento dos efeitos), sendo que por outro lado a protelação dos efeitos de uma tal medida provisória também era necessária para salvaguardar o princípio da anterioridade. O mais sensato teria sido não permitir que tal matéria fosse objeto de medida provisória.

Com efeito, são enormes as dificuldades geradas no campo da aplicabilidade quando da divisão de um ato normativo em duas partes: uma com vigência e eficácia imediatas, e outra com a eficácia diferida. Neste caso específico da medida provisória veiculando matéria tributária, a ausência, ainda que parcial, de eficácia imediata, descaracteriza por si só o ato normativo como sendo da espécie “medida provisória”, uma vez que esta não pode nunca, por definição, prescindir do requisito da urgência. Isto se infere de um raciocínio básico: não pode ser urgente o que pode ficar para depois! Retorna-se assim à tese defendida pelo Ministro Celso de Mello de que a eficácia diferida na seara da medida provisória é tentar “interpretação que só fez [faz] acentuar a sua impossibilidade”.¹⁰⁵¹

De modo geral poder-se-ia alegar a **falta de maior rigor** da EC Nº 32 neste campo específico do conteúdo. Poderia a Emenda, por exemplo, ter previsto a vedação genérica de medida provisória em matéria de “direito processual”, linguagem utilizada no art. 22 da CF/88. Por este caminho também se evitariam medidas provisórias em processo trabalhista, constitucional, econômico e outros que possam surgir. Ao restringir a proibição de medida provisória apenas ao campo do direito processual civil e do direito processual penal, o poder reformador deixou aberta a possibilidade de o Executivo dispor das outras áreas processuais aqui lembradas, o que vai de encontro ao mandamento claro do próprio art. 22. Com efeito, neste artigo a CF/88 arrola as matérias nas quais legislar é competência exclusiva da União, a ser exercida pelo Congresso Nacional, não pelo Presidente da República.

Por outro lado, pode-se lamentar também o fato de o poder de reforma não ter inscrito no rol limitador da edição das medidas provisórias os “direitos individuais”, que são inclusive protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/88. Poder-se-ia alegar a obviedade da proibição de medida provisória dispor sobre matéria vedada tanto à delegação legislativa quanto à reforma constitucional. Porém seria de indagar por que a Emenda Constitucional Nº 32 tirou expressamente do alcance das medidas provisórias todas as matérias elencadas nos três incisos do § 1º do art. 68 da CF (indelegáveis pelo Poder

¹⁰⁵¹ Conforme “Considerações sobre a medida provisória”. *Revista PGE/SP*, p. 221, jun. 1990.

Legislativo ao Poder Executivo), deixando de fazê-lo apenas em relação aos direitos individuais.

Ocorre, contudo, que a grande parte das limitações quanto ao conteúdo já se encontrava na Constituição, e desde o seu início aliás, mas parece que o máximo dignitário da República não se apercebeu disso. Era este o posicionamento de Ivo Dantas quando da análise do Projeto de Lei Complementar nº 223/90, de autoria do dep. fed. Nelson Jobim, que visava limitar o uso das medidas provisórias:

Todas estas limitações, que o Projeto aponta, já existem na própria Constituição, necessitando do intérprete, apenas, que promova uma análise-interpretação da Medida Provisória levando-se em conta o texto constitucional como um sistema, que não pode ser visto de forma 'departamentalizada' ou 'seccionada'. Isto, contudo, não impede a aprovação da proposta, que apenas visa tornar sistemática e mais explícita as limitações que podem ser identificadas na Constituição, desde que dela seja feita uma leitura sistêmica, tal como temos insistido por diversas vezes.¹⁰⁵²

De resto, se por um lado o Presidente da República perdeu poderes com a restrição das possibilidades de assuntos que podem ser objeto de medidas provisórias e com a impossibilidade de reedição das mesmas, por outro ganhou liberdade para regulamentar por medidas provisórias temas que forem alterados na Constituição por reforma constitucional a partir da data de promulgação da EC Nº 32, é dizer, a partir de 11 de setembro de 2001. Havia proibição neste sentido estabelecida pelo art. 246 da CF/88, mas houve modificação na redação deste artigo pela recente Emenda Constitucional. A nova redação do art. 246 passou a ser a seguinte: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."

A limitação anterior impedia que o Executivo estabelecesse unilateralmente a regulamentação das reformas constitucionais, revelando com isso a preservação da capacidade do Poder Legislativo de influenciar na modelagem e na fiscalização das novas políticas públicas capitaneadas pelas reformas. No entanto, o próprio Poder Legislativo abriu mão agora deste seu importante papel.

¹⁰⁵² Cf. DANTAS, I. *Aspectos jurídicos...* Op. cit., p. 77-8.

Essa paradoxal liberação relacionada às matérias que podem ser veiculadas por medidas provisórias veio ao encontro dos interesses do Poder Executivo, o que lhe servirá, por exemplo, na regulamentação da futura reforma constitucional tributária.

4.1.2.2 - Quanto aos pressupostos relevância e urgência

A Emenda Constitucional Nº 32, nas tantas alterações que registrou a respeito da medida provisória, silenciou totalmente a respeito de uma mínima definição acerca dos pressupostos relevância e urgência. Seguem os mesmos, portanto, “indeterminados”. A EC sequer exigiu a motivação deles (o que poderia ter sido aproveitado do Projeto de Lei Complementar nº 223-B/90, referido no subitem 2.4.3.4.2, *c*, do segundo capítulo desta tese). O único avanço foi ter o poder reformador constitucionalizado o dever do exame prévio pelo legislativo federal da ocorrência ou não de ditos pressupostos antes da deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias (cf. o atual § 5º do art. 62, CF/88). Com isto se terá recuperado a prerrogativa que havia sido olvidada pelo próprio Poder Legislativo, visto que esse exame deveria ser feito pela Comissão Mista, por força do determinado pela Resolução Nº 1-89 do Congresso Nacional, mas que segundo Leon Szklarowsky, “não era obedecido”.¹⁰⁵³

Percebe-se, no entanto, que no que diz respeito ao pressuposto *urgência* a EC Nº 32 acabou por ampliar o único critério que a doutrina havia fixado ao longo dos treze anos de uso de medidas provisórias sem regulamentação alguma. Diz-se isto porque com a ampliação da vigência da medida provisória de 30 para 60 dias, acrescentando-se ainda a possibilidade de uma prorrogação de mais 60 dias, tem-se que em realidade o prazo de eficácia máximo passa a ser de 120 dias. Relembre-se, diante disto, que o critério demarcado pela doutrina era o do lapso temporal pertinente ao processo legislativo de urgência do art. 64, §§ 2º e 3º da CF/88, que andava ao redor de 100 dias. Segundo construção doutrinária, era urgente a medida provisória cujo conteúdo não poderia ter sido normatizado pela via legislativa de urgência, no máximo em 100 dias. Mas agora tal regra ficou sem efeito, haja vista ter sido superada pelo novo prazo de vigência das MPs. Hoje o raciocínio a ser feito não pode mais levar em conta o parâmetro do processo legislativo de urgência. Isto porque a medida provisória passou a ser urgente mesmo que o seu prazo de vida útil ultrapasse em pelo menos 20 dias o período de feitura de

¹⁰⁵³ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação... Op. cit., p. 58.

uma lei pelo regime de urgência. Logo, doravante reputa-se urgente a matéria cuja regulamentação legislativa há de ser finalizada em até 120 dias. Com isso, a Emenda fez tábua rasa do regime de urgência já existente na Constituição, até porque operou mudanças na redação do § 2º do art. 64 justamente para dar maior ênfase às medidas provisórias do que aos projetos de lei apreciados em regime de urgência.¹⁰⁵⁴

Assim, se por um lado foi necessário ampliar o prazo de vigência das MPs para possibilitar ao Poder Legislativo a efetiva apreciação delas, eis que o lapso anterior de 30 dias era muito exíguo, por outro isto acaba por significar uma flexibilização no que se refere ao requisito da urgência. Logo, tornou-se mais difícil coibir uma medida provisória pela verificação do pressuposto urgência, eis que na Constituição se abriu a possibilidade de este se dar agora em maior número de circunstâncias do que antes da Emenda Constitucional.

Desta maneira, resta esperar que o Poder Executivo se valha de maior cautela na utilização da espécie normativa, em função das modificações ora apresentadas pelo poder reformador, assim como desejar do próprio Poder Legislativo e do Poder Judiciário uma análise mais acurada da presença dos referidos pressupostos constitucionais.

4.1.2.3 - Quanto ao prazo de vigência, a perda da eficácia e a coibição da reedição

As reedições das medidas provisórias para forçar a deliberação congressual, ou simplesmente empreendidas como subterfúgio à falta dessa deliberação, são incompatíveis com o regime democrático, mormente pelo desrespeito que isso acarreta ao Poder Legislativo. É que, em tese, a não manifestação do Congresso Nacional, no prazo assinalado, deveria ter sido entendida pelos Presidentes da República como rejeição tácita.

Michel Temer, quando ainda Presidente da Câmara dos Deputados, falou que nos debates que circundavam a regulamentação das medidas provisórias não se falava mais em

¹⁰⁵⁴ A redação original do § 2º era: “Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação.” O mesmo § 2º passou a ter a seguinte redação: “Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, **com exceção das que tenham prazo constitucional determinado**, até que se ultime a votação.” Comparem-se as duas redações e ver-se-á que a expressão grifada refere-se às medidas provisórias, que pela redação do § 3º, combinado com os §§ 6º e 7º do art. 62 da CF/88, têm prazo determinado.

“reedição”, mas sim em “prorrogação”. A diferença seria que, “na reedição, as MPs podem conter matéria nova. Na prorrogação só vale aquilo que foi editado pela primeira vez.”¹⁰⁵⁵

Até o advento da EC N° 32 o prazo de vigência das MPs era de 30 dias mas, como visto no terceiro capítulo desta tese, na prática o Presidente da República valia-se do subterfúgio de reeditá-las mensalmente, enquanto o Congresso não as votava, de forma a conferir a algumas delas vigência superior a seis anos. Com a entrada em vigor da EC N° 32 aquele prazo de validade (vigência) foi ampliado de 30 para 60 dias (Note-se aqui a igualização ao modelo italiano e ao decreto-lei das duas anteriores Constituições Brasileiras.).

A necessidade de ampliação do prazo de vigência da medida provisória de trinta para sessenta dias foi posta em relevo na maior parte das propostas de regulamentação do instituto. Esta preocupação já havia sido evidenciada pelo Poder Legislativo quando da Revisão Constitucional desencadeada a partir de 5 de outubro de 1993, em que foi bastante significativo o número de propostas revisionais apresentadas nesse sentido. Veja-se a justificativa para a ampliação do prazo por ocasião da discussão da PEC 2/95:

A experiência prática, como observamos, demonstrou os inconvenientes da exigüidade do prazo hoje previsto para a apreciação de medidas provisórias editadas. Se parece certo que, em sua concepção originária, a entrada imediata em vigor e o caráter temporário de suas normas recomendavam o menor prazo possível para a vigência em nome da ‘segurança jurídica’ dos cidadãos, também não se pode deixar de reconhecer que, de fato, este prazo de trinta dias acabou trabalhando contra o Congresso Nacional e, em última análise, contra essa mesma ‘segurança jurídica’, propiciando, em face das constantes perdas de eficácia por decurso de prazo, indefinidas reedições que prolongavam no tempo a provisoriedade das normas adotadas.

[...]

Assim é que uma providência essencial, a nosso ver, para se impedirem as inúmeras reedições de medidas provisórias, seria a ampliação, para sessenta dias, do prazo atualmente previsto para sua apreciação, merecendo integral acolhida, por parte desta Relatoria, todas as propostas de emenda apresentadas nesse sentido.¹⁰⁵⁶

O prazo de 60 dias acima referido foi aceito e passou a ser prorrogável apenas uma única vez, por outros 60 dias (§ 3º do art. 62, CF/88),¹⁰⁵⁷ sendo que a reedição foi

¹⁰⁵⁵ Cf. Entrevista concedida por Michel Temer ao jornal *OAB Nacional* de fevereiro de 2000. P. 11.

¹⁰⁵⁶ Cf. o relatório do deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, relator da Comissão Especial destinada a emitir parecer sobre a PEC N° 2-95. Apud LISBÔA, Patrícia Hähnert Sardá. *A legitimidade da reedição de medidas provisórias no Estado Constitucional Brasileiro*. [Anexo I, p. 56-7]

¹⁰⁵⁷ Importa observar que o texto da PEC 1/95 aprovado pelo Senado em 3/6/99 previa eficácia inicial de 90 dias às medidas provisórias, admitida a prorrogação por mais 90 dias, o que lhes conferia eficácia máxima de 180 dias. Cf. texto da proposta publicado no *Diário do Senado Federal* de 3 de junho de 1999.

expressamente proibida (§ 10). Já quanto à prorrogação, embora permitida, entende-se que não poderá operar modificação no texto original da medida provisória.

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

A **prorrogação**, autorizada pelo § 7º do art. 62, dar-se-á por uma única vez e por igual período ao da vigência inicial, conforme já informado, **apenas** se no prazo de 60 dias, contado da publicação da medida provisória, a sua votação não tiver sido encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

Portanto, após a regulamentação do instituto, o prazo máximo de sua vigência sem a chancela do Congresso Nacional passou a ser de 120 dias,¹⁰⁵⁸ e não mais a “eternidade”, outrora tão cultuada e levada a cabo pela figura da agora vedada reedição. Não sendo convertidas em lei nesse período máximo de 120 dias, as medidas provisórias **perderão a eficácia desde a edição**, por decurso de prazo, o mesmo ocorrendo caso sejam expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, casos em que serão necessários os decretos legislativos que disciplinem as relações jurídicas formadas à sombra das MPs que perderam a eficácia.

Tudo seria mais facilmente compreendido não fosse a regra do § 11 a respeito. Por este novo dispositivo, na realidade a regra impositiva do § 3º no que se refere à **perda da eficácia desde a edição** de uma MP fica **relativizada**, ou, mais do que isso, **não se aplica** à totalidade dos casos de relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência **se não advier o decreto legislativo**, que deve disciplinar tais relações **até 60 dias após a rejeição ou perda de eficácia** da respectiva medida provisória.¹⁰⁵⁹ Na realidade isto significa que: se não for editado o devido decreto legislativo até 180 dias contados da publicação de uma dada medida provisória não convertida em lei (por uma ou outra via), continuará ela a produzir todos os efeitos produzidos desde o seu início em relação àquelas

¹⁰⁵⁸ Na verdade este prazo pode vir a ser maior na realidade, a considerar a suspensão prevista no § 4º do art. 62: “O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, **suspendendo-se** durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.” (Grifou-se)

¹⁰⁵⁹ Neste particular julga-se mais adequada a redação pela forma inversa contida no texto da PEC 1/95 aprovado pelo Senado Federal em 3 de junho de 1999, onde lia-se: “Os **atos praticados na vigência de medida provisória terão validade jurídica plena**, salvo se o Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias, contado da data da extinção de sua eficácia ou rejeição, promulgar decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes” (grifou-se). Como se nota, nesta redação, que não prevaleceu na versão final da EC Nº 32, a regra era a da validade jurídica plena dos atos praticados sob a regência de qualquer medida provisória, configurando exceção a perda da eficácia *ex tunc* apenas se o CN emitisse o referido decreto legislativo.

relações jurídicas que se constituíram sob sua regência normativa. Neste caso, os efeitos de dita MP cessariam completamente para o futuro, mas os já produzidos permanecerão até que se lhes dê uma solução por meio de decreto legislativo. Está-se diante de um caso de uma restante **vigência parcial** da medida provisória. Restaria indagar: até quando? O artigo 62, com todas as alterações que recebeu, não consegue responder a esta indagação, de maneira que o intérprete pode ficar livre para entender que até sempre, ou pelo menos até que efetivamente advenha um decreto legislativo, como já adiantado. Por fim haveria que se sublinhar que esta providência legislativa foi necessária por ser “extremamente frágil”, segundo Celso Bastos, a imposição constitucional que incumbe ao Legislativo regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes da medida provisória, não existindo “nada que possa obrigar esse poder a proceder dessa forma”.¹⁰⁶⁰

Pela via inversa, esta providência adotada pelo próprio Poder Legislativo no caráter de reforma constitucional passa a introduzir a figura do “decurso de prazo”, já existente, embora com contornos diretos, no regime dos decretos-leis que antecederam as medidas provisórias no Brasil. Note-se que no regime da Constituição anterior o decurso de prazo servia à aprovação do próprio decreto-lei, ao passo que agora serve à convalidação dos efeitos gerados pela medida provisória durante seu tempo de vigência. A análise de Edilson Pereira Nobre Júnior vê como um “retrocesso” o fato de a disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei ser feita pela via do decreto legislativo, com essa possibilidade de purgação da sua própria mora. Para ele, se numa primeira vista isso significa “prestigiar o Congresso Nacional, reconhecendo-lhe, estreme de dúvidas, a titularidade de tão relevante competência”, por outro lado está fortalecendo o Poder Executivo, eis que pende a favor deste a falta de disciplinamento daquelas relações por parte do Legislativo. “Melhor explicando, apesar de não convertida em lei, a medida provisória, em face da inércia parlamentar, terá o seu conteúdo dotado de permanência, sem necessidade, para tanto, do concurso da vontade do Poder Legislativo.”¹⁰⁶¹

Também a regra do **§ 12 do art. 62** tem o condão de **excepcionar o mandamento do seu § 3º** no que se refere à imposição de a-medida provisória perder sua eficácia desde o início em caso de não conversão em lei no prazo máximo de 120 dias. A diferença em relação

¹⁰⁶⁰ Cf. BASTOS, C. R. Medida provisória no campo penal. In: BASTOS, C. R.; TAVARES, A. R. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. P. 509-10. Discordando do entendimento do autor, relembre-se que há sim jurisprudência do STF neste sentido, conforme já dado a conhecer no item próprio.

¹⁰⁶¹ Cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 162.

ao § 11 é que aqui se está a tratar já de uma “quase” conversão em lei, isto é, na verdade já existiria e estaria aprovado no Congresso Nacional o projeto de lei de conversão. Apenas pelo fato de este ter alterado o texto original da medida provisória em questão, esta manter-se-ia integralmente em vigor enquanto esperasse pela sanção ou pelo veto ao projeto de lei de conversão. Neste sentido é claro o texto do § 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.”

Logo, quando a Constituição determina que as medidas provisórias perderão a eficácia desde a edição, duas são as condições para que tal ocorra: a) que não sejam convertidas em lei no prazo máximo de 120 dias, seja pelo simples decurso de tempo, seja pela rejeição expressa do Congresso Nacional; b) que configurada a hipótese da primeira condição, o CN efetivamente edite decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas das medidas provisórias não convertidas em lei, no prazo máximo de até 60 dias após a configuração da rejeição ou da perda da eficácia. Afora estas duas hipóteses, não há que se falar em perda de eficácia *ex tunc* das medidas provisórias.

Isto significa por outro lado que, pela análise sistemática dos parágrafos 3º, 11 e 12 do art. 62 da CF/88, na realidade o prazo de vigência de uma medida provisória em relação à validade dos efeitos por ela já produzidos desde seu início pode extrapolar não só os 120 dias máximos fixados pelo § 3º, como ainda ultrapassar o próprio prazo limite de 180 dias apregoado no § 11. Contudo, há que se ter em conta que isto se deve ao propósito do poder de reforma constitucional salvaguardar a segurança jurídica daqueles destinatários da espécie normativa que efetivamente compuseram relações jurídicas sob a sua orientação. Vieram tais modificações, portanto, para proteger a segurança das relações jurídicas nascidas durante o período da precária vigência da medida provisória, o que é muito salutar. Neste sentido a análise de Szklarowsky: “O legislador [...] introduziu disposição que, em **muito contribuirá para a estabilização das relações jurídicas**, como um mal necessário, semelhante à proposta por nós apresentada, mantendo as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência das medidas provisórias, se o Congresso Nacional não editar o decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de sua eficácia.”¹⁰⁶² Esta já era também a orientação dada por Celso Ribeiro Bastos quando dizia que “a medida provisória não convertida em lei perde sua eficácia, desde o momento em que foi editada. Todavia, os

¹⁰⁶² Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação... Op. cit., p. 59.

atos jurídicos já praticados durante sua vigência e as relações daí decorrentes não podem merecer o mesmo destino, vale dizer, a pura e simples nulidade.¹⁰⁶³ E isto porque, conforme já esclarecia Marcelo Figueiredo, “os destinatários da medida provisória não podem ser punidos pelo cumprimento das mesmas. Não há alternativa; como a medida provisória tem eficácia imediata e pode, inclusive, estabelecer sanções para seu descumprimento, não seria juridicamente lícito supor possa haver penalização pelo cumprimento de ato com força de lei, como é o caso da medida provisória”.¹⁰⁶⁴

Apesar e para além desta cautela do poder de reforma, pensa-se que na verdade a intenção da regulação do instituto não foi a de distender a vigência do instituto, mas sim a de forçar, ou melhor, de direcionar o Legislativo a apreciar as medidas provisórias editadas, o que se comprova pela presença de vários preceitos criados pela EC neste sentido. Este aspecto será melhor visto no item abaixo.

Por fim, ainda algumas últimas palavras acerca da proibição das sucessivas reedições que vinham caracterizando o instituto. Todas as incipientes análises da EC 32, feitas por leigos e por estudiosos do assunto, apontam para o fato de esta ter sido de longe a principal alteração imposta pela Emenda. Contudo, conforme a melhor exegese, referida quase que à exaustão no capítulo antecedente, a Constituição já não permitia essa prática, bastando para a coibição desse abuso que se fizesse cumprir o texto da Magna Carta, o que poderia ter sido determinado pelo STF, seu guardião-mor. Embora isso, causa surpresa negativa o dar-se conta que o próprio Congresso Nacional - ou pelo menos uma de suas Casas - em que pesem as resistências e reclamações de inúmeros parlamentares, havia por fim assimilado a prática da reedição.¹⁰⁶⁵ De todos os modos, agora a vedação da reedição está positivada com todas as letras na Constituição, tendo o poder reformador introduzido, por essa via, o respeito à rejeição tácita (perda da eficácia por decurso de prazo) de uma medida provisória. Veja-se o texto do § 10 do art. 62: “**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.**” E veja-se também o comentário de Leon Szklarowsky a respeito:

¹⁰⁶³ Cf. BASTOS, C. R. Medida provisória no campo penal. Op. cit., p. 509.

¹⁰⁶⁴ Cf. FIGUEIREDO, Marcelo. *A medida provisória na Constituição*. P. 47.

¹⁰⁶⁵ Vide, a esse respeito, publicação de divulgação oficial do Senado Federal, datada de 1999, onde se podia ler: “Mesmo as medidas provisórias, editadas pelo Presidente da República, somente são leis após sua aprovação pelo Congresso Nacional. Enquanto não houver essa aprovação, a medida provisória tem força de lei por 30 dias, **caso não seja reeditada.**” Cf. O SENADO BRASILEIRO. P. 6. (grifou-se).

Pode parecer que, ao admitir a prorrogação por única vez, pelo mesmo período, estariam barradas as eternas reedições, a que se acostumaram os Presidentes da República, exatamente porque não existia nenhuma constrição. Ledo engano, porque, ao proibir a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada ou que perdeu a eficácia por decurso de prazo, está, *ipso facto*, autorizando o Presidente da República a reeditá-la na sessão legislativa ulterior. Não obstante, se tal ocorrer, estará atentando contra a Carta Maior, porque não há falar, em tal hipótese, em urgência ou relevância, que são pressupostos intransponíveis.¹⁰⁶⁶

Esta hipotética possibilidade de que mesmo após expirado o permitido intervalo de validade de uma medida provisória pudesse ela vir a ser reeditada, desde que isto se desse apenas na sessão legislativa seguinte, já havia sido notada por Edilson Pereira Nobre Júnior, quando comentava a PEC 472-C/9.¹⁰⁶⁷ Vê-se, com isto, que neste ponto específico a redação da Emenda Constitucional deixou aberta uma porta que eventualmente poderá vir a ser utilizada pelos Presidentes da República para dar passagem a argumentos favoráveis às reedições.

4.1.2.4 – Quanto ao estabelecimento de novas regras para o exame das MPs pelo Poder Legislativo

Conforme já anunciado acima, a Emenda Constitucional Nº 32 operou mudanças também nas regras utilizadas pelo Poder Legislativo para o exame das medidas provisórias. Vejam-se a seguir quais foram estas modificações.

4.1.2.4.1 – Prazo para votação pelo Congresso Nacional

De início registre-se a curiosa necessidade de uma emenda à Constituição para dizer algo que esta já dizia desde sempre em seu texto: que o Poder Legislativo deveria apreciar todas as MPs já era dito claramente pelo art. 62 desde a sua redação primitiva. Passa-se a ver as modificações relacionadas ao prazo para essa apreciação.

Pelo texto original da CF/88 o prazo para que as medidas provisórias fossem convertidas em lei (o que pressupõe a votação) pelo Congresso Nacional era de 30 dias. A partir da EC Nº 32 este prazo foi ampliado para 45 dias, devendo nele as medidas provisórias ser votadas separadamente pela Câmara e pelo Senado, sob pena de trancar-lhes a pauta de

¹⁰⁶⁶ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação... Op. cit., p. 59.

¹⁰⁶⁷ Cf. PEREIRA JÚNIOR, E. P. Op. cit., p. 192.

votações e ingressar automaticamente em regime de urgência. Assim, se qualquer uma das casas legislativas ultrapassar esse período, não poderá realizar nenhuma outra votação até que delibere acerca das MPs. É este o conteúdo do § 6º do art. 62: “Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.” Trata-se de novidade de suma importância, significando uma **cláusula de primazia** na apreciação das medidas provisórias. Esta disposição é reforçada pela nova redação do § 2º do art. 64, que já tratava da solicitação de urgência feita pelo Presidente da República em relação a projetos de sua iniciativa: “Se, no caso do § 1º a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.”

Também no art. 57 da Constituição a EC Nº 32 operou alterações, especificamente no texto do § 7º e com o acréscimo do § 8º, importando em um corretivo que era necessário. A nova redação do § 7º diz: “Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.”. O § 8º por sua vez estipula: “Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta de convocação.”

Em resumo: transpostos os 45 dias iniciais destinados a cada Casa para apreciação de uma medida provisória, e tendo ingressado a respectiva Casa legislativa em regime de urgência, se mesmo assim não conseguir ultimar a votação da MP em apreciação até 60 dias, automaticamente a referida MP será prorrogada por mais 60 dias. Ao fim desses 120 dias, se ainda dita MP não tiver sido convertida em lei pelo Congresso Nacional, perderá então sua eficácia desde a data de sua edição, com exceção dos casos previstos e já analisados dos parágrafos 11 e 12 do art. 62.

Importa observar ainda que com a ampliação do prazo de vigência, e portanto de apreciação da MP pelo Congresso Nacional, a **EC 32 dispensou a convocação extraordinária** no caso de serem editadas medidas provisórias estando ele de recesso, o que

deveria se dar em 5 dias a partir do momento da edição de uma medida provisória. A exclusão desta exigência expressa - que foi operada no *caput* do art. 62, conforme já mencionado na nota de rodapé nº 1048 - justifica-se também pela nova regra inserida no mesmo artigo pelo seu § 4º, no qual o prazo para a conversão em lei de uma medida provisória **suspende-se** “durante os períodos de **recesso** do Congresso Nacional.” (Grifou-se). Em resumo: a Constituição não mais prevê a dispendiosa convocação extraordinária do Congresso Nacional apenas para apreciar e deliberar acerca das medidas provisórias; estas serão submetidas imediatamente à apreciação no caso de haver convocação extraordinária por outros motivos, mas não haverá convocação extraordinária com o fim exclusivo de apreciar medidas provisórias editadas durante os períodos de recesso parlamentar.

4.1.2.4.2 – Tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional

Até o advento da Emenda Constitucional em comento as MPs eram analisadas e votadas no Congresso Nacional por uma comissão mista de senadores e deputados, porém sem prazo para concluir a votação. A partir da vigência da EC Nº 32 a votação sempre se iniciará pela Câmara dos Deputados (§ 8º acrescido ao art. 62 da CF/88), garantindo-se seja ela efetivada em separado nas duas Casas do Congresso. Esta mudança seguramente mudará a rotina do Legislativo, tendo sido operada para contornar a freqüente falta de quórum registrada nas sessões conjuntas. Segundo opinião de um dos parlamentares, “as MPs enfrentarão agora eficazes sessões separadas na Câmara e no Senado.”¹⁰⁶⁸

Quanto ao início da tramitação das MPs dar-se sempre na Câmara dos Deputados, houve emenda do parlamentar Osmar Dias solicitando a alternância das casas do Congresso para tal, mas foi vencida pela argumentação oferecida pela própria Constituição, no sentido de que os projetos de iniciativa do Executivo começam a tramitar pela Câmara (art. 64 da CF/88). A preocupação era a de que o fato de a tramitação iniciar pela Câmara impediria o Senado de fazer emendas ao que os deputados tivessem decidido, devendo apenas aprovar ou rejeitar a medida provisória. No entender do senador José Fogaça, o dispositivo provocaria “o esvaziamento do Senado, transformando-o em simples Casa homologatória.”¹⁰⁶⁹ O princípio da alternância para o início da tramitação já havia sido previsto no substitutivo deste senador à PEC 1/95, aprovado em dezembro de 1999 pelo Senado, mas depois foi modificado pela

¹⁰⁶⁸ Cf. palavras do senador José Fogaça. *Jornal do Senado*, 3 de setembro de 2001. P. 3.

¹⁰⁶⁹ Cf. *Jornal do Senado*, 8 de agosto de 2001. P. 5.

Câmara dos Deputados. De todos os modos, a participação dos senadores estará garantida, uma vez que as medidas provisórias serão examinadas por uma comissão mista que emitirá parecer (pela aprovação, pela rejeição ou pela aprovação de projeto de lei de conversão com alterações no texto original da MP) antes da deliberação final de cada uma das casas do Congresso. Neste sentido veja-se o teor do parágrafo 9º, incorporado ao art. 62 pela EC Nº 32: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.”

Ademais, outra novidade é a agora constitucionalizada exigência do dever de cada uma das Casas do Congresso Nacional examinar preliminarmente se a medida provisória preenche os pressupostos constitucionais da urgência e da relevância, antes de deliberar sobre o mérito. Veja-se neste sentido o teor do § 5º do art. 62: “A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.”

Considera-se que esta regra estava melhor escrita, ou pelo menos de modo mais claro e mais direto, no texto da PEC 2-B/95, nos seguintes termos: “O Congresso Nacional poderá determinar a rejeição da medida provisória, sem exame do mérito, quando entender não estarem atendidos seus pressupostos constitucionais.”¹⁰⁷⁰ Ainda assim, o avanço representado pela inclusão da regra na Constituição foi substancial. Diz-se isso porque em geral essa verificação dos pressupostos era relegada a segundo plano quando da apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, e isto tanto por parte das comissões competentes quanto por parte do Plenário. Com efeito, o *status* constitucional conferido ao juízo de admissibilidade das medidas provisórias veio para evitar que o assunto seguisse sendo decidido por decurso de prazo, sem a efetiva produção do juízo de admissibilidade das medidas editadas, o que ocorria com a conivência das regras regimentais.

4.1.2.4.3 – Decreto legislativo regulador das relações jurídicas decorrentes das MPs

Diz o § 3º, acrescido ao art. 62 pela EC Nº 32: “As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no

¹⁰⁷⁰ Consoante o § 3º que seria acrescido ao art. 62 da CF/88 pelo Substitutivo adotado pela Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC 2/95, datado em 5 de março de 1997, na Câmara dos Deputados.

prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, **devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo**, as relações jurídicas delas decorrentes.” (Grifou-se)

A novidade é que agora a referência ao decreto legislativo é feita diretamente no texto da Constituição, quando antes o era apenas na Resolução do Congresso Nacional nº 1/89. Contudo, a despeito de a obrigação de disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias que tivessem perdido a eficácia constar na referida resolução, “raramente isso ocorreu no passado”, atesta Szklarowsky.¹⁰⁷¹ Já deixou-se claro no capítulo anterior que essa “omissão legislativa” contribuía enormemente para aumentar a insegurança jurídica no que dizia respeito aos efeitos das medidas provisórias. Parece que agora quis o legislador reformador da Constituição consertar este grave problema com as previsões dos parágrafos 11 e 12 inseridos no art. 62 da CF.

Dispõe o § 11: “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.” Considerando-se os 120 dias de máxima vigência de uma medida provisória pelas novas regras, somando-se aí o transcurso de mais 60 dias após a rejeição ou perda de eficácia sem a edição do requerido decreto legislativo, tem-se que por pelo menos até o período de 180 dias é possível que qualquer medida provisória siga regendo as relações jurídicas que gerou. Isto configura na verdade uma **ampliação da eficácia** da espécie normativa, ou, visto por outro ângulo, uma **exceção à perda da eficácia *ex tunc***. Acresça-se que a partir daquele prazo de 180 dias, uma hipotética MP ainda continuará a reger as relações que permitiu fossem constituídas sob seu manto, tendo perdido a eficácia apenas a partir do centésimo vigésimo primeiro dia para frente - os efeitos cessam completamente para o futuro -, isto é, para novas relações jurídicas.

¹⁰⁷¹ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação das... Op. cit., p. 58. Com efeito, informações veiculadas por Ana Cláudia Rodrigues atestam que **em doze anos de Constituição** (segundo dados atualizados até 16 de fevereiro de 2001) de um total de 22 medidas provisórias expressamente rejeitadas (não havendo informações sobre o número de rejeições parciais) e 29 que perderam a eficácia por ausência de conversão, **apenas quatro decretos legislativos** foram emanados em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 62 da CF/88). Destes decretos, um é de 1991 (Decreto Legislativo nº 166) e três são do ano de 1994 (Decretos Legislativos nº 17, 27 e 33). Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 150.

Já a previsão do § 12 é: “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.” Este dispositivo já mereceu comentários acima.

Por fim frise-se que a mais desejável de todas as soluções para o caso de perda de eficácia por decurso de tempo ou por expressa rejeição de uma medida provisória pelo Congresso Nacional é a regulamentação, por decreto legislativo, dos efeitos jurídicos por ela produzidos enquanto esteve vigente. Mas como isso nem sempre ocorre, as ressalvas dos §§ 11 e 12 do art. 62 da CF/88 são muito apropriadas para salvaguardar a segurança jurídica no ordenamento brasileiro. Neste sentido observe-se a lição de Celso Bastos, válida ainda que proferida anteriormente à existência da EC N° 32:

Não há como admitir que os efeitos produzidos pela medida provisória sejam nulos. É que, na maioria das vezes, eles não podem mesmo ser ignorados, porque já eclodiram em toda sua plenitude. Portanto, uma vez admitida a medida provisória, ainda que não seja apreciada ou que seja apreciada, mas rejeitada pelo Congresso Nacional, nem por isso as situações produzidas sob sua égide desaparecem, como num passe de mágica. O Direito não tem esse poder e, mesmo que estivesse apto a tanto, não poderia ultimar tamanho sacrifício, sob pena de cometerem-se inúmeras injustiças e de se desatender ao primado da segurança jurídica, porque muitos atos foram praticados com boa-fé, segundo os ditames normativos da medida provisória.¹⁰⁷²

Diante disto tudo, talvez o maior mérito do reconhecimento do decreto legislativo na Constituição tenha sido o de com isso confirmar a importância do Poder Legislativo no destino não só das medidas provisórias como também dos efeitos por elas gerados. Em sendo o decreto legislativo o instrumento adequado para o mister de disciplinar as relações jurídicas advindas de medidas provisórias não convertidas em lei, excluiu-se desta tarefa qualquer interferência do Poder Executivo, uma vez que a formação daquele não requer a co-participação do Presidente da República mediante sanção. Na Itália, diferentemente, compete à lei em sentido estrito a regulamentação dos efeitos dos decretos-leis não convertidos, o que implica necessariamente a participação do Poder Executivo (cf. art. 77, II, segunda parte, da Constituição Italiana).

¹⁰⁷² Cf. BASTOS, C. R. Medida provisória no campo penal. Op. cit., p. 510.

4.1.2.5 – A situação das MPs em vigor na data de aprovação da EC N° 32

O artigo 2º da EC N° 32 estipulou que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da emenda continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as revogasse explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional a respeito.

Este preceito gerou preocupação em alguns parlamentares nas sessões de discussão da PEC, destacando-se a análise de Édison Lobão que, parafraseando o “lixo autoritário” varrido do país com o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, disse ter restado agora o “lixo democrático”.¹⁰⁷³ As preocupações deviam-se principalmente ao fato de não haver um consenso entre as duas casas legislativas a respeito de a votação das antigas MPs trancar ou não a pauta de votação, como aconteceria com as editadas após a promulgação da emenda constitucional. Salutar a preocupação, haja vista que dentre as mais de 50 MPs que se encontravam em vigor na data da promulgação da referida EC (57 ao todo), a que pretendia instituir o novo Código Florestal conteria “notáveis equívocos”, na opinião do parlamentar Osmar Dias,¹⁰⁷⁴ tendo por isso defendido ele que se tais MPs não fossem votadas, deveriam deixar de existir.

Mas pelo texto do art. 2º da EC a solução é outra: como as novas regras só passam a valer para as medidas provisórias editadas após a sua promulgação, as demais ficam em vigor por tempo indeterminado, o que pode vir a conferir-lhes efeitos definitivos. Elas só perderão a validade se o Congresso se reunir para derrubá-las ou se o próprio Presidente da República resolver revogá-las por outra medida provisória. E assim, dentre outras, as MPs que tratavam do programa de privatização dos bancos, dos planos privados de saúde, da alteração da legislação do Imposto de Renda, passam a ter, em princípio, efeitos definitivos.

Veja-se o comentário crítico de Leon Szklarowsky a respeito desta situação: “Absurdamente todas as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuarão em vigor até que outra as revogue ou, explicitamente, o Congresso sobre elas se manifeste definitivamente. Vale dizer: **poderão viver para sempre, não importa sobre que matéria disponham, proibida ou não, pela nova redação do artigo 62. [...]** Deveriam, por óbvias razões, ficar limitadas nō tempo.”¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ Cf. *Jornal do Senado*, 14 de agosto de 2001. P. 4.

¹⁰⁷⁴ *Idem*.

¹⁰⁷⁵ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. Limitação... Op. cit., p. 59 (grifou-se).

Conclui-se observando que o disposto no art. 2º da EC Nº 32 destoa inclusive das regras que sempre regeram – ou deveriam reger – as medidas provisórias até à data da promulgação da Emenda. Neste sentido, mais clara era a redação do mesmo art. 2º constante no substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados à PEC 1/95, em 1º de junho de 1999. Dizia o dispositivo: “Às medidas provisórias em vigor na data da promulgação desta Emenda Constitucional aplicam-se as regras vigentes na data de sua edição.” E mais: o parágrafo único desse artigo delimitava prazo para que o Congresso Nacional apreciasse tais medidas provisórias. Veja-se: “Parágrafo único. A apreciação das medidas provisórias referidas neste artigo deverá estar concluída no prazo de cento e oitenta dias contados da promulgação desta Emenda Constitucional, sob pena de sobrestamento de todas as deliberações legislativas do Congresso Nacional e de suas Casas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a deliberação.” Como se viu, esta não foi a disciplina acatada na versão final da EC. A solução adotada foi muito mais benéfica ao até então exercido poder normativo do Presidente da República via medidas provisórias.

4.1.2.6 - A rejeição a contribuições oferecidas pela própria PEC 1/95 e por outras propostas de regulamentação que se encontravam em tramitação no CN

A partir do momento em que tomou vulto a necessidade da redefinição do regime jurídico do instituto medida provisória, foram muitas as discussões havidas no Congresso Nacional sobre qual seria o veículo legislativo adequado para tal.

Inicialmente pensava-se que o texto constitucional que criou o instrumento jurídico-político medida provisória também havia determinado que o Congresso Nacional fizesse a regulamentação do seu uso por parte da Presidência da República pela via da lei complementar. Era o que alguns autores¹⁰⁷⁶ depreendiam da interpretação do Parágrafo Único do artigo 59: “Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” Com efeito, surgiram alguns projetos de Lei Complementar¹⁰⁷⁷ com o

¹⁰⁷⁶ Veja-se neste sentido a explícita inclinação de José Saulo Ramos. Cf. RAMOS, J. S. Parecer Nº SR-92, de 21/6/89. In: COLETÂNEA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ANOTADAS. Op. cit., p. 32. Também Clèmerson Clève entendeu que a disciplina das medidas provisórias poderia ser objeto de lei complementar. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 155.

¹⁰⁷⁷ Destaca-se para este fim o Projeto de Lei Complementar nº 223 de 1990, de autoria dos deputados federais Nelson Jobim, Cesar Maia, Oscar Corrêa, Roberto Freire, Adylson Motta, Plínio Arruda Sampaio, José Serra e Haroldo Lima. Consultado acerca da necessidade ou não de regulamentação infraconstitucional das medidas provisórias, assim como sobre a constitucionalidade do referido projeto, Ives Gandra da Silva Martins foi de parecer favorável a que dita regulamentação se desse por lei complementar, considerando ser evidente que o art. 59 cuidava de todo o processo legislativo, “inclusive daquele condicionado à produção de lei posterior, que é o da medida provisória.” Cf. MARTINS, Ives G. da S. *Medida Provisória deve ser regulamentada por lei complementar nos termos do art. 59 da Constituição Federal. O espectro de atuação da medida provisória tem como limite aquele permitido à lei delegada nos termos do art. 68 da Constituição Federal – Parecer. RTJE*, v. 75, p. 84-6.

fim de regulamentar as medidas provisórias. Com o passar do tempo, porém, foi-se firmando a interpretação de que o parágrafo único do art. 59 referia-se apenas às leis em sentido estrito,¹⁰⁷⁸ excetuando-se pois a medida provisória de sua abrangência, pelo fato de ter apenas “força de lei”, e não ser lei propriamente dita.

Após várias tentativas de regulamentação das MPs por meio de leis ordinárias ou complementares, sempre sob o risco de inconstitucionalidade formal, chegou-se por fim à definição do caminho da Emenda Constitucional para a limitação das medidas provisórias, sendo que então várias propostas de emendas constitucionais (PECs) relativas ao tema tramitaram no Congresso. De todas essas propostas foi a PEC nº 1/95 que se adiantou em relação às demais do ponto de vista do trâmite parlamentar, como explicado acima. Mas até que essa opção pela Emenda Constitucional não fosse esclarecida, tramitaram também projetos de lei ordinária e de lei complementar a esse respeito. Merecem destaques **alguns avanços** que eram veiculados por tais projetos, que pelo fato de terem sido considerados prejudicados quando da aprovação final da Emenda Constitucional Nº 32, ficaram para trás.

Inicialmente cabe mencionar os vários projetos de lei ordinária (PL) que diziam respeito ao art. 62 da CF/88. Houve o PL 1.241/88, de autoria do deputado Haroldo Lima, que foi apensado ao PL 4.585/90, igualmente da Câmara dos Deputados. Houve também o PLS 47/89, do senador Iram Saraiva, bem como o PL 2.634/89, do deputado federal Freire Júnior. Houve ainda o PLS 31/89, do senador Itamar Franco, e o PLS 389/89, do senador Márcio Lacerda.¹⁰⁷⁹

Já quanto aos Projetos de Lei Complementar (PLP), houve o PLP nº 220/90, do deputado federal Plínio Arruda Sampaio (apensado ao PLP 223/90), o PLP nº 216/90, retirado pelo próprio autor, deputado federal Nelson Jobim, bem como o PLP nº 229/90, do deputado federal Tarso Genro, que foi igualmente anexado ao PLP nº 223/90. Este acabou representando a fusão dos diversos projetos em tramitação então na Câmara, com algumas modificações.

Houve também muitas PECs: PEC 4/89 (de autoria de Adylson Motta e outros), PEC nº 8/89 (de autoria de Jorge Harbage e outros), PEC 2/90 (de autoria de Mata Machado e

¹⁰⁷⁸ Dita Lei Complementar (a de Nº 95/98) veio a lume no décimo ano da CF/88 e de fato fez referência às medidas provisórias como sendo por si abrangidas. Veja-se o teor do parágrafo único do seu art. 1º: “As disposições desta Lei Complementar **aplicam-se**, ainda, às **medidas provisórias** e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.” (Grifou-se) No entanto não há, em toda a sua extensão, qualquer outra referência específica às MPs, não sendo, portanto, a sua regulamentação.

¹⁰⁷⁹ Cf. dados do PRODASEN reproduzidos por SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 99 e ss.

outros), PEC nº 2-B/95 (de Roberto Magalhães e outros), PEC nº 8/95 (de Alberto Goldman e outros), PEC nº 13/95 (de autoria de Adylson Motta e outros), PEC nº 18/95 (de José Rocha e outros), PEC nº 26/95 (de autoria de Rita Camata e outros), PEC nº 52/95 (de autoria de Michel Temer e outros), PEC nº 70-A/95 (de autoria de Prisco Viana e outros), PEC nº 117/95 (de Edson Queiroz e outros), PEC nº 208/95 (de Bosco França e outros), PEC nº 472-C/97 e PEC nº 540/97 (de Paulo Paim e outros). Importa salientar que as PECs 8, 13, 18, 26 e 52, todas de 1995, foram apensadas à PEC 2-B/95.

Do exame destes projetos, cotejam-se algumas importantes observações.

De início importa frisar que o PLP 223-B/90 estipulava em seu art. 2º que a medida provisória somente poderia “ser utilizada em matérias reguláveis por lei ordinária”, o que não necessariamente configuraria um “avanço”, haja vista as reservas operadas pelo Princípio da Legalidade. Já a PEC-2B/95 não admitia medida provisória que autorizasse “o Presidente da República, ou qualquer órgão do Poder Executivo, a prática de ato para o qual seja exigida autorização legislativa” (cf. o inciso I que deveria ter sido acrescido ao § 1º do art. 62 da CF/88).

Também no que diz respeito às limitações materiais, a própria PEC 1/95 vedava edição de medida provisória sobre matéria “de competência exclusiva do Congresso Nacional ou privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal”,¹⁰⁸⁰ bem como que contivesse “dispositivos estranhos à matéria que está sendo objeto da respectiva medida provisória”,¹⁰⁸¹ proibições estas que não foram acolhidas pelo texto final da EC Nº 32. Do mesmo modo, o substitutivo da Câmara dos Deputados à PEC 1/95, de 1º de junho de 1999 previa em seu texto vedação de edição de medida provisória sobre matéria “que tenha sido objeto de veto presidencial pendente de apreciação pelo Congresso Nacional”,¹⁰⁸² o que caiu fora quando da versão final da EC 32. O Projeto de Lei Complementar nº 223/90 vedava ainda expressamente a edição de medida provisória sobre “direitos individuais” (cf. art. 3º, I, b, do projeto).¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ Este era o teor do inciso III do § 10 a ser acrescido ao art. 62 pela PEC 1/95, conforme texto aprovado pelo Senado e publicado no *Diário do Senado Federal* de 3/6/99. A PEC 2-B/95 também não admitia medida provisória que versasse sobre “matéria reservada ao domínio de lei complementar, ou à competência exclusiva ou privativa do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas”. Cf. inciso III a ser acrescido ao § 1º do art. 62 da CF/88.

¹⁰⁸¹ Este era o teor do inciso V do § 10 a ser acrescido ao art. 62 pela PEC 1/95, conforme nota anterior. Esta proibição também era proposta pela PEC 472/97, do Senado Federal (cf. art. 1º, § 10, inciso V, do projeto).

¹⁰⁸² Este era o inciso V a ser acrescido ao § 1º do art. 62 da CF/88 pelo substitutivo da Câmara dos Deputados à PEC 1/95, datado de 1º/6/99.

¹⁰⁸³ O PLS 389/89 (Projeto de Lei do Senado) também vedava a edição de medidas provisórias que tivessem por objeto “direitos individuais” (cf. art. 3º, inciso VI do projeto).

A PEC 52/95 além de direito eleitoral, penal, processual penal e processual civil, que foram as áreas do direito vedadas ao poder de editar medidas provisórias pela EC 32, ampliava este rol para: direito civil, comercial, tributário, do trabalho, e processual trabalhista (cf. alínea *e* do art. 2º do projeto).

A PEC 70-A/95 permitia a edição de medidas provisórias sobre matéria tributária, “exceto criação de tributos”, embora ressalvasse a “instituição de empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias” (cf. inciso III, que seria acrescido ao art. 62 da CF/88).

A PEC 2-B/95 limitava o uso das medidas provisórias tanto pela via negativa, ou seja, por meio da proibição de dadas matérias, quanto pela via positiva, isto é, pela enumeração das possibilidades de edição das mesmas. Assim, medidas provisórias poderiam ser baixadas “em matéria de: I – finanças e administração; II – moeda e câmbio; III – defesa territorial e defesa civil; IV – calamidade pública.”

A PEC 208/95 restringia o campo de incidência material das medidas provisórias às seguintes hipóteses: “Em caso de invasão do território nacional por nação estrangeira, declaração de guerra, catástrofe natural, convulsão social com convocação do Conselho da República e decretação do estado de sítio”.¹⁰⁸⁴

Por fim, ainda quanto à matéria, a PEC 540/97 vedava a edição de medida provisória “sobre matéria previdenciária” e que visassem “alterar dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (cf. § 2º a ser acrescido ao art. 62 da CF/88).

Vale comentar que quanto à limitação material das medidas provisórias, na regulamentação saiu vitoriosa a utilização da técnica negativa, isto é, a via da proibição de determinadas matérias. A técnica positiva, isto é, aquela que definia quais matérias poderiam ser objeto de medida provisória, havia sido refutada já no exame da PEC 2-B/95. Veja-se a explicação para isso dada pelo relator da Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a emitir parecer sobre a referida PEC: “[...] A determinação, *a priori*, das matérias que poderão vir a ser regulamentadas por medida provisória incompatibilizar-se-ia com a própria natureza daquele ato normativo, concebido, justamente, para atender a situações

¹⁰⁸⁴ Este texto faria parte do novo *caput* do art. 62 da CF/88. Cf. o projeto, reproduzido por CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 229. Vale dizer que a PEC 117/95 também previa medidas provisórias para os “casos de guerra, estado de sítio ou calamidade pública”, embora não restringisse o campo material a essas hipóteses. No entanto estes casos seriam os únicos a autorizarem reedições de medidas provisórias rejeitadas pelo Congresso Nacional. Cf. os §§ 5º e 6º a ser inseridos no art. 62. *Ibidem*, p. 228.

excepcionais da vida do País e, por isso mesmo, não previsíveis, aprioristicamente, pelo legislador que o instituiu.”¹⁰⁸⁵ O deputado federal foi adiante, completando seu raciocínio: “Por outro lado, a definição prévia das matérias que ficariam excluídas do campo normativo das medidas provisórias já seria, a nosso ver, forma conveniente e adequada de se limitar a ação legislativa do Poder Executivo em relação a determinados temas específicos, que pela relevância política ou por incompatibilidade com a própria natureza do instituto não pudessem ser por ele disciplinados.”¹⁰⁸⁶

No que diz respeito aos pressupostos importa informar que o PL 47/89, do Senado Federal, e o PL 2.634/89, da Câmara dos Deputados, fixavam critérios para a definição dos casos de relevância e de urgência, mas ambos não prosperaram em suas respectivas Casas. No mesmo sentido, o PLP 229/90 (apensado ao PLP 223/90) dispunha sobre a relevância e a urgência previstas no art. 62 da Constituição. Definia “como casos urgentes e relevantes, que autorizam a adoção de medidas provisórias, os que podem causar danos irreparáveis à economia nacional, ameaçar a existência da União e a forma federativa do Estado.”¹⁰⁸⁷

O PL 4.585/90, da Câmara dos Deputados também dava contornos mais claros aos requisitos, considerando “urgente toda a matéria que não possa aguardar, para a sua apreciação, o mínimo de cem dias de tramitação no Congresso Nacional”, assim como “relevante a matéria que tenha por objeto o atendimento a necessidade básica da sociedade, na persecução do interesse público primário.”¹⁰⁸⁸ Este mesmo projeto de lei dava a impressão de acabar com a figura da rejeição tácita, ao prever explicitamente em seu art. 5º que “a rejeição de medida provisória pelo Congresso Nacional far-se-á mediante decreto legislativo [...]”, porém voltava a admiti-la no seu art. 7º (“a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional será tida como rejeitada [...]”).¹⁰⁸⁹

Atendo-se ainda à seara dos pressupostos, a exigência de motivação deles não foi aproveitada do Projeto de Lei Complementar 223-B/90, conforme já registrado no item 2.4.3.4.2, alínea *c*, do segundo capítulo desta tese. Por outro lado, a Emenda N. 35, apresentada pelos deputados federais Alberto Goldman e Genebaldo Corrêa quando da

¹⁰⁸⁵ Cf. o relatório do deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, relator da Comissão Especial destinada a emitir parecer sobre a PEC Nº 2-95. Apud LISBÓIA, Patrícia Hähnert Sardá. *A legitimidade da reedição de medidas provisórias no Estado Constitucional Brasileiro*. [Anexo I, p. 54].

¹⁰⁸⁶ Idem.

¹⁰⁸⁷ Cf. art. 1º do projeto, reproduzido na íntegra por SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 100.

¹⁰⁸⁸ Cf. §§ 1º e 2º do art. 2º do projeto de lei, veiculado por CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 215.

¹⁰⁸⁹ Idem.

discussão desse projeto em plenário, no ano de 1991, estipulava que “a mensagem deverá justificar a não utilização da urgência prevista no § 1º do art. 64 da Constituição Federal”. A justificativa desta emenda aditiva ao art. 1º do projeto explicava: “A Medida Provisória é medida extrema que só deve ser utilizada em situações em que a urgência prevista no § 1º do art. 64 da Constituição Federal não é suficiente.”¹⁰⁹⁰

Ainda no que diz respeito ao balizamento constitucional do requisito “urgência”, a Emenda Aditiva N. 31 ao PLP 223-C/90, apresentada em 20 de fevereiro de 1991 pelos deputados federais Sandra Starling, Hélio Bicudo, José Genoíno, Vivaldo Corrêa, José Sabóia e Haroldo Lima, cuidava de impedir os efeitos diferidos das medidas provisórias. Assim, tal emenda acrescia ao art. 3º do projeto, o qual enumerava hipóteses de inadmissibilidade de medidas provisórias, o inciso que vedava MPs sobre “situações, relações e comportamentos, em que se produzem efeitos jurídicos após o prazo referido no *caput* do art. 1º desta lei” [o prazo era o de 30 dias]. Pode-se ler na justificativa:

Visa a presente emenda aditiva revelar a necessidade de impedir-se a edição daquele instrumento normativo, quando a eficácia jurídica da norma não seja produzida desde logo. Observamos que algumas Medidas Provisórias adotadas subordinam efeitos jurídicos a eventos futuros que, a nosso juízo, se verificados ou realizados após o prazo de trinta dias para apreciação da Medida pelo Congresso Nacional, consoante mandamento constitucional, não estariam a caracterizar a urgência requerida pela Carta Magna. Exemplos do que se aduz podem ser constatados nos arts. 22 da Medida Provisória n. 294, e 7º da Medida Provisória n. 295 que, a rigor, não são regras que geram efeitos com a imperiosa premência que justificaria o exercício do poder legiferante extraordinário pelo Presidente da República.¹⁰⁹¹

Outra regra clara do PLP 223-B/90 que serviria para o aperfeiçoamento da disciplina das medidas provisórias e que não foi incorporada pela EC 32 estava em seu art. 10: “Medida provisória, antes de sua conversão em lei, é insuscetível de retirada, revogação, ab-rogação, modificação ou suspensão de eficácia por outra medida provisória.”

Visando instituir uma razoável forma de controle da atuação normativa especial do Poder Executivo, a PEC 18/95 propunha instituir um § 1º ao art. 62, nos seguintes termos: “O Presidente da República poderá editar, no máximo, cinco medidas provisórias de cada vez; atingido este máximo, a edição de novas medidas só poderá ocorrer na proporção em que as anteriores forem sendo apreciadas pelo Congresso Nacional.” Esta tentativa de disciplinar o

¹⁰⁹⁰ Apud SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 121.

¹⁰⁹¹ Idem.

número de edições visava obrigar o Poder Executivo a racionalizar melhor sua prerrogativa constitucional, permitindo com isso ao Poder Legislativo retomar suas atividades normais, via processo legislativo ordinário, uma vez que passaria a examinar, no máximo, cinco medidas provisórias de cada vez. Embora esta proposta de fixação de um limite numérico para a edição de MPs tenha sido uma tentativa de criar um ritmo para o instituto, de modo que não ficassem acumuladas no CN as iniciativas autoritárias perpetradas pela espécie normativa, foi no entanto combatida pelo argumento de que adotar a limitação numérica “implicaria antecipar o imprevisível, ou seja, o número máximo de situações de urgência e relevância que poderiam vir a justificar a adoção de medidas provisórias.”¹⁰⁹²

Houve até proposta de restrição da eficácia das medidas provisórias, ou melhor, de postergação da entrada em vigor de certas MPs. Deu-se com a PEC 52/95, em que no § 1º a ser acrescido ao art. 62 dizia: “As medidas provisórias que tenham como objeto matéria financeira terão força de lei desde a sua edição; as demais dependerão de juízo de urgência e relevância a ser feito pelo Congresso Nacional.” À exceção de matéria financeira, todas as demais que fossem veiculadas por MPs só entrariam em vigor depois da sua admissibilidade, aprovada pelo Plenário do Congresso Nacional.

Quanto ao processamento das MPs o Projeto de Lei Complementar 223/90 estipulava um tratamento correto àquelas medidas provisórias expressamente inadmitidas pela carência dos pressupostos constitucionais relevância e urgência. Pelo art. 4º do projeto teriam elas seus textos convertidos em projetos de leis de iniciativa do Executivo, aos quais lhes seria dada a “urgência constitucional” no trâmite. Já o art. 8º estipulava que medida provisória expressamente rejeitada não poderia ser “reeditada, no todo ou em parte, na mesma sessão legislativa, facultada sua apresentação na forma de projeto de lei.” Com isso o projeto evitava a aplicação da norma regimental que veda a reapresentação de proposição já rejeitada.

O PLS 31/89 incluía entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República “a inobservância do preceituado no art. 62 da Constituição”, mas foi rejeitado.¹⁰⁹³

No que diz respeito ao aspecto da segurança jurídica, o PLP 229/90 estipulava importante precaução em seu art. 2º: “O Presidente da República não poderá adotar medidas provisórias que constituem situações definitivas, em face dos efeitos jurídicos e factuais irreversíveis que elas proporcionam.” No Parágrafo Único deste artigo o projeto associava ao

¹⁰⁹² Cf. o relatório do deputado federal Aloysio Nunes Ferreira, relator da Comissão Especial destinada a emitir parecer sobre a PEC Nº 2-95. Apud LISBÔA, Patrícia Hähnert Sardá. *A legitimidade...* Op. cit., [Anexo 1, p. 54].

¹⁰⁹³ Cf. SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 121.

Presidente da República o cometimento de crime de responsabilidade, nos seguintes termos: “Na hipótese de se configurar o previsto no *caput* deste artigo e rejeitada a medida provisória, conforme o art. 4º, § 1º [que tratava da insubsistência da medida provisória pela não aprovação da urgência e da relevância], a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados emitirá parecer para os efeitos dos arts. 85 e 86 da Constituição Federal.”

Da justificação feita pelo autor do referido projeto, Tarso Genro, citam-se algumas passagens, por profundas e certeiras na análise de todos os descabros verificados na utilização das medidas provisórias pelos Presidentes da República:

A aparente liberdade que tem o Executivo, em face da omissão da lei, de definir a seu juízo as situações previstas no texto constitucional, perverte o Estado de Direito e possibilita a invasão das prerrogativas do Legislativo.

O esmaecimento das fronteiras, no caso das medidas provisórias, entre os poderes da Presidência e as prerrogativas do Congresso, pode levar à instabilidade institucional, ofensiva à harmonia entre os poderes, minando a estrutura constitucional.

A necessidade de que o Congresso interfira, num prazo curto, sobre a formação de um ‘juízo de valor’ político e jurídico por parte do Executivo, no que se refere à adequação das medidas que ele teve a iniciativa de editar, é que inspira a regulamentação de uma manifestação prévia de reconhecimento da urgência e da relevância. A partir daí a responsabilidade passa a ser dividida, politicamente, entre o Congresso e o Presidente.¹⁰⁹⁴

Finalmente, o Substitutivo apresentado à PEC 2/95 pela Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre ela na Câmara dos Deputados fixava em sessenta dias o prazo para que o Congresso Nacional procedesse “à adequação de suas normas internas” ao disposto naquela suposta Emenda. Esta precaução também não foi acolhida pela EC Nº 32/01.

Nota-se pois que se esteve perto de um avanço maior, o que não se concretizou porque foram rejeitadas muitas contribuições de outras propostas de emendas constitucionais e de outros projetos de lei, tanto ordinárias quanto complementares.

4.2 - Contributo a partir do Direito Constitucional espanhol e italiano

Para melhor entender-se a prática de uso e principalmente a regulamentação que se fez das medidas provisórias, tomam-se dois exemplos de países que, assim como o Brasil, também iniciaram a experiência da espécie normativa equivalente à medida provisória em

¹⁰⁹⁴ Cf. Justificação do projeto apresentada na sala das sessões da Câmara dos Deputados em 19 de abril de 1990. Apud SZKLAROWSKY, L. F. *Medidas provisórias*. P. 103-4.

ressurgidas democracias, em imediatos períodos pós-autoritarismos. No Brasil as medidas provisórias advieram depois da ditadura militar; na Espanha os decretos-leis vieram após o franquismo, e na Itália após o término da Segunda Guerra Mundial.

Quanto ao desenvolvimento histórico dos institutos nos ordenamentos espanhol e italiano, atente-se desde já para a observação de Pablo Santolaya Machetti no sentido de que, tanto num como noutra País os decretos-leis, enquanto “prática governamental”, foram muito anteriores à sua recepção constitucional. Daí porque, explica o autor, quando na Espanha se tratou de constitucionalizar o instituto no texto democrático de 1978, se o fez não com a idéia de outorgar uma faculdade legislativa ao Governo - isto porque era certo que em qualquer caso seriam produzidos decretos-leis -, mas sim de “limitar juridicamente, reduzindo ao mínimo imprescindível a faculdade que fatalmente seria exercida pelo Executivo”.¹⁰⁹⁵

Contemporaneamente falando, antes de qualquer conclusão apressada a respeito das ainda restantes diferenças entre os regimes jurídicos dos *decretos-leyes* e dos *decreti-legge* em relação ao das medidas provisórias brasileiras, queira-se pôr novamente atenção a um detalhe já repisado ao longo desta tese. Está-se a referir mais uma vez ao perfeito ajuste de um instrumento como a medida provisória ao parlamentarismo, e isto porque nos países de estrutura parlamentar - como os dois em comento, a Alemanha e outros -, aquela espécie normativa participa de um contexto político-constitucional bem diverso do brasileiro. Em tal contexto sobressai-se sempre o regime de responsabilidade política¹⁰⁹⁶ dos governos perante seus atos, o que necessariamente funciona como um freio natural ao abuso na utilização da espécie normativa. Em que pese emanarem os atos normativos do Poder Executivo, neste está parcela do Poder Legislativo, ou melhor dito, resultam eles em decisões do próprio Poder Legislativo, onde está parcela da atividade executiva do Estado.

¹⁰⁹⁵ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. *El régimen...* Op. cit., p. 38 e 42.

¹⁰⁹⁶ A responsabilidade do Governo italiano pela falta de conversão do *decreto-legge* é assim sumariada por Gustavo Zagrebelsky: em primeiro lugar está a responsabilidade política do próprio Governo em relação à confiança que deve usufruir das Câmaras (cf. art. 94 da Constituição de 1947); na seqüência está a responsabilidade penal dos ministros em face de situações abusivas (cf. art. 96), bem como a responsabilidade deles por danos ao erário; e por fim a responsabilidade civil dos ministros quando da não-conversão dos decretos-leis advier um dano injusto. Cf. ZAGREBELSKY, G. *Manuale...* Op. cit., p. 186. Federico Sorrentino esclarece que nas responsabilidades do Governo por falta de conversão a responsabilidade de cunho “administrativo e contábil” é regida pelo elemento subjetivo do dolo e da culpa, contanto que a ilicitude do fato descenda diretamente do art. 77, sendo necessário averiguar o dano e o nexó etiológico (art. 28 da Constituição). Cf. SORRENTINO, Federico. *Il decreto-legge non convertito*. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 90-1.

4.2.1 - A experiência italiana dos *Decreti-Legge*

A Constituição italiana de 1947 sucedeu a três outros regimes: o Estatuto Albertino (1848-1922), publicado enquanto "Estatuto do Reino", em 4 de março de 1848, pelo Rei Carlo-Alberto, do Piemonte-Sardenha; o fascismo (1922-1943), vintênio durante o qual apenas formalmente o Estatuto restou como "Constituição da Itália", redundando em um estatuto esvaziado de seu sentido; e a transição pós-fascista (1943-1947), período de liquidação do fascismo, com duas Constituições provisórias (uma de 25 de junho de 1944 e outra de 16 de março de 1946), tendo a segunda confiado ao povo italiano o poder de escolher o futuro regime, quando a Monarquia foi vencida pela República. No primeiro regime o rei assumia as funções tradicionais de uma monarquia parlamentar, dispondo de alguns poderes originais. No segundo, Mussolini nem julgava o Estatuto indispensável nem considerava oportuno abrogá-lo, mas se as principais instituições foram conservadas, seus papéis foram totalmente invertidos. Em tal período histórico a vida política evidentemente não se inscrevia mais no quadro liberal que a Itália tinha terminado de construir após diversos tateios. A partir de 1922 o Parlamento "foi domesticado por etapas"¹⁰⁹⁷ e o reforço gradativo do Poder Executivo - com a extensão do procedimento dos "decretos de urgência" e outros poderes regulamentares autônomos - culminou na emanação da lei mais pelo Governo que pelo Parlamento, estando aquele atribuído de plenos poderes.

Deste período foi a Lei Rocco, alcunhada de "fascistíssima" por Alessandro Pizzorusso (Lei nº 100, de 31/1/1926),¹⁰⁹⁸ que tinha por objeto disciplinar a edição do *decreti-legge*, o qual era editado, por exemplo, nas hipóteses de urgência de medidas de caráter financeiro e tributário ou de estado de guerra. Esta lei acabou inspirando a posterior legislação sobre medidas provisórias, em vigor até hoje.

Regra geral porém, os constituintes de 1947 tiveram a obsessão de construir um regime antípoda à ditadura fascista. Isto justifica o fato de que inicialmente os componentes da Segunda Subcomissão encarregada da redação da Constituição Italiana aprovaram, por unanimidade, na seção de 21 de setembro de 1946, um texto que afirmava: "Não estão

¹⁰⁹⁷ Cf. GAUDILLÈRE, Bernard. Op. cit., p. 12.

¹⁰⁹⁸ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. II, p. 263, e também cf. seu artigo "Ripensando i controlli sui decreti-legge alla luce dell'esperienza recente". In: BAUDREZ Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 24.

permitidos os decretos de urgência do Governo.”¹⁰⁹⁹ Do obsessivo desejo de democracia recém-referido resultaram "a **preponderância parlamentar sobre o Executivo**, a multiplicação de garantias do Estado de Direito e a criação de contrapoderes suscetíveis de opor-se diretamente contra todo poder excessivo da maioria: Corte Constitucional, regiões autônomas, referendo de iniciativa popular.”¹¹⁰⁰ Bernard Gaudillère sublinha que a influência ou a herança institucional direta do fascismo na Itália republicana é quase nula, de modo que os procedimentos de votação de leis por comissões parlamentares, de delegação legislativa e de decretos de urgência imaginados ou aperfeiçoados por aquele regime figuram na Constituição atual, mas muito "corrigidos".

O tema dos "decretos de urgência" do art. 77 foi um dos que gerou grandes debates na Assembléia Constituinte instalada em junho de 1946. Inicialmente parecia clara a tese da incompatibilidade do instituto com o princípio da democracia parlamentar, restando apenas o problema dos períodos de férias do Parlamento e sobretudo o período de espera da escolha das novas câmaras ou do fim de uma legislatura à convocação das novas câmaras, para o que havia sido proposta uma "junta parlamentar permanente".¹¹⁰¹ No entanto tomou vulto e prevaleceu a tese da necessidade da potestade legislativa de urgência ser disponibilizada ao Poder Executivo, tendo esta sido atribuída ao Governo, e não ao Presidente da República. Daí Bernard Gaudillère afirmar que o Presidente da República italiana não possui um "verdadeiro poder". Isto porque:

suas possibilidades de impor homens, soluções ou políticas são mínimas; ele não faz nascer nem transformarem-se as maiorias, e não pode se opor frontalmente a elas. A duração do seu mandato - contrastante com a brevidade governamental - e o crescente descrédito da classe política deram relevo às suas intervenções, mas não modificaram sua situação secundária no equilíbrio dos poderes.¹¹⁰²

Viu-se já no primeiro capítulo desta tese que, como em toda a democracia, o Parlamento Italiano controla o Governo e vota a lei e o orçamento, concorrendo assim para a determinação da "política nacional". Segue-se a regra geral da aplicação do princípio democrático: "a vontade popular prevalece sobre a parlamentar e esta sobre a

¹⁰⁹⁹ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op: cit., p. 43.

¹¹⁰⁰ Cf. GAUDILLÈRE, B. Op. cit., p. 10 e ss.

¹¹⁰¹ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. Ripensando i controlli sui decreti-legge alla luce dell'esperienza recente. Op. cit., p. 19.

¹¹⁰² GAUDILLÈRE, B. Op.c it., p. 75.

governamental”.¹¹⁰³ Destaca-se que as funções normativas do Parlamento “desempenham um papel de primeira magnitude no marco geral das atividades tendentes à criação, modificação e derrogação das disposições e normas que formam o sistema das fontes do Direito positivo.”¹¹⁰⁴ Embora isso o Governo, apesar de dispor de um poder regulamentar restrito, dispõe também dos “decretos delegados” e dos “decretos de urgência” (os decretos-leis). A análise destes poderes ilustra a relação de forças entre Executivo e Legislativo, sem nunca perder de vista, como bem advertido por Alessandro Pizzorusso, que na Itália o Parlamento ocupa “uma posição central no sistema dos órgãos constitucionais permanentes.”¹¹⁰⁵

Especificamente quanto aos decretos-leis, prevê a Constituição que o controle parlamentar dá-se pela sua apreciação tendo em vista a conversão deles em lei pelas duas Câmaras do Poder Legislativo, as quais, se dissolvidas, deverão de ser especialmente convocadas a se reunirem em cinco dias (cf. art. 77, II). Esta regra faz jus ao espírito de celeridade que informa o exame da espécie normativa extraordinária, providência adotada também pelo constituinte originário brasileiro ao criar as medidas provisórias (exigência esta já abandonada com a EC 32, face ao alargamento do prazo de vigência do instituto, conforme já se fez notar acima).

Os regulamentos das casas parlamentares prevêem disciplina à conversão em lei dos decretos-leis. Tanto no Regulamento da Câmara dos Deputados (pelo art. 96, inscrito a partir de 1981) quanto no do Senado (art. 78, a partir de 1982) exige-se a preliminar verificação dos pressupostos constitucionais autorizadores dos decretos-leis. Concluindo tanto uma casa como outra pela não-subsistência dos pressupostos constitucionais, tem-se por rejeitado o decreto-lei. Esta rejeição possui efeitos *ex tunc* (art. 77, III), regra importada pelo constituinte brasileiro no texto constitucional de 1988.

O prazo de apreciação dos decretos-leis italianos pelo Parlamento sempre foi o de 60 dias (regra copiada agora pelo poder brasileiro de revisão constitucional), mas ainda assim julgado exíguo, havendo grandes dificuldades para a tempestiva conversão em lei dos decretos-leis, haja vista o trâmite nas duas casas legislativas.

¹¹⁰³ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. I, p. 291.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 295.

¹¹⁰⁵ Cf. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. I, p. 265. O constitucionalista explica ainda que na Itália existe um tipo de “bicameralismo paritário” (cujo modelo mais próximo está no ordenamento constitucional francês da III República), não havendo a diferença entre representação geral e local, como a que se vê na maior parte dos parlamentos federais, nos quais uma das Câmaras é integrada por representantes dos Estados-membros. No modelo italiano a diferença entre uma e outra Câmara reduz-se ao número de seus membros. *Ibidem*, p. 266.

Vê-se assim que os decretos-lei (ou decretos de urgência) previstos pela Constituição constituem um dos métodos de desborde do governo sobre o domínio legislativo, em teoria estritamente regulamentado: sua adoção deve ser motivada pela *necessidade* e a *urgência*; eles devem ser apresentados para ratificação no mesmo dia às Câmaras, que são convocadas para esse efeito mesmo se estiverem dissolvidas. Em caso de não conversão em lei em sessenta dias, o decreto-lei se torna caduco *ab initio*. Por estas exigências fica claro que os constituintes não tinham tolerado o uso dessa facilidade mais que para regular casos de urgência incontestada. Por isso mesmo é possível ao Parlamento recusar a conversão sublinhando que as medidas tomadas não eram nem necessárias nem urgentes. Do mesmo modo a Corte Constitucional verifica o respeito a estas duas condições, uma vez que controla os decretos-lei não ainda convertidos e até os já convertidos.

4.2.2 - A experiência espanhola dos *Decretos-Leyes*

Na década de 1970, ao findar o regime ditatorial franquista, havia na Espanha uma unanimidade a respeito do “*disensus* constitucional”, conforme lição de Alfredo Gallego Anabitarte.¹¹⁰⁶ Assim, nos anos anteriores à nova Constituição, muito discutia-se na Espanha a respeito de quem era o titular da soberania; se existia ou não “separação dos poderes”; sobre quem mandava (se o chefe do Estado, o presidente do governo ou o conselho de ministros); sobre a competência normativa do poder legislativo e do governo-administração (reserva de lei) e sobre a virtualidade dos foros judiciais dos espanhóis, “esvaziados” pelas leis reguladoras ordinárias.

Sem dúvida que essa confusão de conceitos e práticas na perspectiva constitucional já era sinal do dismantelamento de uma longa fase de domínio de um Estado do tipo “unanimista”. Neste tipo de Estado autoritário, destacou Jorge de Esteban, existiam apenas “instituições únicas, um poder único, uma verdade única, negando-se, por conseguinte, todo pluralismo, toda discrepância”.¹¹⁰⁷ José Ángel Sánchez Navarro explica como esta concepção de Estado se refletia nitidamente no Direito Público espanhol, facilmente compreensível a partir da conhecida fórmula consagrada na Lei Orgânica do Estado, de 1967, segundo a qual o sistema institucional do Estado espanhol respondia aos princípios de “unidade de poder e

¹¹⁰⁶ Cf. seu prólogo *in memoriam* a LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. P. 14.

¹¹⁰⁷ Referido por: SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel José. *La transición española en sus documentos*. P. 31.

coordenação de funções” (art. 2, II). Em síntese: “Frente à separação dos poderes, unidade de poder. Frente ao pluralismo democrático, o monolitismo unanimista.”¹¹⁰⁸

Embora a tentativa de resistência deste tipo de Estado em continuar imperando e o unânime dissenso constitucional antes apontado, ensina Dircêo Torrecillas Ramos¹¹⁰⁹ que a transição constitucional espanhola consubstanciada em 1978 com a nova organização estatal deu lição ao mundo, marcadamente pelas características de pacificidade com que foi marcado o processo que levou a Espanha de um regime totalitário a uma monarquia parlamentar democrática e pluralista. Com efeito essa transição à democracia foi o fenômeno mais chamativo na política espanhola das últimas décadas, seguindo a guerra civil de 1936-1939 no que se refere à aquisição de um protagonismo mundial no século XX.

Embora isso, notou-se uma certa continuidade jurídico-formal do regime anterior, muito particularmente pelo freqüente recurso do decreto-lei no período entre a morte de Franco e a promulgação da nova Constituição. O Governo utilizou abundantemente este instrumento para levar a cabo muitas das principais decisões do período, o que se explica pela provisoriedade na qual se moviam os poderes públicos. Assim, em 1977 e 1978 foram aprovados 94 *Decretos-Leyes*, ao passo que uma vez em vigor o novo texto constitucional a utilização desse instrumento reduziu-se consideravelmente (22 em 1979, 16 em 1980, 19 em 1981 etc.).

Assim como o anterior decreto-lei e a atual medida provisória brasileiros tiveram inspiração direta no art. 77 da Constituição italiana de 1947, também o decreto-lei espanhol do regime constitucional que se instalou em 1978 bebeu da mesma fonte. Conforme doutrinadores espanhóis,¹¹¹⁰ o modelo italiano é claramente reconhecível como inspirador do art. 86 da Constituição da Espanha, embora no seu conjunto o texto constitucional espanhol tenha também fortes influências da Constituição Alemã de 1949.

Já foi visto no primeiro e segundo capítulos desta tese que na Espanha o art. 86 confere ao Governo a faculdade de editar disciplina legislativa sob a forma de *decretos-leyes*, em caso de “extraordinária e urgente necessidade”. María Asunción Garcia Martínez explica

¹¹⁰⁸ Cf. SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. Op. cit., p. 31.

¹¹⁰⁹ Cf. RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia. O exemplo constitucional espanhol*. P 11. Detalhado estudo sobre o período histórico em comento pode ser visto em TUSELL, Javier. *La transición española a la democracia*. 203 p., bem como em SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. *La transición española en sus documentos*. 661 p.

¹¹¹⁰ Entre outros, isso pode ser visto em: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. V. 1, p. 161; DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. P. 196; PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho financiero y tributário – Parte general*. P. 61.

que são sempre as “razões de urgência” os supostos do decreto-lei previsto no art. 86. Assim este, “como todos os decretos, é uma norma procedente do executivo que por razões de urgência regula *matérias de reserva de lei*, à que se atribui o valor normativo de uma lei e seu grau hierárquico.”¹¹¹¹ Ainda segundo a autora, a característica dos Decretos-Leis é que em realidade neles não se produz uma delegação legislativa por parte do Parlamento, pois o Governo se apropria previamente de uma faculdade legislativa invocando, de todos os modos, as ditas razões de urgência que ele mesmo aprecia. Nisto vê-se que o instituto espanhol em nada se diferencia do brasileiro.

Uma diferença no entanto assoma no trato constitucional dos dois institutos. É que na Espanha a Constituição vedava, desde o início, o manuseio de determinadas matérias pelo Poder Executivo, o que no Brasil só foi feito no décimo terceiro ano da Constituição. Isto permitiu que aqui se gerassem inúmeros tropeços – leia-se inconstitucionalidades – no tocante aos conteúdos veiculados pelas medidas provisórias, ao passo que lá a clareza constitucional evitou desde o início este tipo de problemas, permitindo inclusive que por decretos-leis se regulasse matérias “de reserva de lei” sem que com isso se ferisse o Princípio da Legalidade. Veja-se neste sentido a esclarecedora lição de García Martínez: “A forma de combinar esta intrusão do Governo no âmbito legislativo com as exigências do Estado de Direito e do princípio da legalidade está, em primeiro lugar, no estabelecimento na norma constitucional [...] de uns *limites concretos* referentes à série de matérias que, em qualquer caso, estão vedadas à sua regulação por este mecanismo, matérias contidas no *artigo 86.1 C.E.* e que supõem uma enumeração mais rígida que a proposta para os supostos dos Decretos Legislativos [disposições do Governo que contenham legislação delegada, cf. art. 85].”¹¹¹²

Assim, além de a Constituição admitir um amplo procedimento de revisão parlamentar dos decretos-leis, estabeleceu a proibição de por eles serem reguladas determinadas matérias. O rol do já citado art. 86.1 **veda que por decretos-leis sejam veiculadas matérias que afetem**: “o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título primeiro [da Constituição], o regime das Comunidades Autônomas, [...] o direito eleitoral geral.”

Apesar dessas limitações, Pablo Santolaya Machetti vê no art. 86 um “autêntico poder para legislar em determinadas circunstâncias, outorgado ao Governo” - interpretando o autor

¹¹¹¹ Cf. GARCÍA MARTÍNEZ, M. Asunción. *El procedimiento legislativo*. P. 153.

¹¹¹² Idem (grifos originais).

Governo no sentido de “Conselho de Ministros” -,¹¹¹³ muito embora o reforço das garantias da legalidade dos decretos-leis seja apenas em caráter provisório, ficando os mesmos à espera do controle parlamentar posterior a ser fixado na presumível e desejável convalidação. Conforme o autor, da observância correta das regras impostas na Consituição para a utilização dos decretos-leis - destacando-se o respeito ao Poder Legislativo - é que resultará sejam eles lícitos ou antidemocráticos. *In verbis*: “Os decretos-leis serão lícitos na medida em que com eles se pretenda em realidade uma colaboração com o Parlamento, realizando um determinado fim social que as Câmaras fariam seu, porém que por circunstâncias de urgência se vêm incapazes de satisfazer. Pelo contrário, serão ilícitos e potencialmente antidemocráticos quando se produza uma situação ilegítima de ação do Parlamento, uma privação injustificada de seu monopólio legislativo.”¹¹¹⁴

Deste modo, tal qual na Itália e no Brasil, incumbe ao Parlamento apreciar o ato normativo baixado pelo Poder Executivo. Mas diferentemente dos dois ordenamentos citados, a Constituição espanhola não estabeleceu um prazo máximo de eficácia dos decretos-leis, donde conclui-se com Santolaya Machetti¹¹¹⁵ que enquanto não rejeitados pelo Poder Legislativo, continuam a produzir seus efeitos.

Outra diferença importante a ser salientada é que no caso espanhol a apreciação dos decretos-leis para sua convalidação ou derrogação não se dá pelas duas casas legislativas federais: apenas o Congresso dos Deputados possui essa incumbência (art. 86.2), não se cogitando também de convocação extraordinária em caso de não estar o Congresso reunido (isto porque lá existe a “Diputación Permanente”, composta por no mínimo 21 deputados e presidida pelo Presidente do Congresso, cf. art. 78 da Constituição). Isto justifica a peculiaridade de que lá o prazo para apreciação da espécie normativa seja de apenas 30 dias (art. 86.2), importante um procedimento especial e sumário. Este prazo mais curto também encontra guarida no fato de que na Espanha não se dá a conversão em lei de um decreto-lei, mas apenas a sua mera confirmação, o que implica um procedimento bem mais simples e compacto (conforme estabelece o art. 151 do Regulamento do Congresso dos Deputados), não

¹¹¹³ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El regimen constitucional...* Op. cit., p. 36 e 60.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹¹¹⁵ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional...* Op. cit., p.

se admitindo sequer a possibilidade de emendas.¹¹¹⁶ Por fim, ainda na linha de preservação da capacidade de os deputados conseguirem exaurir o procedimento de convalidação dos decretos-leis espanhóis no prazo constitucional, o Regulamento do Congresso dos Deputados prevê (art. 90.1) que o cômputo dos aludidos 30 dias faz-se levando em conta os dias úteis, e não os dias naturais corridos.

Como já foi dito, o pronunciamento do Congresso dos Deputados acerca de cada decreto-lei é prebiscitário (um procedimento de totalidade), no sentido de “sim” (convalidação) ou “não” (derrogação). No último caso (derrogação ou falta de convalidação, situações consideradas equivalentes por Santolaya Machetti¹¹¹⁷), os efeitos dessa decisão congressional passam a ser *ex nunc*, isto porque diferentemente do caso italiano e do brasileiro (em sua versão primeira), a Constituição espanhola não apresenta expressamente a cláusula da perda da eficácia *ex tunc* para os decretos-leis não convalidados. A favor do alcance *ex nunc* da derrogação pronunciou-se grande parte da doutrina, como Garcia de Enterría, T. R. Fernández, Astarloa, Cruz Villalón, Torres del Moral, Soriano, Linde Paniagua, Santolaya Machetti (que se refere aos demais).¹¹¹⁸ Este último autor, para além daquele argumento já referido que é a falta de previsão expressa do efeito *ex tunc*, sintetiza os demais, sobressaindo-se o entendimento de que não retroagir os efeitos de um decreto-lei não convalidado valoriza a posição constitucional do Governo, pela via de uma espécie de “presunção de validade” dos seus atos. Ademais, por serem os decretos-leis atos com força de lei, essa presunção só poderá ser retirada pelo Tribunal Constitucional. São suas as palavras:

Assim, a ausência – ou expressa negativa – do requisito parlamentar do qual depende sua estável presença [do decreto-lei] no ordenamento jurídico provoca certamente uma ‘derrogação’, porém não deve pressupor sempre e necessariamente uma ilicitude inicial de todos os seus efeitos, porque, em primeiro lugar, isto suporia a consideração de todo decreto-lei como norma originalmente ilícita e, em segundo lugar, porque a negativa à convalidação pode ser devida a razões estritamente políticas, de oportunidade. Por isso entendo que nos encontramos ante uma simples ‘cessação de efeitos’ da norma governamental, de decadência, e que sua nulidade de efeitos *ex tunc* somente poderá produzir-se pela declaração de inconstitucionalidade de um decreto-lei,

¹¹¹⁶ O constituinte não vedou que possa o Senado intervir no procedimento de apreciação de um decreto-lei, desde que seja porém pela via de tramitação dele enquanto projeto de lei, importando neste caso acionar o procedimento de urgência, sendo então possível a introdução de emendas no texto original do decreto. Esta é via permitida pelo art. 86.3 da Constituição, caso em que com as supostas emendas ter-se-ia ao final não uma simples convalidação ou não de um decreto-lei, mas sim a aparição de uma nova norma formal, uma lei ordinária votada pelas Cortes, distinta do primitivo decreto-lei. Garcia Martinez relembra que neste sentido foi a controvertida sentença nº 111/83 do Tribunal Constitucional. Cf. GARCÍA MARTÍNEZ, M. A. Op. cit., p. 153.

¹¹¹⁷ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 210.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, p. 211 e 217 (onde declara sua opção).

quer dizer, pela constatação, por parte do órgão habilitado constitucionalmente para fazê-lo, do caráter ilícito do instrumento normativo desde que foi aplicado nesse caso concreto pelo Governo.¹¹¹⁹

4.2.3 – A questão dos “conceitos jurídicos indeterminados” conformadores dos pressupostos

Como na Espanha e na Itália preencheram-se os conteúdos dos conceitos jurídicos indetermindados conformadores dos pressupostos ensejadores de suas legislações de urgência é o que se passa a pesquisar neste subitem.

No caso italiano a distinção guardada com o modelo brasileiro já nasceu com o constituinte originário: lá os pressupostos exigidos são a “necessidade” e a “urgência” (*casi straordinari di necessità e urgenza*), ao passo que aqui a opção foi pela “relevância” e “urgência”. A eleição da “necessidade” ao invés da relevância, bem como a expressa exigência da “extraordinariedade” para ambos os pressupostos italianos ofereceu desde o início as condições para que naquele ordenamento se reprimisse naturalmente a edição dos *decreti-legge*. A ausência desta última adjetivação no texto constitucional brasileiro reservou à doutrina e à jurisprudência o árduo papel de fixá-la, no que embora tenha a primeira muito se esforçado, não logrou o êxito desejado. Desta perspectiva, teria sido interessante que a EC Nº 32 tivesse inserido tal adjetivação no artigo 62 da CF/88.

A partir do texto constitucional, a **doutrina italiana** nada mais fez do que enfatizar que a necessidade deveria ser “inevitável”,¹¹²⁰ envolvendo acontecimentos que não aqueles a serem resolvidos com os estados de exceção institucional. Estes na verdade são mais reduzidos na Constituição italiana do que na espanhola, pois cingem-se apenas à guerra (conforme o art. 78, que prevê a lei de outorga de poderes necessários). Logo, todos os demais acontecimentos geradores de emergência interna (calamidades naturais, crises de ordem econômica, social ou política etc.) podem autorizar a emissão de um *decreto-legge* para seu enfrentamento. Mas segundo opinião de Gustavo Zagrebelsky,¹¹²¹ a locução constitucional permitiria ainda que se considerassem necessários e urgentes fins político-governamentais que dificilmente lograriam êxito pela via parlamentar ordinária, razão que autorizaria que fossem veiculados por decretos-leis.

¹¹¹⁹ Ibidem, p. 212-3.

¹¹²⁰ Assim DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. P. 205.

¹¹²¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. P. 177.

Especificamente quanto à urgência, assemelham-se na Itália e na Espanha os primeiros contornos ao pressuposto: a interferência normativa do Governo haveria de ser inadiável. Mas diferentemente do caso espanhol, na Itália a doutrina dominante admitiu a eficácia diferida dos provimentos nas primeiras décadas de existência do instituto. Urgente, conforme Crisafulli e Paladin,¹¹²² deveria ser o prover, não necessariamente a providência; esta poderia ser adiada. A urgência seria necessária na habilitação do Governo a editar os decretos-leis, mas não à concreta provisão, a qual não necessitaria ser imediatamente efetivada. Também Esposito¹¹²³ já em 1962 assinalava que a necessidade e a urgência referiam-se ao fato em si de atuação normativa, e não necessariamente ao conteúdo material da atuação. Além de ter ampliado a noção de urgência, Alessandro Pizzorusso afirma que Esposito também provocou ampliação na noção de necessidade, ao introduzir a distinção entre “necessidade absoluta” e “necessidade relativa”, sustentando que a necessidade poderia ser somente aquela relacionada “aos fins propostos pelo Governo”. Daí a crítica de Pizzorusso: “Esta ampliação da noção de necessidade (certamente justificável somente pelo lado abstrato) acabou por consentir e encorajar o uso do decreto-lei também para fins puramente demagógicos (isto é, como mero anúncio de provimentos que não seriam jamais realizados, e cuja necessidade seria totalmente questionável).”¹¹²⁴ Alessandro Pace formulou crítica semelhante, ressaltando ser “evidente como tal teoria serviu para justificar a ampliação do poder do Executivo.”¹¹²⁵ Segundo Santolaya Machetti, esta posição também foi criticada por outro representante da doutrina, Raveraira, precisamente por admitir decretos-leis “cuja única ‘necessidade’ seria fazer com que os sujeitos afetados entendessem que o Governo [estaria] disposto a intervir, criando um procedimento urgente separado do próprio conteúdo destas medidas.”¹¹²⁶ Ainda segundo Machetti, isto teria duas manifestações distintas: uma pela qual o instrumento formal antecederia a medida; outra pela qual o instrumento urgente serviria para dar respostas a fatos ocorridos no passado, com muita anterioridade, conferindo inclusive caráter retroativo a algumas de suas medidas.¹¹²⁷

¹¹²² In *Commentario breve alla costituzione*, referidos por NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 128.

¹¹²³ Apud SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen...* Op. cit., p. 116.

¹¹²⁴ Cf. PIZZORUSSO, A. Ripensando i controlli sui decreti-legge... Op. cit., p. 12, nota de rodapé n. 10.

¹¹²⁵ Cf. PACE, Alessandro. Divagazioni sui decreti-legge non convertiti. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 28-9, nota 5.

¹¹²⁶ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen...* Op. cit., p. 117.

¹¹²⁷ Ibidem, p. 117. Nesta mesma passagem o autor mencionou dois curiosos exemplos de decretos-leis que legislaram para o passado: o Decreto-Lei nº 8, de 12/2/1973, outorgava uma série de benefícios aos afetados pelo terremoto sucedido na Sicília em 1968; e o Decreto de 11/8/1975, que fez o mesmo, porém em relação à região da Campania, como consequência da epidemia de cólera de 1973.

Há que se ter em conta, no entanto, que embora a obra de Santolaya Machetti seja de 1988, em nenhum momento nela se vêem comentários ou sequer referências à Lei italiana de nº 400/1988, que certamente provocou mudança de rumo nesta interpretação que admitia efeitos diferidos aos decretos-leis. A regra insculpida no item 3 do art. 15 da referida lei diz: “Os decretos devem conter **medidas de aplicação imediata** e o seu conteúdo deve ser específico, homogêneo e correspondente ao título.”¹¹²⁸

Em todo caso, talvez deva-se àquela permissividade referida por Machetti o fato de os autores italianos Morizi e Cazzola terem considerado muito alto o número de decretos-leis editados sem a urgência e necessidade nos primeiros tempos do instituto. É o que demonstrou Pablo Santolaya Machetti ao tratar dos problemas havidos na utilização dos decretos-leis na experiência italiana. Segundo ele, os dois autores acima referidos realizaram pesquisa que comprovou que, desde a primeira à oitava legislatura, dos 594 decretos-leis produzidos, apenas 321 poderiam ser explicados do ponto de vista da urgência e necessidade, estas entendidas no sentido mais amplo possível. Logo, 273 decretos-leis – equivalendo a 49,95% no período analisado – deveram-se simplesmente “à debilidade do Governo”, à sua “impossibilidade de fazer aprovar seu conteúdo pelo Parlamento mediante outro procedimento ou de fazê-lo num tempo razoável”.¹¹²⁹ Daí a conclusão de Santolaya Machetti a respeito do caráter do uso dos decretos-leis naquelas primeiras oito legislaturas a partir da promulgação da Constituição de 1947: “O Governo recorre ao decreto-lei para paliar sua própria debilidade parlamentar, como mecanismo que lhe permite uma ampla negociação com a oposição, partindo do argumento de que o texto já está produzindo efeitos, e o faria com menor frequência se estivesse numa posição na qual contasse com uma maioria parlamentar fiel. **Não é, portanto, um instrumento de governos fortes, senão antes de governos fracos.**”¹¹³⁰ Neste ponto específico anote-se a diferença crucial que existe entre o que seja um Executivo forte no Presidencialismo Brasileiro e um Executivo forte no Parlamentarismo Italiano: no Brasil, o uso excessivo de medidas provisórias fortaleceu o Executivo, que contando com maioria governista no Poder Legislativo conseguiu por muitas vezes impedir que se apreciassem aquelas MPs que não lhe interessava que fossem apreciadas; na Itália,

¹¹²⁸ Cfr. o texto original: “3. *I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.*” Grifou-se.

¹¹²⁹ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 25.

¹¹³⁰ Idem.

sinal de Executivo forte é recorrer o menor número de vezes possível aos decretos-leis, porque isso representa dispor de fiel maioria parlamentar.

Quanto à possibilidade de os pressupostos serem jurisdicionalmente aferidos pela Corte Constitucional, esta demorou décadas a admitir a hipótese, o que só se efetivou com a Sentença 29/1995.

No **caso espanhol**, a extensão e os limites da urgência dos decretos-leis por parte da doutrina também pode ser vislumbrada na obra de Pablo Santolaya Machetti: “Assim, à pergunta de quando pode ser utilizado o Decreto-Lei existe uma resposta desconcertantemente simples, já realizada na Assembléia Constituinte italiana por Tomassini: ‘quando o desenvolvimento do processo legislativo ordinário, inclusive o abreviado, não permite o logro tempestivo de uma finalidade proposta pelo Governo’”.¹¹³¹

Trata-se também no quadro constitucional hispânico de uma necessidade adjetivada: exige-se uma “necessidade extraordinária”. Javier Salas - no que é seguido de perto por García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹³² - defende a posição de que o constituinte com isso quis restringir ao máximo a subtração da função legislativa das Cortes Gerais. Assim, para ele, “não basta a existência da necessidade de regular uma determinada questão ou matéria, mas que tal necessidade apareça como algo extraordinário e a regulação requeira urgência”.¹¹³³ Já Ignacio de Otto¹¹³⁴ demonstrou possuir visão mais amena, defendendo a possibilidade de que a necessidade também se manifeste no desenvolvimento de uma linha de atuação estatal definida pelo Governo para executá-la sob sua responsabilidade em seu mandato. Para ele, uma “anormalidade de tom menor” já seria suficiente para autorizar a edição de decretos-leis. Javier Perez Royo vê como exigência que sejam os decretos-leis apenas aplicados em circunstâncias que, pelo menos, “se apartem do normal”.¹¹³⁵ Uma visão mais definida acerca do assunto é oferecida por Pablo Machetti,¹¹³⁶ que diferencia com clareza os dois mecanismos distintos que a Constituição oferece para a resolução de problemas urgentes. Segundo ele, o primeiro mecanismo está voltado à solução de crises

¹¹³¹ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen....* Op. cit., p. 110.

¹¹³² Dizem os autores: “Pressuposto de fato determinante da legitimidade do exercício da referida faculdade normativa [de ditar disposições legislativas sob a forma de decretos-leis] é, pois, a existência de uma situação de necessidade, cuja **excepcionalidade** se quer sublinhar mediante sua adjetivação de extraordinária, isto é, inusual, imprevisível e urgente, quer dizer, não suscetível de ser afrontada através do procedimento legislativo, nem sequer pelo procedimento de urgência previsto pelos Regulamentos das Câmaras.” Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. P. 131 (grifou-se).

¹¹³³ Cf. SALAS, J. *Los decretos-leyes en la teoría y en la practica constitucional; estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría. T. I. El ordenamiento jurídico. P. 273-4.

¹¹³⁴ Cf. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional; sistema de fuentes*. P. 197-8.

¹¹³⁵ Cf. PEREZ ROYO, J. *Las fuentes del derecho*. P. 113.

¹¹³⁶ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 107-8.

verdadeiramente extraordinárias, atreladas aos estados excepcionais descritos no art. 116 (alarme, exceção e sítio). Já para situações mais comuns, mas relevantes para a sociedade e que não podem aguardar o prazo da legislação ordinária ou mesmo do procedimento de urgência da via parlamentar, prevê a Constituição os decretos-leis. Esta linha interpretativa que configura o decreto-lei não como um instrumento excepcional, mas simplesmente como algo “não normal”, foi a adotada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, entre outras, nas Sentenças nº 6 (4/2/83),¹¹³⁷ 11 (2/12/83), 29 (20/2/86) e 60 (20/5/86).¹¹³⁸

Foi porém na Sentença 29/82 que o Tribunal Constitucional fixou duas idéias básicas a respeito das exigências de habilitação dos decretos-leis, quais sejam:

- 1) Os decretos-leis podem ser controlados pelo Tribunal no que diz respeito a suas exigências constitucionais. Poderá determinar se se ajustam, ou não, as circunstâncias que fundamentam o decreto-lei ao exigido pela Constituição Espanhola.
- 2) O Governo, no exercício de sua faculdade de ditar decretos-leis, poderá gozar de margem razoável de apreciação. Terá a possibilidade de poder apreciar a concorrência das circunstâncias habilitadoras com certa discricionariedade. Exclui-se, em troca, um uso abusivo ou arbitrário desta potestade.¹¹³⁹

A partir daí a Sentença 6/83 introduziu uma perspectiva mais ampla na utilização do decreto-lei, reafirmando a faculdade de o Governo ditar normas com força de lei que inovassem ou modificassem o ordenamento jurídico “sem exigir situações de necessidade extrema”.¹¹⁴⁰ Impôs-se, a partir de então, o conceito de “necessidade relativa” como compreensão das exigências constitucionais previstas no art. 86.1 da Constituição. Em certo trecho da Sentença 6/83 o Tribunal Constitucional deixou claro que para ser justificada constitucionalmente a aprovação de um decreto-lei não seria preciso que ocorressem circunstâncias que de um modo absoluto supusessem “um perigo grave para o sistema constitucional ou para a ordem pública”.¹¹⁴¹ Ainda segundo o Tribunal, bastaria entender o decreto-lei com maior amplitude, e de maneira “flexível e matizada” a “urgente e extraordinária necessidade”, mais precisamente “como necessidade relativa a respeito de situações concretas dos objetivos governamentais que, por razões difíceis de prever,

¹¹³⁷ Veja-se o teor desta sentença em DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional...* Op. cit., p. 198.

¹¹³⁸ Nesta última pode-se ler: “[...] a Constituição atribui ao Governo a competência e a iniciativa para apreciar, com razoável margem, a concorrência da situação de extraordinária e urgente necessidade que não tem porque coincidir com supostos extremos de excepcional ameaça para a comunidade ou a ordem constitucional”. Apud SALAS, Javier. Op. cit., p. 257.

¹¹³⁹ Cf. LÓPEZ-MELENDO LANNES, Jaime. *Decreto-ley...* Op. cit., p. 53-4.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

¹¹⁴¹ Conforme o texto da referida Sentença reproduzido por REINA AMARILLAS, José de. *Los decretos-leyes del Gobierno. Analisis jurisprudencial*. P. 1.982.

exigissem uma ação normativa imediata em um prazo mais breve que o requerido pela via normal ou pelo procedimento de urgência para a tramitação parlamentar das leis.”¹¹⁴²

Para além disso, as Sentenças 29/86 e 23/93 admitiram uma utilização do decreto-lei que, segundo Jaime Lannes, passou a desvirtuar o próprio sentido do instituto, contrastando com o teor literal do texto constitucional, bem como com a constatável vontade restritiva do constituinte. Veja-se: “Uma utilização que poderíamos qualificar de abusiva, pois permite que através do decreto-lei se possa não somente acometer a solução de necessidades urgentes, mas também incluir normas que remetem exclusivamente a posterior desenvolvimento regulamentar, sem abordar diretamente a situação de necessidade. Esta postura é um perigoso aval em mãos do Governo, pois pode dar lugar a usos abusivos no exercício desta faculdade.”¹¹⁴³

A postura do Tribunal Constitucional Espanhol foi criticada por parcela representativa da doutrina, precisamente porque a interpretação por ele dada aos preceitos constitucionais acabou configurando o decreto-lei como um instrumento normativo simplesmente não ordinário. Morillo-Velarde, citado por Jaime Lannes,¹¹⁴⁴ opinou que o decreto-lei passou a não significar excepcionalidade alguma, mas apenas uma modalidade especial de exercício da potestade legislativa. Para Balaguer Callejón¹¹⁴⁵ o decreto-lei transformou-se na prática num mecanismo de incorporação de normas legislativas ao ordenamento, resultando uma aplicação desproporcional em relação à literalidade de seus limites constitucionais. Já López Garrido¹¹⁴⁶ foi mais longe: afirmou que o Tribunal Constitucional fez uma “interpretação errônea” da Constituição. Nesta linha, também Jaime Lannes considera ter ocorrido uma “mutação constitucional”, quer dizer, “uma mudança no funcionamento da instituição sem que haja mudado o texto da Constituição que a regula”.¹¹⁴⁷ Javier Pérez Royo entendeu que, mais do que mutação constitucional, estava-se diante de uma “separação entre teoria e prática, entre norma e realidade”.¹¹⁴⁸

Por fim, na Espanha, como regra geral não se tolera o efeito diferido das providências a serem empreendidas a partir dos preceitos constitutivos de um decreto-lei. Santolaya

¹¹⁴² Idem.

¹¹⁴³ Cf. LÓPEZ-MELENDO LANNES, Jaime. Op. cit., p. 53-4.

¹¹⁴⁴ Idem.

¹¹⁴⁵ Idem.

¹¹⁴⁶ Apud LÓPEZ-MELENDO LANNES, J. *Decreto-ley...* Op. cit., p. 55.

¹¹⁴⁷ Cf. LÓPEZ-MELENDO LANNES, J. *Decreto-ley...* op. cit., p. 55.

¹¹⁴⁸ Idem.

Machetti¹¹⁴⁹ frisa que esta intolerância foi declarada pelo Tribunal Constitucional pela Sentença nº 29, já em 1982, e depois ratificada na Sentença nº 29, de 1986. Veja-se um trecho da Sentença 29/82: “As razões de extraordinária e urgente necessidade não amparam sob nenhum ponto de vista um preceito exclusivamente deslegalizador que remeta ao futuro a regulação da matéria deslegalizada, máxime quando não se fixa um prazo peremptório para ditar tal regulação, que haveria de ser inferior ao necessário para tramitar como Projeto de Lei pelo procedimento de urgência.”¹¹⁵⁰ Deste modo, não restam dúvidas que a urgência há de ser tanto do prover (edição do decreto-lei) quando da providência (materialização dos preceitos/comandos do decreto-lei), admitindo Santolaya Machetti a dilação dos efeitos de um decreto-lei apenas nos limites do que se entende pela própria “urgência”. Veja-se:

Neste aspecto há que se voltar ao critério geral, já assinalado, da urgência: as medidas materiais devem ser adotadas e estar plenamente vigentes num prazo inferior ao que suporia a aprovação de uma Lei pelas Cortes Gerais. Assim, pois, há que se falar, no sistema espanhol, de uma urgência não só da medida normativa, mas também de seus conteúdos materiais, de forma que, ainda que ambos os aspectos possam ser separados conceitualmente e na prática, um decreto-lei que diferisse suas medidas além do prazo necessário para a aprovação de uma lei deveria ser considerado inconstitucional.¹¹⁵¹

Mais rigoroso, Jose de Reina Amarillas frisa que a competência do Governo de apreciar inicialmente o pressuposto da necessária e urgente necessidade não lhe autoriza a inclusão de qualquer gênero de disposição no decreto-lei: “Concretamente, não se poderão incluir aquelas que, por seu conteúdo e de maneira evidente, não guardem relação alguma, direta nem indireta, com a situação que se trata de afrontar nem, muito especialmente aquelas que, por sua própria estrutura, independentemente de seu conteúdo, **não modificam de maneira instantânea a situação jurídica existente**, pois delas dificilmente se poderá predicar a justificação da extraordinária e urgente necessidade.”¹¹⁵²

De resto, seria interessante ressaltar ainda que na Itália a Lei nº 400,¹¹⁵³ de 23/8/88 passou a exigir, no *caput* do seu art. 15, que as circunstâncias extraordinárias de necessidade e

¹¹⁴⁹ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 121.

¹¹⁵⁰ Ibidem, p. 119.

¹¹⁵¹ Ibidem, p. 121.

¹¹⁵² Cf. REINA AMARILLAS, José de. Los decretos-leyes del Gobierno... Op. cit., p. 1.983 (grifou-se).

¹¹⁵³ A Lei, cuja epígrafe é “*Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*”, foi publicada na *Gazzetta Ufficiale* em 12 de setembro de 1988.

urgência justificadoras do decreto-lei fossem indicadas no preâmbulo deste.¹¹⁵⁴ Diferentemente, na Espanha tal exigência não existe, o que tem merecido protestos por parte de alguns doutrinadores,¹¹⁵⁵ haja vista que em boa parte dos decretos-leis nas exposições de motivos não se acham divisados os pressupostos habilitadores da espécie normativa.¹¹⁵⁶ Ainda assim, o número de decretos-leis editados na Espanha é infinitamente menor do que aquele que se verificou no Brasil com as medidas provisórias, conforme visto no terceiro capítulo. Apenas para lembrar, atente-se para os dados apresentados por Carmona Contreras em sua obra, indicando terem sido 218 os decretos-leis expedidos na Espanha entre os anos de 1979 e 1997.¹¹⁵⁷

Uma última reflexão: mesmo na Itália, antes do advento da Lei 400/88, quando era “elevadíssimo” o número de decretos-leis, a média era de um a cada vinte dias, o que já despertava severas críticas por parte dos doutrinadores.¹¹⁵⁸ Dados apresentados por Alfonso Celotto indicam que no período de 1948 a abril de 1997 o número de decretos-leis chegou a 2.881, incluindo-se edições e reiteraões.¹¹⁵⁹ Compare-se com a média que vigorou nos treze primeiros anos de vigência do instituto equivalente no Brasil para ter-se uma exata dimensão do descabido exagero que se enfrentou por aqui sob o império das medidas provisórias. Este paralelo vem reforçar as diferenças havidas na utilização do instituto no Brasil e no país que lhe serviu de modelo: diz-se que lá a prática mostrou que um instrumento lícito e necessário converteu-se, por sua excessiva edição e reiteração absolutamente imoderada, em “antiparlamentar e autoritário”.¹¹⁶⁰ Diante disto, o que se há de dizer do caso brasileiro?

¹¹⁵⁴ Assim o *caput* do art. 15: “1. *I provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione sono presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con la denominazione di 'decreto-legge' e con l'indicazione, nel preambolo, delle circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che ne giustificano l'adozione, nonché dell'avvenuta deliberazione del Consiglio dei ministri.*” (grifou-se)

¹¹⁵⁵ Cf. SALAS, Javier. *Los decretos-leyes...* Op. cit., p. 277-8.

¹¹⁵⁶ Neste sentido, diz Machetti: “não faltam decretos-leis, como o 13/1984, de 13 de dezembro, que carecem totalmente de exposição de motivos e, inclusive, o que é ainda mais chamativo, produziram-se casos nos que nenhum Ministro do Governo apresentou o Decreto ante o Congresso no ato de convalidação, não explicando, portanto, os argumentos do Governo em relação a esta medida.” Explica-se: o art. 151.2 do Regulamento do Congresso dos Deputados exige que o Ministro responsável pela pasta do respectivo decreto-lei faça a apresentação do mesmo ante a Câmara. Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 129 e 243. No entanto, há casos em que os pressupostos são amplamente apresentados, como por exemplo no *Real Decreto-Ley* nº 7/96, em que a motivação para sua expedição foi exposta em trinta e um parágrafos. Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit., p. 130.

¹¹⁵⁷ Cf. CONTRERAS, Ana Maria Carmona. *La configuración constitucional del decreto-ley*. P. 327-351.

¹¹⁵⁸ Cf. análise de SANTOLAYA MACHETTI, P. *El régimen...* Op. cit., p. 26-7.

¹¹⁵⁹ Cf. CELOTTO, Alfonso. *L'abuso del decreto-legge*. P. 275, nota de rodapé nº 269.

¹¹⁶⁰ Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 28.

4.2.4 - Limitação quanto à matéria e reedições

Na Espanha existem **limitações materiais** à edição de decretos-leis traçadas já pelo poder constituinte originário, consistindo nas vedações consubstanciadas pelo art. 86.1 da Constituição, conforme foi explicitado em item *supra*.

O Tribunal Constitucional da Espanha no entanto fixou critérios de interpretação flexíveis “a fim de impedir o esvaziamento da figura dos Decretos-Leis”, dispondo que a proibição do art. 86.1 da Constituição haveria de ser entendida “como impeditiva não de qualquer incidência nos direitos recolhidos no Título I, mas de uma regulação por Decreto-Lei do regime geral dos direitos, deveres e liberdades contidos nesse título, assim como de que por Decreto-Lei se contrariasse o conteúdo ou elementos essenciais de algum de tais direitos, tendo em conta a configuração constitucional do direito de que se trata, e inclusive de sua posição nas diversas seções no texto constitucional.”¹¹⁶¹

Também no que diz respeito à proibição de afetar o regime das Comunidades Autônomas por decretos-leis o Tribunal Constitucional acolheu um critério interpretativo flexível. Pela Sentença 23/93 (de 21 de janeiro de 1993) o Tribunal estabeleceu que “quando a Constituição proíbe ao Decreto-Lei ‘afetar’ o regime das Comunidades Autônomas, se refere a uma delimitação direta e positiva das competências mediante tal instrumento normativo, e não a qualquer regulação que indiretamente incida nas competências autonômicas.”¹¹⁶²

Inobstante isso, na doutrina Jaime López-Melendo Lannes defendeu ainda que não fossem permitidos decretos-leis em matéria orçamentária, especificamente na aprovação do Projeto de Lei de Orçamento, cuja utilização configuraria um uso abusivo do decreto-lei. “Este ato não ampara circunstâncias difíceis de prever, nem dá resposta às perspectivas mutantes da vida atual. A aprovação de uma lei da relevância da do Orçamento por uma norma, que em essência é um veículo para incorporar medidas pontuais de grau de lei ao ordenamento jurídico, é desvirtuar o sentido deste instituto.”¹¹⁶³ No entanto não houve ainda um pronunciamento do Tribunal Constitucional a respeito desta questão. Por outro lado entende o autor que o decreto-lei pode seu usado no âmbito tributário,¹¹⁶⁴ porém unicamente

¹¹⁶¹ Trecho da Sentença 3/88 do Tribunal Constitucional (de 21 de janeiro de 1988). Apud REINA AMARILLAS, José de. Op. cit., p. 1.988.

¹¹⁶² Cf. trecho da Sentença TC 23/93, reproduzido por REINA AMARILLAS, J. de. Op. cit., p. 1.989.

¹¹⁶³ Cf. LÓPEZ-MELENDO LANNES, Jaime. *Decreto-ley en materia tributaria y presupuestaria*. P. 224.

¹¹⁶⁴ Em sentido contrário pronunciou-se Santolaya Machetti, aproveitando para criticar o interminável listado de decretos-leis que afetaram matéria financeira, orçamentária e tributária, dizendo não faltarem aqueles até com claro conteúdo penal. Cf. SANTOLAYA MACHETTI, P. Op. cit., p. 176.

para afetar determinados grupos de cidadãos, nunca para introduzir “uma modificação ampla e profunda num tributo, quebrando a garantia de regulação democrática que deve existir sobre o mesmo, ou que mude substancialmente o dever de contribuição em relação à globalidade da ordem tributária”, o que “refletiria uma aplicação abusiva, um desvirtuamento do papel do Parlamento, relegado a um segundo plano por esta potestade excepcional do Executivo.”¹¹⁶⁵ Diz com isso coincidir com a quase totalidade da doutrina tributária espanhola, que rechaça a interpretação que o Tribunal Constitucional fez na Sentença nº 6/1993 sobre a modificação dos benefícios tributários, referindo-se ao Decreto-Lei 11/79, cujas medidas introduzidas afetavam a situação tributária apenas de certos sujeitos passivos.¹¹⁶⁶

Há que observar ainda a decisiva diferença que o Tribunal Constitucional traçou entre um ato com força de lei do Governo com ou sem a intervenção das Cortes Gerais, surtindo conseqüências no momento da análise da constitucionalidade de tais atos normativos. A relação dessa participação do Poder Legislativo com o respeito aos **limites materiais** traçados no art. 86 da Constituição foi assim definida pelo Tribunal, conforme relato de Jaime López-Melendo Lannes:

- 1) As limitações às quais está submetido o decreto-lei em virtude do artigo 86.1 CE, por ser um produto do Governo, deixam de existir quando um decreto-lei é tramitado de acordo com o artigo 86.3 CE, como projeto de lei, e acaba sendo convertido na lei das Cortes Gerais, pois com isso houve a troca da natureza jurídica da norma.
- 2) Quando se produz simplesmente a ‘convalidação’ do decreto-lei pelo Congresso dos Deputados, não troca, pelo contrário, a natureza jurídica da norma, que continua sendo decreto-lei, submetido, portanto, às limitações de tipo material previstas no artigo 86.1 CE.¹¹⁶⁷

Diferentemente, no que diz respeito às **restrições materiais** à edição de decretos-leis na **Itália**, nada foi fixado neste sentido pelo art. 77 da Constituição italiana, tendo-se igualado nesta postura o constituinte brasileiro ao criar as medidas provisórias. A partir disso, a doutrina majoritária italiana entendeu que a potestade legislativa do Governo deveria ser ilimitada. Este o pensamento de Lavagna, referido por Raul Machado Horta,¹¹⁶⁸ ressaltando o doutrinador italiano que os *decreti-legge* não estariam limitados substancialmente porque os seus conteúdos resultariam conaturais de um especial estado de necessidade e urgência. Em

¹¹⁶⁵ Cf. LÓPEZ-MELENDO LANNES, J. Op. cit., p. 176.

¹¹⁶⁶ Ibidem, p. 176-7.

¹¹⁶⁷ Ibidem, p. 53.

¹¹⁶⁸ Cf. HORTA, R. M. *Estudos de Direito Constitucional*. P. 577.

1988 surgiram algumas limitações, tendo-se dado no seio da já referida Lei nº 400/88, mais precisamente em seu art. 15, item 2. Por este preceito, o Governo passou a não poder, mediante decreto-lei:

- a) conferir delegação legislativa no sentido do artigo 76 da Constituição;
- b) prover na matéria indicada no artigo 72, item quarto, da Constituição [diz o item 4º do art. 72: “O procedimento normal de exame e de aprovação direta por parte da Câmara é sempre adotado para os projetos de lei constitucional e eleitoral, bem como para aqueles de delegação legislativa, de autorização para ratificar tratados internacionais e para a aprovação de orçamentos e balanços.”];
- c) renovar as disposições de decretos-leis aos quais tenha sido negada a conversão em lei pelo voto de uma das duas Câmaras;
- d) regular as relações jurídicas surgidas sob a base dos decretos não convertidos;
- e) reprecinar a eficácia de disposições declaradas ilegítimas pela Corte Constitucional por vícios não atinentes ao procedimento.¹¹⁶⁹

Cumprе ressaltar que este artigo 15 foi imensamente censurado porque pensavam os doutrinadores¹¹⁷⁰ que as limitações materiais não deveriam ser estatuídas em lei, mas sim derivar de exegese lógico-sistemática da própria Constituição ou ser acrescidas por reforma no próprio texto constitucional. Alessandro Pizzorusso lembra que o maior argumento contrário, usado pelos comentaristas da Lei 400/88, dizia respeito ao perigo representado pelo fato de que, por ser uma lei ordinária, poderia ela ser “livremente derogada por parte de outra lei ordinária e portanto também por cada decreto-lei que o Governo considerasse necessário adotar, violando a própria lei referida”.¹¹⁷¹ Neste aspecto, o caminho eleito no Brasil - emenda à Constituição - para se fazer a restrição material ao instituto da medida provisória foi mais adequado. Cumprе informar no entanto que Clèmerson Clève, em acurado levantamento, reproduz, em sua última obra sobre o tema, cópia de vários projetos de “leis constitucionais” em tramitação na Câmara dos Deputados da Itália, com vistas a operar modificações no texto

¹¹⁶⁹ Veja-se o texto original do item 2 do art. 15: “*Il Governo non può, mediante decreto-legge:*

- a) *conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 delle Costituzione;*
- b) *provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione;*
- c) *rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere;*
- d) *regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti;*
- e) *ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale per vizi non attinenti al procedimento.*”

¹¹⁷⁰ Giovanni Pitruzzella foi um deles. Cf. PITRUZZELLA, G. *La legge di conversione del decreto-legge*. P. 177-9.

¹¹⁷¹ Cf. PIZZORUSSO, A. *Ripensando i controlli sui decreti-legge...* Op. cit., p. 21.

do art. 77 da Constituição Italiana. Igualmente no Senado da República tramitam alguns projetos de leis constitucionais com o mesmo propósito.¹¹⁷²

Quanto às **reedições**, após décadas de prática parlamentar orientada à sua admissão, com suporte no argumento de que os requisitos de necessidade e urgência poderiam se prostrar no tempo e até mesmo se acentuarem, bem ainda que da mora do Parlamento poderiam decorrer óbices regimentais a serem suscitados pela oposição para obstruir a aprovação dos decretos-leis, a Corte Constitucional Italiana posicionou-se rigidamente em sentido diverso, em 1996, por meio da famosa *Sentenza* nº 360, de outubro daquele ano. Antes dela o entendimento permissivo à reedição fortalecia-se pelo fato de que o art. 15, item 2, alínea *c* da já referida Lei nº 400/88 era expresso em coibi-la apenas quando houvesse explícita negação da conversão do decreto-lei em lei pelo Parlamento, silenciando a respeito da inércia parlamentar.

No entanto, em que pese o silêncio dessa Lei a respeito da negativa de reiteração de decreto-lei não explicitamente rejeitado por qualquer das Câmaras, também em 1988 houve outro passo destinado a frear o fenômeno das reiterações: a modificação do art. 78 do Regulamento do Senado, que por sua vez é análoga ao art. 96-bis da Câmara dos Deputados.¹¹⁷³ Ambos os artigos previam um específico controle parlamentar sobre a subsistência dos pressupostos de necessidade e urgência dos decretos-leis previstos no art. 77 da Constituição, mas com a reforma de 1988 o Senado alargou o objeto de tal controle, estendendo-o também aos limites previstos na legislação vigente. Embora isso, Stefano Maria Cicconetti atenta para o paradoxal aumento das reiterações, mesmo depois destas intervenções normativas visando diminui-las.¹¹⁷⁴

Veja-se a análise crítica de Alfonso Celotto a respeito da prática da reiteração dos decretos-leis italianos:

Tal praxe, conseqüentemente, lesa *de maneira gravíssima o princípio da certeza do direito*, enquanto – alongando de fato a provisoriedade – comporta que a maior parte da atividade jurídica reste disciplinada precariamente, e muitas vezes de maneira não homogênea, por meses e meses. De tal modo, o decreto-lei vem a ser profunda e radicalmente desnaturado, enquanto a reiteração sistemática e

¹¹⁷² O autor apresenta 12 projetos em tramitação na Câmara dos Deputados e 5 em tramitação no Senado da República, todos propostos a partir de 1996. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. P. 237 e ss.

¹¹⁷³ A respeito da modificação deste artigo do Regulamento da Câmara dos Deputados Italiana vide: CELOTTO, Alfonso; MENCARELLI, Alberto. Prime considerazioni sul nuovo art. 96-BIS del Regolamento della Camera. *Rassegna Parlamentare*, Milano, fasc. 3, p. 651 e ss., 1998.

¹¹⁷⁴ Cf. CICONETTI, Stefano Maria. La reiterazione dei decreti-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 65.

insistida – que dá vida a um verdadeiro e próprio procedimento alternativo de produção normativa – faz-lhe perder a sua intrínseca e natural provisoriabilidade. O decreto-lei repetidamente reiterado cria efeitos sempre mais irreversíveis, importando na opinião pública uma *confiança* sobre a sua estabilidade – como nitidamente emergente de alguns pronunciamentos jurisprudenciais – e, sobretudo, *coartando* o Parlamento não tanto à conversão em lei, que, todavia, permanece sempre livre, mas, antes, a pronunciar-se sobre o ato e, depois, especificamente à sanatória dos efeitos, de qualquer maneira produzidos pelos decretos-leis não convertidos: somente a intervenção parlamentar pode dar *firmeza* ao ‘castelo de papéis’ que veio a se formar mediante a cadeia dos decretos-leis, cuja decadência *ex tunc* produziria efeitos desastrosos.¹¹⁷⁵

O autor italiano segue sua crítica atribuindo à prática da reiteração o estigma de ser ela “fenômeno do terceiro mundo do direito”, demonstrando inclusive que no caso do Brasil isso não constituía apenas uma forma de abuso do Poder Legislativo, mas uma “prática cancerosa” de fraude à Constituição.¹¹⁷⁶ É certo que embora também existente na Itália, lá a prática da reiteração nem de longe se aproximou da azáfama brasileira, citando o constitucionalista italiano o paradigmático ano de 1996, em que no Brasil 93,9% do total de medidas provisórias deveu-se às reedições (609 em 648 MPs). Na Itália os casos mais emblemáticos foram os dos decretos-leis que receberam em torno de vinte reiterações, indo globalmente e em média o tempo de tais reiterações de um ano e meio a dois anos.¹¹⁷⁷

Opondo-se à reiteração, veja-se também o pronunciamento de Stefano Maria Cicconetti a respeito do mecanismo perverso que havia se instalado, no qual causa e efeito interagiam com um efeito multiplicador sempre crescente, resultando sempre em mais decretos-leis e em mais casos de reiterações: “De um lado o Governo, sabendo poder reiterar, tem sempre menos freio na adoção de decretos-leis; de outro lado as Câmaras, contando com a possibilidade de reiteração, têm sempre menos estímulo para deliberar sobre a conversão em lei no termo constitucional de 60 dias.”¹¹⁷⁸ De resto pode-se dizer que grande parte da doutrina italiana reprimia a prática da reiteração, encontrando-se argumentos variados para isso em Federico Sorrentino,¹¹⁷⁹ Gustavo Zagrebelsky¹¹⁸⁰ e Elisabeta Palici di Suni.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁵ Cf. CELOTTO, Alfonso. *L'abuso del Decreto-legge*. P. 488-492.

¹¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 493.

¹¹⁷⁷ Ainda assim, Stefano Maria Cicconetti ao apresentar dados sobre a relação entre edições e reiterações de decretos-leis em algumas legislaturas, chamou a atenção para o número cada vez mais crescente tanto das edições quanto das reiterações, principalmente nas últimas legislaturas antes do advento da Sentença 360/96. Cf. CICONETTI, S. M. La reiterazione dei decreti-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *Op. cit.*, p. 61-2 e 66.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 63.

¹¹⁷⁹ Cf. SORRENTINO, Federico. *Il decreto-legge non convertito*. *Op. cit.*, p. 74.

¹¹⁸⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale*. P. 185 e ss.

¹¹⁸¹ Cf. DI SUNI, Elisabeta P. *Profili di incostituzionalità della reiterazione dei decreti-legge*. *Op. cit.*, p. 191-8.

Conforme Clèmerson Clève, com a referida *Sentenza* nº 360¹¹⁸² a Corte Constitucional passou a admitir a reedição apenas em uma única hipótese: “[...] quando o decreto-lei esteja fundado em motivos novos, autônomos e, sempre, extraordinários, de necessidade e urgência. Tratando-se de mera permanência dos pressupostos antes realizados, não há possibilidade de reiteração de conteúdo da medida não convertida.”¹¹⁸³ Edilson Pereira Nobre Júnior e Ana Cláudia Rodrigues entendem que são duas as possibilidades de reiteração legítima do ato governamental decreto-lei: “desde que caracterizado por conteúdo normativo substancialmente diverso do anterior ou ainda pela ocorrência de fatos novos e autônomos de natureza extraordinária”.¹¹⁸⁴ Pelo teor da Sentença 360, parece assistir razão a estes últimos. Percebe-se ademais, que por essas duas possibilidades de reiteração ficam protegidos tanto casos de decretos-leis rejeitados expressamente pelo Parlamento quanto aqueles que perderam a eficácia sem apreciação parlamentar. Na primeira hipótese seria então necessário incidir sobre novo fato justificador e/ou sobre conteúdo diverso, dependendo esta última exigência de qual tenha sido a razão da rejeição, a qual pode ter se dado pela falta dos pressupostos ou pela inadequação do conteúdo. No segundo caso poderia a reiteração também dar-se em relação ao mesmo conteúdo, porém desde que em relação a ele tenha ocorrido fato novo e autônomo de natureza extraordinária, isto a vigir a tese de que a não apreciação significa rejeição tácita pela não verificação dos pressupostos habilitadores.

¹¹⁸² Veja-se a ementa da Sentença: “SENT. 360/96 A. DECRETO-LEGGE – ITERAZIONE O REITERAZIONE – RIPRODUZIONE SOSTANZIALE, IN ASSENZA DI NUOVI E SOPRAVVENUTI PRESUPPOSTI STRAORDINARI DI NECESSITÀ ED URGENZA, DEL CONTENUTO NORMATIVO DI DECRETO-LEGGE NON CONVERTITO – VIZIO DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE PER VIOLAZIONE DELL’ART. 77 COST. – SUSSISTENZA. Devono considerarsi costituzionalmente illegittimi, per violazione dell’art. 77 Cost., i decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione, in quanto il decreto-legge iterato o reiterato – per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto-legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali – collide con la previsione costituzionale sia perchè altera la natura provvisoria della decretazione d’urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; sia perchè toglie valore al carattere ‘straordinario’ dei requisiti della necessità e dell’urgenza, posto che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; sia perchè attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, posto che il ricorso ripetuto alla reiterazione suscita nell’ordinamento l’aspettativa di consolidamento degli effetti determinati dalla decretazione d’urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata; sia perchè la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo, incide sugli equilibri istituzionali, alterando i caratteri della stessa forma di governo e l’attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 Cost.; sia, infine, perchè siffatta prassi, se diffusa e prolungata, intacca anche la certezza del diritto nei rapporti fra i diversi soggetti, per l’impossibilità di prevedere la durata nel tempo delle norme reiterate e l’esito finale del processo di conversione, con conseguenze ancora più gravi dei casi in cui il decreto reiterato incida nella sfera dei diritti fondamentali, nella materia penale, o sia, comunque, tale da determinare effetti irreversibili in ipotesi di mancata di conversione finale.” Apud RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 103-4.

¹¹⁸³ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 123-4. Igualmente: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional Italiana e do STF). P. 102.

¹¹⁸⁴ Cf. RODRIGUES, A. C. Op. cit., p. 104 (grifou-se). Em Edilson Pereira lê-se a esse respeito: “A renovação da medida, além do prazo do procedimento legislativo de urgência, excepcionalmente poderia ser concebida nas hipóteses em que motivados os seus pressupostos constitucionais, ou quando emitida em termos materialmente diversos.” Cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 192 (grifou-se).

Importa informar que embora a decisão que pôs fim à questão só tenha advindo em 1996, oito anos antes a Corte já se movia para tentar coibir as reiteraões. Deu-se primeiramente com a *Sentenza* 302, de 10 de fevereiro de 1988, pela qual reputou inconstitucional a insistente repetição de certo dispositivo do *Decreto-Legge* nº 2/88, mas para isso não contou com o apoio da Câmara dos Deputados. Esta, consoante lição de Nobre Júnior, “ao instante da audiência pública da Corte Constitucional, já havia modificado radicalmente o teor do diploma, inclusive o dispositivo posteriormente tido por anulado.”¹¹⁸⁵ Também pela *Sentenza* 544, de 1989, a Corte Constitucional julgou inconstitucional a faculdade de introdução, em decreto-lei posterior, de cláusula de salvaguarda das situações geradas sob a vigência dos decretos-leis precedentes. No entanto, como nota o mesmo autor, a evolução do pensamento da Corte nem sempre foi linear, tendo parecido regredir para uma postura de consentimento às reiteraões nas decisões de nº 263/1994, 328/1995 e 366/1996.¹¹⁸⁶ O que importa frisar é que a partir de 24 de outubro de 1996 (data da Sentença 360) as reiteraões dos decretos-leis não são mais toleradas na Itália, quer em face de rejeição expressa dos mesmos, quer pela sua não conversão em lei em sessenta dias.

Ao lembrar que o uso do decreto-lei desbordou amplamente o quadro de origem, segundo uma curva crescente (menos de 20 por ano até por volta de 1970, de 20 a 50 de 1970 ao início dos anos 90),¹¹⁸⁷ Bernard Gaudillère chega à conclusão de que os decretos-lei convertidos puderam representar nas últimas legislaturas até o terço das leis promulgadas. Diante da lentidão dos procedimentos parlamentares, os governos usaram os decretos-lei como uma facilidade: sua inscrição na ordem do dia e sua discussão são em princípio rápidas, e as Câmaras discutem o texto do governo, e não o texto de uma comissão. Ademais, o Executivo atribuiu-se um poder suplementar: uma vez que o decreto-lei não tivesse sido ratificado em sessenta dias, o governo o “reiterava”, apresentando ao Parlamento um decreto-lei idêntico ao precedente. Afirma ainda o autor que, embora esta prática tenha sido condenada pela Corte constitucional em 1996, “diversos subterfúgios permitem avistar sua sobrevivência”.¹¹⁸⁸ Para ele, o abuso de decretos-lei está ligado às disfunções parlamentares, e sua regressão depende de uma reforma dos métodos de trabalho das Câmaras.

¹¹⁸⁵ Cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. Reedição de medida provisória... Op. cit., p. 101.

¹¹⁸⁶ Ibidem, p. 102.

¹¹⁸⁷ Estas cifras concernem aos decretos-lei “ratificados” pelo Parlamento, única estatística significativa segundo o ponto de vista do autor. A dos decretos-lei “apresentados” é ainda mais espetacular, mas inclui os decretos-lei caducos, não ratificados em sessenta dias, que o governo apresenta de novo, contando então várias vezes o mesmo decreto-lei. Cf. GAUDILLÈRE, Bernard. *Le régime politique italien*. P. 88.

¹¹⁸⁸ O autor não fornece maiores informações sobre tais “subterfúgios”. Ibidem, p. 89.

Embora isso, importa ressaltar que, após a inicial vacilação, a Corte Constitucional Italiana acatou a tese de que a reiteração dos decretos-leis descaracterizava o pressuposto da urgência, indissociável da modalidade em análise. Conforme leitura de Edilson Pereira Nobre Júnior, a impossibilidade da reiteração foi fixada com base nos fatos de a mesma: “a) transformar em permanente a natureza provisória da decretação de urgência; b) malferir a valoração do caráter extraordinário dos pressupostos de necessidade e urgência; c) importar em alteração no equilíbrio das relações entre Governo e Parlamento; d) afetar a certeza do direito, dada a inviabilidade de suportar-se a duração temporal das normas renovadas, bem assim o resultado final do procedimento de conversão.”¹¹⁸⁹ Já foi visto no capítulo anterior que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi diametralmente oposto à decisão da Corte Italiana. O tribunal brasileiro continuou entendendo ao longo dos anos que a reprodução, por várias vezes, do conteúdo de medida provisória não-convertida, desde que feita antes de a anterior perder a sua eficácia, não afastava a presença da urgência, antes a reforçava. Sem olvidar que na Itália o prazo de vigência de um decreto-lei é de 60 dias, e no Brasil o era de somente 30 até a promulgação da EC Nº 32, ainda assim há que se considerar como mais sensata e mais percuciente a atitude da Corte Constitucional Italiana a respeito do polêmico assunto. Lá o tema foi encarado de frente, com enérgica postura fortalecedora do texto constitucional.

Fazendo um balanço inicial do comportamento do Governo após o advento da Sentença 360, Alfonso Celotto verificou que a prática da reiteração foi aparentemente abandonada, tendo havido também uma retração inclusive na pura e simples edição dos decretos-leis. Assim, nos primeiros seis meses que sucederam à pronúncia da Corte Constitucional (novembro de 1996 a abril de 1997) foram editados “apenas” 27 decretos-leis em comparação aos 211 que haviam sido editados no correspondente período do ano pretérito (novembro de 1995 a abril de 1996). Em contrapartida, o autor observa que depois da Sentença 360 houve um aumento da quantidade de *leggine*, que são leis aprovadas pelas Comissões, bem como de decretos legislativos. Celotto menciona - e exemplifica - também a utilização do subterfúgio das ditas “reapresentações camufladas” dos decretos-leis, prática que consiste na reprodução, ainda que não imediata, de partes de um decreto-lei não convertido em um posterior decreto-lei.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁹ Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Medidas provisórias...* Op. cit., p. 231.

¹¹⁹⁰ Cf. CELOTTO, A. *L'abuso del decreto-legge*. P. 281-2.

Por fim, quanto às **reedições**, o **ordenamento constitucional espanhol não as prevê**, nem mesmo o Regulamento do Congresso dos Deputados, não tendo o problema sido verificado na utilização prática dos decretos-leis.

4.3 – A aparente resolução do problema do abuso das medidas provisórias brasileiras com a recente Emenda Constitucional

Quando da ultimação das votações nas casas legislativas federais do que viria a ser a EC Nº 32, parlamentares de ambas as casas definiam a matéria como sendo a mais importante sob exame, principalmente por significar um “passo imprescindível na recuperação do prestígio do Legislativo”.¹¹⁹¹ A aprovação da emenda chegou a ser considerada por alguns como a “decisão mais importante após a Constituinte”.¹¹⁹² Mas é curioso que uma proposta de emenda constitucional que tenha tramitado por longos seis anos, ao final seja acelerada para a aprovação final, como bem o demonstrou a postura do Senado Federal antes referida. É possível que essa agilização patrocinada principalmente pelo Senado deveu-se também ao desejo deste recuperar a credibilidade de sua imagem institucional junto à sociedade, tão arranhada naqueles últimos meses com os vários casos de quebra de decoro parlamentar (especialmente por corrupção) envolvendo alguns de seus membros.

Será que apenas seis anos após o início das discussões a respeito do assunto o Congresso Nacional encontrou o desejável e necessário acordo político para estancar a enxurrada de medidas provisórias? Poder-se-ia até desconfiar desse acordo súbito, que resolveu enfrentar o problema do abuso presidencial com o próprio apoio deste.¹¹⁹³ Curioso também é observar que o atual governo não temeu, antes até apoiou a restrição ao uso das medidas provisórias justamente quando se aproxima o final do seu segundo mandato, tendo sido o seu período na condução do Poder Executivo aquele em que se verificaram abusos de toda sorte na edição do instituto. Assim, num golpe de propaganda, ficaria o Presidente que

¹¹⁹¹ Cf. SENADO VOTA HOJE RESTRIÇÃO A MEDIDAS PROVISÓRIAS. *Jornal do Senado*, 15 de agosto de 2001. P. 2.

¹¹⁹² Cf. *Jornal do Senado*, 10 de setembro de 2001. P. 3.

¹¹⁹³ Conforme declaração do líder do governo no Senado, senador Romero Jucá, a orientação da base governista foi pela aprovação do texto aprovado na Câmara, sendo que a restrição do uso da MPs não deveria trazer dificuldades para o Executivo. Veja-se a esse respeito: *Jornal do Senado*, 7 de agosto de 2001. P. 2. Dias mais tarde o mesmo senador afirmou que o Executivo chegou a se empenhar na aprovação da matéria. Cf. *Jornal do Senado*, 16 de agosto de 2001. P. 3.

mais reeditou medidas provisórias alçado à posição de paladino do fim do uso indiscriminado desse instrumento antidemocrático.

Procurou-se dar, de todos os modos, uma resposta aos anseios das sociedades política, jurídica e civil, que a cada vez mais pareciam tomar consciência do grotesco quadro, arremedo de Estado Democrático de Direito.

Ainda assim seria de perguntar: pode-se considerar resolvido o problema do abuso das medidas provisórias com a recente regulamentação?

O próprio presidente da Câmara dos Deputados admitiu que o texto votado “pode não ser o ideal, mas é um avanço inquestionável”.¹¹⁹⁴ Com efeito, foi a proposta possível de ser aprovada dentro da atual composição do Congresso Nacional, tendo quase conseguido a unanimidade,¹¹⁹⁵ conforme visto acima.

Neste sentido, deve ser celebrado como significativo avanço democrático o acordo por fim celebrado no Congresso Nacional que permitiu “regulamentar” a utilização das medidas provisórias. No entanto, será que a Emenda Constitucional que limitou o uso das MPs possui o condão de ter restaurado o necessário equilíbrio entre os poderes? Há vantagens, sem dúvida, inclusive para a própria imagem do Poder Executivo. Diz-se isso porque paradoxalmente, como com a utilização desenfreada de MPs o Executivo privilegiava a “solução tecnocrática” na resolução dos possíveis problemas nacionais, às vezes até de modo irrefletido, isso lhe conferia ônus políticos desnecessários, e o pior, sérios arranhões no Estado de Direito, prejudicando acentuadamente a população. Foi o que ocorreu no episódio da crise energética, contexto no qual o Presidente legislou por medida provisória no sentido de que não se aplicassem alguns dispositivos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, tendo que voltar atrás dias depois, o que por si só é sinal de desprestígio, pelo reconhecimento da desvalorização do diploma legal pelo seu próprio criador.

Fazendo-se um balanço inicial desta regulamentação, pode-se afirmar que embora o significativo passo inicial, foi apenas na aparência que se resolveu em sua totalidade o problema estudado nesta tese, tendo restado ainda várias arestas a serem aparadas no baobá das medidas provisórias. Conquanto louvado o esforço do Poder Legislativo enquanto poder

¹¹⁹⁴ Cf. declaração de Aécio Neves ao *Jornal do Senado*. Edição de 2 de agosto de 2001. P. 5.

¹¹⁹⁵ Dos poucos parlamentares que votaram contra a PEC destaca-se o senador Roberto Requião, que via o projeto como “conciliatório”, e que mantinha o Senado Federal como uma “casa de carimbos” dos projetos apresentados pelo Poder Executivo. Cf. *Jornal do Senado*, 10 de agosto de 2001. P. 3.

de revisão constitucional, a EC Nº 32/01 se ressentiu de alguns senões e de algumas lacunas. Veja-se:

- a) não enfrentou diretamente o problema da conformação dos pressupostos “relevância” e “urgência”, tendo, ao contrário, contribuído para ampliar o critério utilizado pela doutrina para conformar o requisito da urgência;
- b) poderia ter, a exemplo dos ordenamentos constitucionais espanhol e italiano, incluído a expressa qualificação da “extraordinariedade” aos pressupostos relevância e urgência, o que reforçaria o caráter de excepcionalidade que deve marcar a utilização do instituto. Ainda conforme esses ordenamentos, poderia ter impedido os efeitos diferidos das MPs;
- c) deixou de acolher avanços bem mais significativos do ponto de vista democrático e da segurança jurídica, que estavam contemplados em outros projetos de regulamentação, tais como a exigência de motivação dos pressupostos habilitadores de uma MP, a proibição de MPs em matérias vedadas à delegação legislativa (incluindo assim os direitos individuais), bem como naquelas de competência exclusiva do CN ou privativa da Câmara ou do Senado, que visassem alterar dispositivos da CLT, que versassem sobre matéria previdenciária, direitos civil, comercial, tributário, do trabalho e processual trabalhista, matéria que tenha sido objeto de veto presidencial pendente de apreciação pelo CN e dispositivos estranhos à matéria-objeto de cada MP. Também não incluiu a inobservância do art. 62 da CF entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República;
- d) a restrição às matérias-objeto poderia ter sido ainda mais rigorosa, fazendo respeitar por completo o Princípio da Legalidade na seara tributária, o que evitaria a constitucionalização da natural contradição existente entre urgência e respeito ao Princípio da Anterioridade. Do mesmo modo, poderia ter vedado MPs em todos os campos do direito processual;
- e) ainda quanto às restrições materiais, abriu-se ao Presidente da República a possibilidade de regulamentar pela via da medida provisória todas as matérias-objeto de Emendas Constitucionais a partir da Emenda Constitucional Nº 32. Deveria, pois, ter mantido a redação primeira do art. 246 da CF/88;
- f) foi excessivamente permissiva em relação ao tratamento dado às medidas provisórias que estavam em vigor na data de votação final e promulgação da EC Nº 32 ao conferir-lhes, em princípio, validade jurídica plena;

- g) instituiu, pela via indireta e em favor do Poder Executivo, a possibilidade da figura do “decurso de prazo”, pela qual opera-se a perenização dos efeitos daquelas medidas provisórias não convertidas em lei enquanto não tiverem suas relações jurídicas disciplinadas pelo Congresso Nacional por decreto legislativo;
- h) a viger a interpretação que a reedição nunca fora permitida pela CF/88, a sua vedação em troca do correlato aumento do prazo de vigência das MPs provocou na realidade uma ampliação do poder legiferante da chefia do Poder Executivo, fazendo-lhe durarem mais suas medidas provisórias;
- i) a proibição da reedição das medidas provisórias apenas na “mesma sessão legislativa” em que tenham sido rejeitadas ou perdido suas eficácias por mero decurso de prazo pode dar azo à pretensão de os Presidentes da República reeditarem-nas na sessão legislativa seguinte, ainda que com isso resultaria comprometido o pressuposto “urgência”.

Diante disto tudo afirma-se ter sido bastante tímida a pretensa regulamentação, ainda contendo concessões exageradas à prerrogativa de edição de MPs. Na condição de uma “solução de compromisso”, afigura-se mais como um mascaramento da usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo do que efetivamente a imposição de reais limites a este. Assim, a regulamentação operada pela EC 32 revela-se ainda insatisfatória para um eficaz controle da emissão de medidas provisórias ao não cercar todas as possibilidades de abusos que potencialmente podem seguir ocorrendo.

Ao comentar a proposta de emenda constitucional que depois resultaria na EC Nº 32, Manoel Gonçalves Ferreira Filho se pronunciava de modo cético, ou pelo menos desconfiado, já em abril de 1997: “Esta proposta é meramente paliativa. Não corrige qualquer dos vícios da medida provisória. E seu efeito fica na dependência de o Congresso deliberar sobre ela nos cento e vinte dias que de fato passará a ter para isso: o prazo atual de uma medida quatro vezes reeditada. Como é freqüente na experiência atual que as medidas provisórias sejam reeditadas mais de quatro vezes, provavelmente seria inócua a modificação.”¹¹⁹⁶

Clèmerson Clève, emitindo parecer sobre a PEC 472-A/97, concluiu: “Admita-se que a proposta não é séria. A aprová-la, melhor será a manutenção do regime constitucional atual das medidas provisórias que, sendo evidentemente criticável, pelo menos aponta para a

¹¹⁹⁶ Cf. FERREIRA FILHO, M. G. As medidas provisórias no sistema constitucional... Op. cit., p. 464.

esperança da limitação do seu uso mercê da insistência da doutrina e dos incansáveis magistrados que, por enquanto, têm sido vencidos.”¹¹⁹⁷

De modo semelhante reagiu Friedrich Müller ao analisar as propostas que pretendiam eliminar a possibilidade de aplicação abusiva do art. 62 da Constituição. Para ele, o fracasso no uso das medidas provisórias deu-se e continuaria a dar-se pela “insuficiência do campo institucional circundante” do instituto, o que lhe reforçava a descrença às possíveis modificações do texto do art. 62. O temor desse autor em relação à continuidade do abuso mesmo após a regulamentação do instituto pode ser visto a seguir:

A enumeração de matérias isentas não pode ser protegida eficazmente contra manipulações. O mesmo vale para uma definição mais rigorosa dos pressupostos de admissibilidade, pois ‘já os pressupostos de admissibilidade do art. 62 seriam suficientes’, se tratados de forma correta nos termos do Estado de Direito. Urgência e relevância são apenas afirmadas e não efetivamente controladas. ‘O mal da práxis até agora reside, portanto, não no art. 62’ – bem formulado, com suficiente rigor -, ‘mas no fracasso do campo institucional circundante’ (do Congresso Nacional até o Supremo Tribunal Federal), que evita controles e teme sanções. Essas **condições desfavoráveis** são justamente, não em último lugar, **condições de natureza política, não podendo ser eliminadas por uma melhor redação do art. 62.**¹¹⁹⁸

Por fim, outra vez terá que se aguardar a prática constitucional que se fará das modificações havidas, esperando que desta vez não haja mais espaço para os abusos cometidos no passado recente. Diz-se isto porque seria dispensável qualquer formulação expressa se todos os princípios constitucionais tratados ao longo desta tese tivessem tido a adequada interpretação por quem fez uso das medidas provisórias. A quase unanimidade da doutrina nacional interpretou sistematicamente a Constituição; os Presidentes da República, não! Talvez isso tenha se dado porque como disse Montesquieu: “[...] Os editos dos príncipes [...] tratam sempre de suas necessidades e nunca das nossas”.¹¹⁹⁹

4.3.1 - Possíveis saídas para o caso brasileiro caso persistam os abusos

Diante da ainda ampliada liberdade permitida ao Presidente da República no manuseio do instituto medidas provisórias, seria de indagar o que falta para a imposição de limites mais

¹¹⁹⁷ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 158.

¹¹⁹⁸ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo... Op. cit., p. 1.447 (grifou-se).

¹¹⁹⁹ Op. cit., p. 203.

rígidos, de maneira a obter o necessário equilíbrio entre a possibilidade de um tal mecanismo para situações realmente urgentes e importantes, sem contudo ofender gritantemente o Estado Democrático de Direito e a Constituição em seu conjunto sistemático.

Elencam-se a seguir algumas providências que poderiam ser tomadas (ou retomadas, em alguns casos) para aperfeiçoar ainda mais o mecanismo da produção normativa de urgência por parte do Poder Executivo em um Estado Democrático Constitucional de Direito.

Ressalte-se que se trata apenas de uma compilação, feita a partir de várias obras bibliográficas, de tudo o quanto foi encontrado a respeito de quaisquer alternativas que pudessem minonar ou eliminar o problema do uso abusivo das medidas provisórias, não guardando portanto qualquer compromisso com uma linha de coerência, advertindo-se que algumas saídas propostas são inclusive contraditórias ou até mesmo excludentes entre si. Fez-se esse levantamento para reunir e dar a conhecer as mais variadas propostas apresentadas por vários autores, mesmo que essa parte do texto não seja essencial para esta tese, no sentido de que não influencia em nada o que se quis efetivamente demonstrar com a tese.

4.3.1.1 - A delimitação do conteúdo semântico dos pressupostos relevância e urgência

Já foi visto no terceiro capítulo desta tese que o Estado de Direito exige certa cautela no que diz respeito aos denominados “princípios-válvula” ou “conceitos jurídicos indeterminados”. Para Waldemar Besson e Gotthard Jasper em um Estado com o qualificativo “de Direito” não são lícitas as “normas de interpretação difusa”, porque alteram a segurança jurídica. Os autores admitem que nenhuma legislação poderá prescindir por completo de conceitos gerais como “bons costumes”, mas tendo por base a triste celebridade que alcançou a expressão “sã intuição do povo” na jurisprudência nacional-socialista de seu país, a Alemanha, demonstram qual é o papel nefasto que este tipo de conceito difuso pode cumprir, abrindo as portas a uma justiça de arbitrariedades. Daí afirmarem:

Uma legislação que se ajusta aos preceitos do Estado de Direito se esforçará sempre por obter a maior precisão e clareza. Para favorecê-la, será necessário em mais de uma oportunidade renunciãr a fórmulas concretas e sucintas, se isso acaba pondo em perigo seu caráter inequívoco. Somente assim será possível preservar a segurança jurídica a que nenhum Estado democrático poderá renunciar, se é que deseja conceder a seus cidadãos um adequado e livre desenvolvimento.¹²⁰⁰

¹²⁰⁰ Cf. BESSON, W., JASPER, G. Op. cit., p. 125.

No caso das medidas provisórias brasileiras, diante de uma compreensível impossibilidade de delimitação completa do conteúdo semântico dos pressupostos relevância e urgência (principalmente do primeiro deles), devido à parcela de discricionariedade de quem as emite, poderia ao menos a EC Nº 32 ter acrescido a exigência da “extraordinariedade” para ambos os pressupostos no texto do artigo 62 – a exemplo dos ordenamentos espanhol e italiano –, o que reforçaria a excepcionalidade da edição das MPs. Poderia também ter exigido expressamente a fundamentação dos pressupostos no próprio texto da medida provisória ou em mensagem anexa a ela.¹²⁰¹ Poderia ainda, quanto ao requisito urgência, ter inscrito uma regra do tipo: “considera-se urgente a medida provisória cuja matéria que veicula não possa aguardar o trâmite de urgência previsto no art. 64 da CF, sob pena de irreparável prejuízo ao interesse público nacional”. Assim, a um só tempo se respeitaria a discricionariedade do Presidente da República e se impediria a banalização do uso das medidas provisórias pela imposição de uma certa dificuldade, seriedade e responsabilidade na sua utilização. Viu-se, no entanto, que a inscrição da regra sugerida foi tornada impossível com o esticamento do prazo de vigência de uma MP para até 120 dias.

4.3.1.2 – A efetiva recuperação das funções típicas dos Poderes Legislativo e Judiciário

Volta-se a insistir: aparentemente foi recuperada a função típica do Poder Legislativo, que é a de legislar, saindo este fortalecido especialmente pela maior clareza e explícita exigência do exercício da sua função de controle sobre a emissão de medidas provisórias pelo Presidente da República.

Espera-se que doravante também o Poder Judiciário possa exercer sua função de controle jurisdicional em relação às medidas provisórias com mais clareza e sem tantos temores como acontecia até o advento da EC Nº 32.

Praticamente um ano após o advento da Sentença 360 da Corte Constitucional Italiana, no Brasil, o Min. Celso de Mello chamava ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de reverter o quadro dos abusos perpetrados pelas medidas provisórias. Dizia o Ministro: “*É preciso insistir*, antes de mais nada, na advertência de que se impõe ao STF iniciar o processo

¹²⁰¹ Isso, como já informado no terceiro capítulo, não vinha sendo observado de maneira rigorosa ao longo dos anos de utilização do instrumento medida provisória. Reforça tal assertiva a comunicação feita neste sentido pelo senador José Sarney a outro senador em 1995, dizendo que a partir de então, “não tramitará qualquer medida provisória senão depois da publicação da exposição de motivos, o que não vem ocorrendo com algumas medidas remetidas ao Congresso Nacional.” Cf. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 2.702, 8 mar. 1995, Seção 2.

de *reação institucional* contra o *uso excessivo* de medidas provisórias pelo Presidente da República, *à semelhança do que já se vem registrando na Itália*".¹²⁰² Viu-se que seu apelo não fez eco entre seus pares; ao Supremo faltou a coragem suficiente para capitanear a "resistência" institucional ao uso excessivo que se fazia das medidas provisórias. O Tribunal esperou que o Poder Legislativo primeiramente tomasse providências para coibir o uso abusivo do referido instituto.

A colaboração do Poder Judiciário é de fundamental importância para a preservação do Estado de Direito, como bem adverte Achille Battaglia: "Sabemos, por tremenda experiência, o quanto são frágeis os [...] ordenamentos democráticos [...] Porém sabemos que **no Estado de Direito a mais eficaz proteção do ordenamento democrático está nas mãos do Juiz**. Se o juiz não cede, torna-se muito difícil que o arbítrio e o despotismo se institucionalizem".¹²⁰³

Neste sentido veja-se a lição de Clèmerson Clève:

O fato de, também agora [fase de Constituição democrática, em contraposição ao anterior regime ditatorial], o Executivo abusar da sua competência normativa de urgência, revela *menos* as deficiências encontráveis na disciplina da medida provisória (e elas, de fato, existem), e *mais* a **notória incapacidade dos poderes constituídos**, nomeadamente o Judiciário, **de atuarem os respectivos poderes de controle** à vista de uma interpretação adequada e prospectiva da Constituição.¹²⁰⁴

É cedo no entanto para avaliar o êxito das modificações efetuadas na Constituição. Agora as limitações estão no texto constitucional, mas muitas destas regras já estavam nesse mesmo texto e nem por isso foram observadas ao longo dos últimos anos.

Isto foi de certo modo observado por Clèmerson Clève quando insistia na viabilidade de deduzir da própria Constituição a adequada disciplina jurídica das medidas provisórias, uma disciplina que seria sensível às exigências do Estado Democrático de Direito e ao regime de governo presidencialista. Para ele: "Na Constituição de 1988, uma interpretação menos apressada seria suficiente para desenhar, juridicamente, os limites das medidas provisórias, para circunscrever com um mínimo de objetividade os pressupostos de edição, para afirmar o território material passível de incidência, bem como para sustentar o inafastável controle

¹²⁰² Cf. seu pronunciamento na ADIn 1.687-0 (julgada em 26/11/97). Apud DIAS, Luiz Claudio Portinho Dias. Medidas provisórias – Inconstitucionalidade institucionalizada. Op. cit., p. 124 (grifado no original).

¹²⁰³ Apud VIEIRA, José Roberto. *Medidas...* Op. cit., p. 329 (grifado por este autor).

¹²⁰⁴ Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas...* Op. cit., p. 41 (com grifos originais em itálico, e acrescidos, em negrito).

parlamentar mas, especialmente, jurisdicional das medidas provisórias e das respectivas leis de conversão.”¹²⁰⁵

Enfim, somente pela confluência da vigília dos dois Poderes de controle - o Legislativo e o Judiciário - em relação à atuação do terceiro poder é que se poderá lograr a afirmação do alicerce da Constituição, que é o exercício harmônico, independente e legítimo das atribuições constitucionais de cada um dos poderes constituídos, em consonância com um Estado Democrático de Direito.

4.3.1.3 – Análise de outras propostas de saídas

Apresentar soluções cabais para os complexos problemas que no Brasil foram verificados ao longo dos treze anos de utilização das medidas provisórias seria uma demasiado vasta tarefa para este estudo. Por isso, o que se reserva para esta última parte do derradeiro capítulo são meros apontamentos acerca de algumas propostas de saídas compiladas a partir de obras que trataram do amplo tema das medidas provisórias, ou mesmo de outras propostas que defluíram naturalmente do estudo do tema feito nesta tese.

São em regra saídas mais extremadas do que aquelas acima apresentadas, algumas bastante razoáveis, outras até radicais, e por isso talvez menos recomendadas. No entanto, se as novas diretrizes constitucionais não surtirem efeito, talvez em um futuro próximo tenham que ser pensadas como alternativas viáveis.

Vejam-se a seguir as principais propostas aventadas para contornar de vez os vários problemas gerados ao longo dos anos com o uso abusivo das medidas provisórias no Brasil.

4.3.1.3.1 – Em relação ao controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade

a) Impugnação direta das medidas provisórias pelos cidadãos

Ao analisar o problema do uso abusivo das medidas provisórias no Brasil, Friedrich Müller acenou com a proposta de introdução de uma “queixa de inconstitucionalidade” a ser disponibilizada para cada cidadão no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Tal

¹²⁰⁵ Ibidem, p. 160.

queixa deveria ser dirigida “contra todos os atos do poder de Estado, inclusive contra as medidas provisórias”.¹²⁰⁶

Semelhante saída foi proposta por Michele Scudiero ao analisar o abuso dos decretos-leis italianos. Justificou do seguinte modo essa possibilidade de recurso direto dos cidadãos: “Na verdade, aquilo que mais inquieta são os efeitos que o decreto-lei pode produzir de modo irreversível (por exemplo, privação da liberdade pessoal): em caso de decadência do decreto-lei não é concebível nenhum efeito especificamente repristinatório da liberdade sacrificada.”¹²⁰⁷ Concluindo em seguida: “O acesso direto dos cidadãos à Corte [Constitucional] para impugnar os decretos-leis sob o argumento de tutelar os direitos fundamentais seria uma modificação do regime vigente idônea a produzir resultados não secundários.”¹²⁰⁸

Para além disso, desta tese defluem duas outras propostas, a serem vistas abaixo.

b) A criação de um Tribunal Constitucional no Brasil

Seria aconselhável a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil, ou, a continuar o Supremo Tribunal Federal acumulando as inúmeras e variadas atribuições que hoje detém, proceder pelo menos à mudança da forma de composição desse Tribunal, conforme sugestão do modelo italiano: indicação de membros na razão de 1/3 por cada poder constituído.¹²⁰⁹ A primeira saída seria a ideal para a manutenção de independência do controle de constitucionalidade em relação aos três poderes constituídos. Já a segunda medida implicaria uma democratização do acesso ao STF¹²¹⁰ e de pronto eliminaria em boa medida os óbices de uma composição política, com reflexos nas decisões de questões cruciais relativas aos vários aspectos do Estado de Direito que se lhe apresentam.

¹²⁰⁶ Cf. MÜLLER, F. As medidas provisórias no Brasil... Op. cit., p. 1.448.

¹²⁰⁷ Cf. SCUDIERO, Michele. Notazioni in tema di abuso del decreto-legge e ruolo della Corte Costituzionale. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. P. 175.

¹²⁰⁸ Idem.

¹²⁰⁹ Embora deva-se informar que o Tribunal Constitucional italiano esteve muito próximo de ser uma espécie de “prolongação da maioria parlamentar” que integra o Parlamento e portanto também o Governo. Conforme Leopoldo Elia, este perigo foi evitado porque a Assembléia Constituinte rechaçou a proposta de que todos os membros do Tribunal fossem eleitos em sessão conjunta pelo Parlamento, tendo logrado êxito assim a dita “composição de três grêmios”. Cf. ELIA, L. ‘Constitucionalismo cooperativo’. ‘Racionalidad’ y ‘sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas. In: LÓPEZ PINA, A. (Edit.). Op. cit., p. 77.

¹²¹⁰ Sem alterar na essência a origem dos componentes do STF, Clémerson Clève propõe que a aprovação dos nomes indicados pelo Poder Executivo se dê no Senado Federal por 2/3 dos votos e não apenas por maioria absoluta, como é o atual regime do art. 101, § Único da CF/88. Cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. P. 140.

O correto, neste tipo de controle de constitucionalidade, é o predomínio da regra básica de que *a ninguém é dado ser juiz da própria causa*. É por isso que nenhum dos três poderes constituídos poderia realizar tarefa tão especial e importante, muito menos nos moldes de como é ela feita no Brasil, em que há a soma do comprometimento e do envolvimento direto de dois dos três poderes: o Poder Judiciário, pelo órgão situado no topo do seu organograma, e o Poder Executivo, que nomeia os membros do referido órgão de controle. Diante deste desvirtuamente daquele modelo propugnado por Kelsen, vale a pena reproduzir as orientações dadas por ele próprio sobre sua concepção, levadas a público em 1931 quando de seu embate teórico com Carl Schmitt a respeito da defesa da Constituição:

Somente uma coisa parece estar fora de discussão, algo que é de uma evidência tão primária que quase parece desnecessário destacá-la na discussão destes últimos anos em torno do problema da garantia constitucional: se deve ser criado absolutamente um instituto por meio do qual seja controlada a constitucionalidade de certos atos do Estado subordinado imediatamente à Constituição, em especial os atos do Parlamento e do Governo, de maneira que dito controle não possa ser transferido ao órgão cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é a de pôr limites jurídicos ao exercício do *poder*. Garantia constitucional significa gerar a segurança de que estes limites jurídicos não serão transgredidos. Se algo é indubitável é que nenhuma outra instrância é menos idônea para tal função que precisamente aquela à qual a Constituição confere o exercício total ou parcial do poder e que, por isso, tem em primeiro lugar a ocasião jurídica e o impulso para violá-la. Pois sobre nenhum outro princípio jurídico se pode estar tão de acordo como que: ninguém pode ser *juiz de sua própria causa*.¹²¹¹

Enfim, a sugestão aqui lembrada decorre da comprovada colaboração do STF na legitimação da edição arbitrária de medidas provisórias nos primeiros treze anos de uso do instituto (sobretudo por entregar preponderantemente ao juízo político dos Presidentes da República a configuração dos pressupostos relevância e urgência), bem como da sua reedição incontrolada. Talvez isso tenha ocorrido porque se na Europa a instituição das Cortes Constitucionais serviu para revigorar o Estado de Direito, contribuindo para submeter os poderes do Estado à Constituição, a adoção dessa idéia de controle abstrato de constitucionalidade não conseguiu surtir os mesmos efeitos nos países ditos periféricos, onde se inclui o Brasil. Esta é a explicação de Rogério Viola Coelho, para quem, ademais, a não configuração do esperado resultado possivelmente tenha duas razões, quais sejam:

¹²¹¹ Cf. KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* P. 4 e 5 (grifos originais).

Primeiro, ao ser importada a concepção *kelseniana*, ela foi *reformatada*, entregando-se a indicação de seus membros (que deveria ser atribuída a múltiplas fontes representativas da sociedade para ter a legitimação indispensável ao controle das atividades dos poderes eleitos pelas maiorias) ao Presidente da República, com severa redução de sua legitimidade, além do notório controle ideológico propiciado por esta fórmula na seleção de seus membros. Segundo, a cultura jurídica hegemônica entre nós, permeada por uma visão anacrônica é sacralizada no Estado – visto como ser unitário que transcende a sociedade e encarna a *soberania* – é resistente ao projeto que submete a atividade do Poder Executivo e do Parlamento à *vontade constituinte*, momento em que, conforme a visão democrática, se constituem os poderes do Estado com as limitações fixadas para a preservação da liberdade, limitações estas essenciais para que a *soberania* do povo não se desloque para o Estado.¹²¹²

Ainda segundo o autor, no que diz respeito ao tema das medidas provisórias parece que no Brasil deu-se a vitória de Carl Schmitt naquele referido debate histórico. Veja-se:

Ao entregar ao ‘juízo político do Presidente da República’ o discernimento sobre a conformação da hipótese de urgência e relevância, em que é admitida a edição de MP’s, assim como sobre a sua reedição ilimitada com o efeito de convalidação da medida anterior, a nossa Corte Constitucional notoriamente se afastou de KELSEN. Na prática, aderiu à concepção de CARL SMITH [sic], o jurista que polemizou com KELSEN sustentando que o guardião da Constituição deveria ser o monarca.¹²¹³

Estas disfunções verificadas no funcionamento do STF em geral e no controle do uso das medidas provisórias em particular já foram demonstradas no capítulo anterior. São precisamente elas que motivam e justificam a sugestão ora apresentada.

c) A revisão da jurisprudência constitucional por inconstitucionalidade

Uma questão que teima em aflorar nesta tese, principalmente a partir do término do terceiro capítulo, quando se concluíra por considerar que nem sempre a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em relação às medidas provisórias poderia ser considerada a mais adequada na perspectiva da defesa da Constituição, é a da suposta inconstitucionalidade das decisões do seu guardião.

Trata-se de questão tormentosa, que traz a marca da novidade em termos de Direito Constitucional. Com efeito, não se tem conhecimento de que algum ordenamento jurídico

¹²¹² Cf. COELHO, Rogério Viola. Medidas provisórias: onde está o guardião da Constituição? Op. cit., p. 3.587.

¹²¹³ Idem.

tenha prevista tal possibilidade. Mas nem por isso deixar-se-ia de tocar no tema, ainda que apenas enquanto mero exercício teórico-reflexivo.

Pablo Pérez Tremps, em sua premiada tese doutoral colocou brevemente o assunto, mais precisamente para relatar o intento havido nas discussões constituintes que resultaram no texto constitucional espanhol de 1978, de instauração de um “recurso de inconstitucionalidade contra a jurisprudência”. Informa o autor que a elaboração do que acabaria sendo o art. 161 da Constituição Espanhola serviu de marco para suscitar essa discussão enquanto novidade no constitucionalismo, qual seja a referente ao controle de constitucionalidade da jurisprudência pelo órgão encarregado de zelar pela defesa última da Constituição. Segundo ele, o art. 157.2 do texto do projeto de Constituição aprovado pelo Pleno do Congresso dos Deputados dispunha que “[...] por lei se regularão os supostos de revisão da jurisprudência do Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidade”.¹²¹⁴ Anote-se que se estava falando, na Espanha, não de uma hipotética revisão da jurisprudência da própria Corte Constitucional – até porque lá tal necessidade não existiria -, mas sim de um controle feito por esta em relação ao Tribunal Superior (o órgão jurisdicional superior do Poder Judiciário, cf. art. 123.1 da Constituição), que teria assentado a suposta jurisprudência impugnada. Dar-se-ia que o órgão que paira acima dos três poderes instituídos controlaria a jurisprudência emanada do órgão de cúpula de um destes poderes, o Poder Judiciário. O texto do Congresso encontrou forte oposição, tanto em setores políticos como jurídicos, que em síntese consideraram que esse controle representaria uma violação do princípio de independência do Poder Judiciário e, portanto, também do da separação dos poderes. Assim, não foi acolhido pela versão final da Constituição de 1978, embora tivesse sido, na opinião do autor, um instrumento “de unificação da interpretação constitucional”.¹²¹⁵

Já a incômoda questão que se coloca em relação ao Brasil é diferente e deriva da constatação de que nem sempre o Supremo Tribunal Federal age no melhor sentido para preservar a Constituição e de que inexistente qualquer mecanismo que o fiscalize ou o puna por isso. Restaria de todos os modos em aberto a interrogação: quem faria este controle? Fica a pergunta feita, com toda sua pretensa carga de originalidade, sendo que a ela se tentará retornar em um próximo estudo.

¹²¹⁴ Conforme *BOC* (Boletim Oficial das Cortes) nº 135 de 24 de julho de 1978, referido por PÉREZ TREMP, Pablo. *Tribunal Constitucional y poder judicial*. P. 244.

¹²¹⁵ *Ibidem*, p. 245.

De todos os modos, por mais absurdo que possa parecer em termos de Teoria Geral do Direito e de Direito Constitucional, pensa-se que é salutar colocar a questão de que algum mecanismo haveria de existir para fiscalizar as decisões do STF. Isto a persistir a atual forma de recrutamento de seus membros e a continuar o mesmo exercendo tão alta função de dar a última palavra em relação à Constituição enquanto órgão de cúpula de um dos três poderes do Estado. Pense-se, ademais, no quanto mais se agravaria o quadro se toda a jurisprudência do STF fosse vinculante.

4.3.1.3.2 - A revogação do próprio instituto

O discurso oficial por parte do Poder Executivo sempre foi o de que sem as medidas provisórias o Brasil seria ingovernável. Contrariando este entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello desde há muito as julgava desnecessárias. Para confirmar sua opinião lembra que justamente na fase da história do Brasil em que mais desenvolvimento e progresso se teve, “quando o governo foi mais ativo, empreendedor e bem-sucedido em seus propósitos transformadores”, inclusive podendo-se desfrutar do mais alto teor de democracia até hoje conhecido (a era do governo Juscelino Kubitschek), não existiam medidas provisórias ou decretos-leis. Daí que, para ele: “Governos capazes não precisam de medidas de exceção. Governos incapazes, por mais que delas disponham, não conseguem êxito”.¹²¹⁶

Na Itália, semelhante reflexão foi feita por Alessandro Pace, que acabou concluindo soar irrisória a pretensa afirmação de que com os decretos-leis se faz um “bom governo”, principalmente porque antes da Sentença 360 da Corte Constitucional, o decreto-lei, da maneira como era aplicado, não correspondia, “nem de longe”, ao modelo constitucional.¹²¹⁷ Vejam-se suas pertinentes observações: “Quando se afirma que ‘não se pode governar sem legiferar’ (com os decretos-leis), não se adverte que, assim dizendo, se apresenta, implicitamente, a tese que nas primeiras quatro legislaturas (na prática até o ‘decretone’ de 1970) não se teria governado? E que, acaso não se governa nas democracias ocidentais que não conhecem o decreto-lei?”¹²¹⁸

¹²¹⁶ Palavras do administrativista em artigo na *Folha de São Paulo*, edição de 11/5/96, C. 1, p. 3.

¹²¹⁷ Cf. PACE, Alessandro. *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*. Op. cit., p. 39.

¹²¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

Nesta linha de pensamento, no Brasil existem doutrinadores¹²¹⁹ que chegaram a propor a revogação total e sumária do artigo 62 da CF/88. É o caso de Sérgio Resende de Barros,¹²²⁰ que propôs como uma das conclusões alternativas a seu estudo sobre o tema que se revogasse integral e sumariamente o texto do artigo 62 da Constituição Federal. Brasilino Pereira dos Santos também acenou para esta solução ao final do seu profundo estudo sobre o tema. Após explicitar sua opção parlamentarista disse: “Todavia, se o presidencialismo continuar, a única solução é abolir as medidas provisórias, já que o denominado estado de sítio ou estado de defesa já seriam suficientes para os casos de absoluta urgência e necessidade de restabelecer a ordem política. Ou, na pior das hipóteses, *data venia*, a continuar com as medidas provisórias, deveremos estabelecer limites mais rigorosos à sua emanção, principalmente quanto à matéria.”¹²²¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho também concluiu pela eliminação desse instituto da Constituição num dos seus mais recentes estudos sobre o tema.¹²²²

Modus in rebus, pensa-se que a melhor saída talvez não fosse extirpá-las de todo e simplesmente, porque afinal restou demonstrada a sua utilidade e necessidade. Isto foi bem comprovado no segundo capítulo, quando se pôde ver que esta espécie legislativa não é estranha em pelo menos a metade dos outros ordenamentos jurídicos contemporâneos. Ademais há quase que uma unanimidade parlamentar e também doutrinária pela sua

¹²¹⁹ Também alguns parlamentares acenaram para esta possibilidade, como foi o caso de Cid Sabóia de Carvalho. Cf. Defesa da supressão, durante a revisão, do dispositivo constitucional que permite a edição de medida provisória. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 11.410, 16 dez. 1993, Seção 2. De resto, seria de referir a Proposta de Emenda à Constituição n. 13, de 1995, de autoria de Adylson Motta e outros, que estabelecia a extinção das medidas provisórias. Dita PEC continha apenas um artigo, com o seguinte texto: “Artigo único. É revogado o art. 62 da Constituição.” Na mesma direção apontava a PEC 4/89, de autoria do mesmo deputado federal, apregoando a supressão do art. 62 e seu parágrafo único da CF/88. Também a PEC 2/90, encabeçada pelo sen. Mata Machado, propunha a “suspensão da aplicação” do art. 62 da Constituição Federal. Por último, a PEC 8/95 (do dep. Fed. Alberto Goldman e outros) igualmente apresentava um Artigo Único onde se lia: “São suprimidos o inciso V do art. 59 e o art. 62 da Constituição Federal, renumerando-se os dispositivos seguintes.”

¹²²⁰ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Op. cit., p. 13. Note-se porém que a outra alternativa apresentada pelo autor era a imposição de necessárias adaptações às medidas provisórias de maneira a suportar a sua prática pelo sistema presidencialista de governo. Fora de tais alternativas, “no que tange a esse instituto, a Constituição da Nova República – ainda que se diga constituição-cidadã – continuará sendo como tem sido: um **fator de conflitos entre os poderes, em prejuízo dos cidadãos brasileiros.**” Idem (grifou-se).

¹²²¹ Cf. SANTOS, B. P. dos. Op. cit., p. 848.

¹²²² Acompanhe-se o raciocínio do constitucionalista: “A medida provisória foi em má hora adotada pela Constituição. A intenção era eliminar o decreto-lei, de triste memória, mantendo a possibilidade de uma legiferação de urgência. Entretanto, a prática revelou a sua má índole. O comodismo e a problemática (exagerada) do quadro de esfarinhamento partidário a tornaram a forma predileta de ‘legiferação pelo Executivo’. Assim, tornou-se um instrumento de concentração do poder, ensejando o abuso e o arbítrio, gerando a insegurança jurídica. Ademais, é desnecessária. Outros meios há, na própria Constituição, que podem substituí-la com vantagem. E no caso restritíssimo da urgência verdadeira, há soluções melhores para o problema. Por tudo isto, deve ser eliminada da Constituição.” Cf. FERREIRA FILHO, M. G. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico. Op. cit., p. 468.

manutenção, porém com “rígida limitação de seu uso e abrangência”,¹²²³ o que pode ser visto nas palavras de José Joaquim Calmon de Passos: “Elas são necessárias, importando inviabilizar-se a gestão da coisa pública a retirada, do Executivo, de instrumentos que lhe permitam atuar com presteza diante dos inesperados ou inevitáveis acontecimentos que perturbam o estado das coisas e reclamam providências urgentes”.¹²²⁴

Por ocasião da votação e aprovação da primeira MP após a regulamentação, em outubro de 2001, parlamentares declararam que a utilização de medida provisória para atender a uma emergência como a seca no Nordeste ou as enchentes em Estados do Centro-Sul representava o “acerto da decisão do Congresso de não extinguir o instituto”. Segundo o senador José Fogaça, “o Presidente da República não tinha outra forma de mandar recursos para as regiões atingidas. Esta medida provisória é inegavelmente urgente e incontestavelmente relevante”.¹²²⁵

4.3.1.3.3 - O *impeachment* do Presidente da República ou “as *Catilinárias* brasileiras”

Afinal, porque respeitar a discricionariedade dos Presidentes que não respeitaram a Constituição? Ainda, de que servem novas normas trazendo mais regulamentações se eles não as seguem? Prova disso é que as limitações materiais já foram traçadas pela Constituição Federal aqui e acolá em seu texto original, mas eles raramente se guiaram por elas.

Ivo Dantas, ao referir-se a um “verdadeiro caos no funcionamento ‘independente e harmônico dos Poderes’” dizia já há uma década que o Executivo “interpreta a Lei Maior de maneira tal que bastaria a coragem e a vontade política do Congresso Nacional para se caracterizar o Crime de Responsabilidade do Presidente da República, previsto no art. 85 da própria Constituição, o denominado *Impeachment*.”¹²²⁶

Veja-se o teor do *caput* e do inciso II do referido art. 85: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação”.

¹²²³ Cf. MACHADO, R. Op. cit., p. 29.

¹²²⁴ Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. Medidas provisórias. *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*, 1990. P. 285.

¹²²⁵ Cf. SENADO APROVA R\$ 154 MILHÕES PARA COMBATE A CALAMIDADES. *Jornal do Senado*, 25 de outubro de 2001. P. 2.

¹²²⁶ Cf. DANTAS, I. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. P. 12.

Já o Parágrafo Único exige lei especial, nos seguintes termos: “Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.” Até que não sobrevenha outra esta lei especial é a Lei 1.079/1950, que em seu art. 6º, item 1, dispõe: “São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados: 1. Tentar dissolver o Congresso Nacional, impedir a reunião ou tentar impedir por qualquer modo o funcionamento de qualquer de suas Câmaras”. Este, pois, o crime político, ou crime de responsabilidade (que não se confunde com a responsabilidade política do Poder Executivo inerente ao Parlamentarismo) que pode ter sido cometido pelos Presidentes da República com a utilização indiscriminada do instituto das medidas provisórias.

Perante as exorbitâncias cometidas pelo Poder Executivo brasileiro contra a Constituição no uso das medidas provisórias, José Roberto Vieira parafraseou em sua tese de doutorado a célebre indagação feita por Cícero no princípio de sua *Catilinária I*.¹²²⁷ “Até quando abusarás, Presidente, da nossa paciência? Por quanto tempo ainda seremos joguetes do teu furor legislativo? Onde se deterão os impulsos dessa audácia legislatória desenfreada? ... Ó Tempos! Ó Costumes!”¹²²⁸

Sim, parece terem sido tempos de “catilinárias” no Brasil, e nesta tese referem-se três delas, sendo a primeira a própria tese de doutorado do autor citado, toda iluminada por um espírito de indagação e de indignação. As outras, a “Carta à Nação” e o “Manifesto à Nação”, além de denunciar os abusos do Poder Executivo no campo das medidas provisórias, pediram também o seu *impeachment*.¹²²⁹

¹²²⁷ Explica José Roberto Vieira que Marco Túlio Cícero, o grande orador e político romano, era cônsul quando Lúcio Sérgio Catilina, candidato derrotado nas eleições consulares, “liderou uma conjuração com fins de incendiar a cidade de Roma e eliminar magistrados e adversários políticos”. Foi então que em face dos excessos cometidos por Catilina contra o Direito de Roma e perante a reafirmação dos rebeldes em assassinar Cícero, apareceram as famosas *catilinárias*, quatro fortes discursos contra o conspirador, pronunciados por Cícero no Senado Romano, entre novembro e dezembro de 63 a. C. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas...* P. 322. Neste sentido, sua tese de doutorado assumiu a feição de uma “catilinária” brasileira.

¹²²⁸ No original de Cícero: “Até quando abusarás, Catilina, da nossa paciência? Por quanto tempo ainda seremos joguetes de teu furor? Onde se deterão os impulsos dessa audácia desenfreada? ... Ó tempos! Ó costumes!”. Cf. VIEIRA, J. R. *Medidas...* P. 333.

¹²²⁹ Além deste *Manifesto à Nação* há que se referir outro pedido de *impeachment* mais recente, feito por meio da denúncia contra o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso por crime de responsabilidade, protocolada por cinco notáveis juristas e advogados brasileiros na Câmara dos Deputados no corrente ano. Com esta denúncia, datada em 18 de maio de 2001, Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Júnior e Paulo Bonavides bateram às portas do órgão representativo do povo brasileiro para denunciar atentado do Presidente da República contra “o livre exercício do Poder Legislativo” (CF, art. 85, I), especificamente por ter promovido a retirada da assinatura de 20 deputados federais do requerimento da CPI da Corrupção, inviabilizando-a com o oferecimento de “vantagens patrimoniais aos congressistas”. Lê-se em trecho do texto da denúncia: “A essência dos crimes de responsabilidade, enunciados no art. 85 da Constituição Federal, é indubitavelmente de natureza ética. Quando o supremo mandatário da nação desonra-se, a ponto de atentar contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes constitucionais, os direitos fundamentais do homem e do cidadão, a segurança interna do País, a probidade da administração, a lei orçamentária, ou o cumprimento das leis e das decisões judiciais, é porque desceu à ignomínia do perjúrio, ao quebrar, conscientemente, o compromisso solene prestado por ocasião de sua posse: ‘manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a Independência do Brasil’ (art. 78).” Cf. IMPEACHMENT II – A HISTÓRIA SE REPETE? *Revista Informação*, n. 19, p. 19. Sabe-se que este pedido foi arquivado na Câmara dos Deputados.

A insatisfação com o instrumento que de exceção passou a ser a regra na regulação das relações jurídicas foi manifestada pela Associação dos Magistrados Brasileiros sob a forma epistolar. Em fevereiro de 1997 a AMB publicou sua “Carta à Nação”, tendo no dia 26 daquele mês organizado o “Dia de Mobilização Nacional pela Cidadania e a Justiça”. Veja-se a análise do jornalista Jânio de Freitas a respeito dessa carta:

A carta é comedida e elegante, mas clara. ‘O crescente agigantar-se do Poder Executivo’, por incursão indevida no papel dos outros dois Poderes, ‘ameaça e deprime’ o funcionamento do restante do Estado. Os presidentes dos Tribunais de Justiça expõem a preocupação ‘com a visível inclinação dos governantes a subordinar o sistema constitucional aos projetos de governo, ao invés de ajustarem tais programas à ordem jurídica existente’. Daí decorre que ‘interesses momentâneos’ (não é preciso explicitá-los, é?) são sobrepostos aos ‘objetivos nacionais permanentes’.¹²³⁰

Na seqüência, contra o agigantamento do Poder Executivo e ao mesmo tempo conclamando a uma vigília cívica em defesa da Constituição, em março de 1997 um grupo de 59 advogados e professores de direito se mobilizou e redigiu um documento intitulado *Manifesto à Nação*.¹²³¹ No documento elaborado pelos juristas, que foi amplamente divulgado no País (nas seccionais da OAB, faculdades de direito, varas judiciárias das mais variadas comarcas), podia-se ler:

O País vem sendo dirigido, predominantemente, pelo Poder Executivo por meio de medidas, denominadas provisórias, mas que, pela reiteração, se vão tornando definitivas e cujo desmedido fluxo atinge a inacreditável média de duas por dia. Há, pois, presentemente, verdadeira usurpação das funções legislativas do Congresso Nacional. Demais disto, este sofreu interferências indevidas e por métodos que a imprensa apontou como reprováveis no episódio da eleição do Presidente da Câmara e do Presidente do Senado, assunto, manifestamente, da economia interna daquelas Casas Congressuais e que não pode ser objeto de formação de parcerias. O Executivo se agiganta em relação ao Legislativo e desborda do princípio constitucional que estabelece independência entre os Poderes, exatamente para prevenir interferências indevidas e a supremacia de um deles. Aliás, ninguém menos que o Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil já denunciou à sociedade brasileira que ‘[...] a

¹²³⁰ Cf. FREITAS, Jânio de. Em nome da lei. *Folha de São Paulo*, 25 fev. 1997. C. 1, p. 5.

¹²³¹ Datado em 07 de março, foi redigido em reunião na sede do Conselho Federal da OAB e subscrito pelos seguintes estudiosos do Direito: Godofredo da Silva Telles Jr., Celso Antônio Bandeira de Mello, Evandro Lins e Silva, Paulo Bonavides, Rosah Russomano, Fábio Konder Comparato, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Tarso Genro, Eros Roberto Grau, Carlos Ayres Britto, Dalmo Dallari, Luis Roberto Barroso, Sérgio Sérvulo da Cunha, Aristides Junqueira, Valmir Pontes Filho, Weida Zancaner, Edgar Amorim, Roberto Amaral, Paulo Lopo Saraiva, Osiris Azevedo Lopes Filho, Márcio Thomaz Bastos, Hermann Assis Baeta, Marcelo Lavénére, José Roberto Batochio, Mário Sérgio Duarte Garcia, Raimundo Paschoal Barbosa, Plínio Arruda Sampaio, Sérgio Ferraz, Fides Angélica Velloso Ommati, Arx Tourinho, Fran Figueiredo, João Roberto Piza Fortes, Guido Antônio Andrade, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Marília Muricy, Clóviz Bezno, Washington Peluso Albino de Souza, Marco Antônio Rebelo Romanelli, Carlos Pinto Coelho Motta, Romeu Felipe Bacellar Filho, Clémerson Merlin Clève, Regina Macedo Neri Ferrari, Adilson Gurgel, Marcelo Figueiredo, Roque Carrazza, Elizabeth Nazar Carrazza, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Márcio Cammarosano, Dinorá Musseti Grotti, Willis Santiago Guerra Filho, Dimas Macedo, Américo Lourenço M. Lacombe, José Eduardo Martins Cardozo, Nelson Felmanas, Rogério Viola Coelho, Ricardo Seitenfus, Ronaldo Brêtas, Luiz Carlos Madeira e Milton Nobre.

concentração do poder já se vai fazendo ameaçadora à normalidade institucional e à supremacia da Lei’.

Por seus significados e importância, foram estes os dois principais movimentos de defesa contra a concentração de poder que se fazia ameaçadora à normalidade institucional no período dos treze primeiros anos de utilização das medidas provisórias no Brasil.

4.3.1.3.4 – O unicameralismo federal

Há pelo menos um autor que desde 1977 sustenta que uma das causas do superdimensionamento do Poder Executivo, “ao lado da resposta formal e lenta do Judiciário aos anseios de composição de conflitos, é o bicameralismo federal.”¹²³² Trata-se de Walter Ceneviva, que propõe se adote o unicameralismo dos Estados e Municípios na esfera federal para melhorar a imprescindível operacionalidade do Poder Legislativo.

Segundo o doutrinador, entre outros fins o unicameralismo satisfaria a realização do reforço da “tese da dispensabilidade do sistema da medida provisória [...] como um dos caminhos para represtigiamento do Legislativo, tornando efetivo o zelo pela preservação de sua competência (art. 49, XI)”.¹²³³

4.3.1.3.5 – Presidencialismo com o “direito de resistência”

Face à constatação de que o presidencialismo brasileiro vem apresentando marchas e contra-marchas ao longo de mais de cem anos, “sempre permeado por ditaduras explícitas ou implícitas”, Paulo Lopo Saraiva propõe a constitucionalização do “direito de resistência”,¹²³⁴ a exemplo do que ocorre no constitucionalismo português.

Diz o art. 21 da Constituição da República Portuguesa: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”

O constitucionalista brasileiro ampara-se em Norberto Bobbio para expor sua idéia. Este, ao falar sobre um dos dois grandes movimentos de resistência hoje existentes no mundo – a desobediência civil – e as suas várias formas, esclarece:

¹²³² Cf. CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. P. 152.

¹²³³ *Ibidem*, p. 153.

¹²³⁴ SARAIVA, P. L. Por um novo presidencialismo brasileiro: o presidencialismo com o direito de resistência. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba/PR, n. 1. p. 64.

Mesmo em suas diferenças, essas várias técnicas têm em comum a sua finalidade principal, que é mais a de paralisar, neutralizar, pôr em dificuldade o adversário do que esmagá-lo ou destruí-lo; que é mais a de tornar difícil ou mesmo impossível a obtenção da finalidade visada pelo outro do que buscar diretamente a finalidade de substituí-lo. Não ofendê-lo, mas torná-lo inofensivo. Não contrapor ao poder um outro poder, um contrapoder, mas tornar o poder impotente.¹²³⁵

Serve-se o autor também da visão de Nelson Nery Costa, segundo a qual a desobediência civil é um dos melhores instrumentos da luta contra a “ação abusiva do Estado.”¹²³⁶

Segundo Lopo Saraiva, o “abuso na utilização das Medidas Provisórias, bem assim o domínio inconstitucional do Parlamento e até a ameaça ao funcionamento regular do Poder Judiciário, tudo obra-prima do Presidente da República, autorizam a que se comece a discutir a apresentação de Emenda Constitucional que positive o direito de resistência”.¹²³⁷ E isto porque “em todas as nações civilizadas do mundo há um respeito à Constituição, há uma reverência ao Parlamento e uma obediência às decisões judiciárias”.¹²³⁸ Mas no Brasil hodierno “o Parlamento não legisla, porque quem o faz é o Presidente da República; o Supremo Tribunal Federal permanece silente e generoso ante a reedição de Medidas Provisórias, que não têm o mínimo respaldo constitucional”. Diante deste quadro conclui o autor: “se os meios contidos na Carta Magna têm se mostrado ineficazes para sustar o despotismo presidencial, impõe-se que o Presidencialismo Brasileiro seja controlado pelo Direito de Resistência.”¹²³⁹

¹²³⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. P. 157.

¹²³⁶ Vejam-se as próprias palavras de Nelson Nery Costa a respeito: “A principal preocupação do pensamento democrático concentra-se no problema do limite do Poder do Estado e no mecanismo de que a sociedade civil dispõe para fazer prevalecer seus interesses. A proposta liberal – a eleição de representantes, o processo legislativo e o controle recíproco dos poderes estatais – mostrou-se insuficiente para aferir a vontade social na atualidade. Os indivíduos, os grupos ou as coligações de grupos têm procurado novas formas de expressão política para encaminhar suas reivindicações. [...] A desobediência civil tornou-se um dos instrumentos utilizados pela sociedade civil para limitar a ação do Estado. Não se trata aqui de uma ruptura com as instituições como um todo, mas de resistir às normas de natureza não-democráticas, em situações ocasionais e limitadas. O recurso consiste em apelar aos direitos de cidadania, que medeiam e definem o poder da comunidade.” Cf. COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. P. 81.

¹²³⁷ Cf. SARAIVA, P. L. Op. cit., p. 66.

¹²³⁸ Idem.

¹²³⁹ Idem.

4.3.1.3.6 - A troca do sistema de governo

Ao protestar quando da votação da PEC que resultou na EC Nº 32, embora tendo assentido à proposta, o senador Pedro Simon disse que logo após a aprovação da emenda já apresentaria outra proposta sobre o assunto e lamentou que a Assembléia Nacional Constituinte tivesse aprovado o instituto das medidas provisórias e, ao mesmo tempo, rejeitado o sistema parlamentarista de governo. E isto porque segundo ele, “no parlamentarismo a MP é algo sério, e não essa medida ridícula, grosseira, vulgar, que hoje os presidentes usam a seu bel-prazer.”¹²⁴⁰ No mesmo sentido foi a manifestação do senador Roberto Freire, dizendo-se um dos responsáveis pela adoção do instituto da medida provisória e lamentando a não aprovação do regime de gabinete pelos constituintes.¹²⁴¹ A principal diferença, conforme já visto ao longo deste estudo, é que em países parlamentaristas que utilizam institutos assemelhados, a rejeição a estes pode ocasionar a queda de todo o gabinete de ministros, motivo pelo qual os primeiros-ministros geralmente preferem os projetos de lei.

Aventa-se, assim, trocar o sistema de governo para Parlamentarista, mas talvez seja precipitado e imaturo realizar uma troca de tamanha significância por causa do mau funcionamento de um instituto. Ademais, seria de se analisar que o mesmo desrespeito que se verifica no Presidencialismo poderia se repetir no novo sistema, ou ainda desrespeitos outros poderiam surgir.

É certo que a clássica função última estabelecida entre o Parlamentarismo e o Presidencialismo relaciona-se, conforme Rui Barbosa já apregoou,¹²⁴² com a busca da estabilidade e o esforço de coibir a irresponsabilidade dos governantes. Neste sentido as formas parlamentaristas sempre buscam uma "interdependência por integração" entre os Poderes Executivo e Legislativo. Já nas formas presidencialistas procura-se alcançar aquela função por meio de uma "independência recíproca" entre os mesmos dois Poderes.

Qual dos dois concretiza com maior grau de efetividade aquela função? Difícil responder, embora entre os estudiosos do tema haja forte inclinação pela opção parlamentarista. A análise de Lijphart, lembrada por Ives Gandra da Silva Martins, é a de que o presidencialismo é o regime “da irresponsabilidade a prazo certo”, ao passo que o

¹²⁴⁰ Cf. *Jornal do Senado*, 10 de agosto de 2001. P. 3.

¹²⁴¹ Cf. *Jornal do Senado*, 6 de setembro de 2001. P. 3.

¹²⁴² Cf. *Anais do Senado*, sessões de 4 de janeiro a 9 de fevereiro de 1915, referidas por SANTOS, Brasilino P. dos. Op. cit., p. 51.

parlamentarismo é o “da responsabilidade a prazo incerto”.¹²⁴³ Juan Linz aponta para o não acidental superior desempenho histórico das democracias parlamentares em relação às democracias presidencialistas. Para ele, “uma comparação cuidadosa entre parlamentarismo e presidencialismo leva à conclusão de que o primeiro conduz mais a democracias estáveis do que o último.”¹²⁴⁴

De todos os modos haveria ainda que considerar a análise de Manuel Aragón,¹²⁴⁵ segundo a qual a sorte do parlamentarismo no futuro dependerá de sua capacidade para autolegitimar-se, o que pressupõe a prevalência da tolerância sobre o dogmatismo na vida política e a constante necessidade de revitalizar a representação, de revigorar os debates parlamentares, de melhorar tecnicamente a legislação e de acentuar a função parlamentar de controle, tudo para evitar que decresça a importância política do parlamento aos olhos dos cidadãos.

Especificamente no que diz respeito à intenção brasileira de guinar para o parlamentarismo e de achar que com isso se remediariam todos os males do país, Giovanni Sartori põe a desnudo outro desafio para esta eventual troca de sistema. Segundo ele, a maioria dos países da América Latina não tem, “e está muito longe de ter”, partidos políticos adequados ao parlamentarismo. Ao situar o Brasil como exemplo claro disso, enfatiza que neste caso o problema é, mais do que um desafio, quase uma impossibilidade, dizendo por fim não haver “evidência, nem comparativa nem histórica” que apóie a expectativa brasileira. Veja-se:

Provavelmente nenhum país no mundo é na atualidade tão antipartido, tanto na teoria como na prática, como o Brasil. Os políticos referem-se ao seu partido como um *partido de aluguel*. Trocam de partido livre e freqüentemente, votam contra a linha do partido e rechaçam todo tipo de disciplina de partido baseando-se em que sua liberdade para representar a seus eleitores não pode estar sujeita a interferências. Os partidos são assim entidades voláteis sem poder, e o presidente brasileiro flutua sobre um vazio, um parlamento ingovernável e altamente atomizado. A adoção de um sistema parlamentarista é a cura que se busca para estas lamentáveis condições, um sistema parlamentar que exigisse que os partidos se consolidassem porque se lhes requereria que apoiassem um governo derivado do parlamento. Porém muito temo que isto não sucederá nem pode suceder.¹²⁴⁶

¹²⁴³ Apud MARTINS, I. G. da S. Medida provisória deve ser... Op. cit., p. 81.

¹²⁴⁴ Cf. LINZ, Juan J. Los peligros del presidencialismo. In: EGUIGUREN PRAELI, F. J. (Dir.). Op. cit., p. 12.

¹²⁴⁵ Cf. ARAGÓN, M. “Estudio Preliminar” a SCHMITT, Carl. *Sobre el Parlamentarismo*. P. xxxi.

¹²⁴⁶ Cf. SARTORI, Giovanni. Ni presidencialismo ni parlamentarismo. In: LINZ, J. J.; VALENZUELA, A. (Comps.). *La crisis del presidencialismo...* Op. cit., p. 179.

Por outro lado, é inegável que assiste razão à análise de Paulo Brossard e Tancredo Neves a respeito dos aspectos negativos do presidencialismo, especialmente no que tange ao freqüente divórcio entre Estado e nação. “Sabemos, por dolorosa experiência, como acabam as crises do presidencialismo: na renúncia e no suicídio de presidentes, na Constituição outorgada e nos atos institucionais, no colapso da participação democrática, no silêncio das tribunas, nos *ukases* de recesso e fechamento das Casas do Congresso e na erosão dos valores representativos, sem os quais é impossível estabelecer uma ordem democrática genuína.”¹²⁴⁷ Os autores sintetizaram ainda a principal diferença existente entre as eventuais crises de um e outro sistema: “No parlamentarismo, as crises não afetam as instituições, mas apenas o governo, que nela se fortalece ou se demite, para atender às imposições do interesse nacional. Isso não acontece no presidencialismo, no qual a crise no governo é uma ‘crise institucional’”.¹²⁴⁸

4.3.1.3.7 – Alargamento do elenco de controle por meio da instituição de cinco poderes

Em estudo do tema da separação dos poderes Ives Gandra da Silva Martins propôs para o Brasil o alargamento do sistema de controle, principalmente tendo em vista “a impunidade dominante quanto às irresponsabilidades conhecidas do Poder Executivo”.¹²⁴⁹ Daí sua proposta “para uma real separação dos poderes” oferecer ao Tribunal de Contas a relevante função de poder julgador, tendo subordinadas suas decisões exclusivamente à revisão por parte do Supremo Tribunal Federal.

O sistema proposto pelo autor faria com que o País tivesse cinco poderes, a saber: “O Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Moderador, o Poder Judiciário e o Poder Responsabilizador. O Chefe de Estado seria o Poder Moderador, e os Tribunais de Contas o Poder Responsabilizador, com força, densidade própria e autonomia absoluta em relação aos demais poderes.”¹²⁵⁰ Todos estes poderes subordinar-se-iam à última palavra do STF, cujos componentes não mais seriam nomeados pelo Poder Executivo, mas escolhidos pelo próprio Poder Judiciário, o qual em lista tríplice indicaria os nomes ao Poder Executivo, devendo a aprovação ser referendada pelo Senado .

¹²⁴⁷ Apud MARTINS, I. G. da S. Medida provisória... Op. cit., p. 82.

¹²⁴⁸ Idem.

¹²⁴⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A separação de poderes*. P. 66.

¹²⁵⁰ Idem.

Explicando: o Tribunal de Contas, na qualidade de quinto poder, possuiria seus próprios mecanismos executivos, deixando de ser órgão do Poder Legislativo para ser efetivamente “o poder da garantia nacional de aplicação correta das verbas comunitárias, do exercício nobre de mandatos e funções e da certeza de que a impunidade não continuaria a acompanhar a História da administração pública nacional”.¹²⁵¹

4.3.1.3.8 - Outras formas de controle popular dos atos legislativos do Poder Executivo

É importante aperfeiçoar os sistemas de controle da Administração Pública, e em maior medida da mais ampla ação do Poder Executivo, principalmente dos seus atos legislativos, mas não ao ponto de entorpecer sem necessidade a sua ação, que redundaria ou deve redundar no benefício de todos. Elías Díaz diz ser ineludível à existência do Estado de Direito que a fiscalização do Executivo se realize a partir da lei e ademais que a vontade popular (o eleitorado) apareça como fonte primária da legislação e também como último e decisivo órgão de controle político. Isso significa a revalorização do Poder Legislativo. Neste sentido o autor relata que atualmente se insiste, na Europa, na importância de novas formas de fiscalização da Administração, como são por exemplo o *Ombudsman* no direito sueco e a *Prokuratura* no sistema jurídico da URSS.¹²⁵²

Ubaldo Balthazar propõe, para além dos controles parlamentar e jurisdicional do Poder Executivo, outros meios de controle, como “certas instituições de democracia direta que podem limitar as atividades do Poder Executivo (a iniciativa popular e o *referendum* obrigatório ou facultativo, praticados na Suíça, por exemplo).”¹²⁵³ Reclama o autor, por conseguinte, uma maior participação popular na gestão da coisa pública, uma vez que os procedimentos “de participação ativa e direta do povo na tomada de decisões políticas e, mais geralmente, na condução dos negócios comuns, tornam-se objetivamente um obstáculo a um Executivo forte”.¹²⁵⁴

Quanto ao *referendum*, Jorge Miranda lembra que em Portugal tanto o processo legislativo parlamentar quanto o dos decretos-leis podem sofrer as vicissitudes provocadas pelo desencadeamento de um processo deste tipo. Daí que “uma resposta positiva ou negativa

¹²⁵¹ Idem.

¹²⁵² Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 108-9.

¹²⁵³ Cf. BALTHAZAR, U. C. Poder Executivo... Op. cit., p. 185.

¹²⁵⁴ Idem.

do eleitorado à pergunta ou às perguntas submetidas a *referendum* determina a obrigação de aprovar ou de não aprovar o correspondente ato legislativo”.¹²⁵⁵

Por fim é preciso atentar para uma outra dificuldade existente no Brasil: o fato de ser extremamente difícil estabelecer-se uma “opinião pública”, “naquele sentido de uma realidade orgânica, dotada de poder consciente de mobilização, com capacidade crítica e de ação eficaz sobre o comportamento dos Governos.”¹²⁵⁶ Aliás, a própria noção de cidadania e da posse de direitos dos brasileiros parece ser extremamente precária. Exemplo disso é o que ocorreu no caso das medidas provisórias, em que o Poder Executivo freqüentemente extrapolava os lindes em que deveria atuar, e a população em geral não se via enquanto titular de direitos fundamentais que estavam sendo diuturnamente violados, invadidos.

Conclui-se assim que os sistemas de controle, sobretudo o de natureza popular - ou social -, esteado na prática real do princípio participativo, ideal maior das democracias mais avançadas, seria a cruzada por excelência contra os tentáculos opressores e por vezes supressores do Estado.

De resto, é esperar para ver qual será o comportamento dos poderes instituídos diante desta primeira tentativa de reescrever a história do instituto medida provisória no Brasil.

¹²⁵⁵ Trata-se de inovação introduzida pela reforma constitucional de 1989 e regulada pela Lei nº 45/1991, de 3 de agosto. Cf. MIRANDA, J. *El proceso legislativo...* Op. cit., p. 6.

¹²⁵⁶ Cf. SIMÕES FILHO, G. V. Op. cit., p. 64.

CONCLUSÃO

A literatura sobre o Estado e seus temas correlatos é tão frondosa que resultaria impossível analisá-la detalhadamente em todos os seus aspectos. Nesta tese procurou-se apenas abordar aqueles pontos que poderiam finalmente e em conjunto auxiliar no entendimento da problemática que circundou o desmesurado uso das medidas provisórias no Brasil. Neste sentido percorreu-se o caminho histórico da formação do Estado Constitucional de Direito, oferecendo inicialmente os delineamentos e características mais marcantes de cada fase do que viria a ser compreendido como Estado de Direito. Abordaram-se aí o Estado Medieval Descentralizado, o Estado Absolutista Monárquico, o Estado Liberal Clássico, o Estado Social ou Intervencionista e o Estado Neoliberal ou Globalizado, cujas análises estiveram amarradas com as correlatas formas de produção econômica predominantes em cada época. Demonstrou-se que a versão mais avançada do Estado Constitucional de Direito traz embutida a marca democrática, que lhe confere legitimidade tanto à criação do direito quanto ao exercício do poder. Caracterizou-se por fim o Estado Democrático de Direito Brasileiro constituído pela CF/88, cujos princípios constitucionais conformadores foram apresentados segundo a ótica de José Afonso da Silva.

Procurou-se dizer algo também a respeito das mudanças ocorridas no papel do Estado a partir do seu nascimento, demonstrando a nítida relação entre Constituição e modelo de Estado. Assim, na ótica do Estado Liberal Clássico, ou mínimo, a Constituição correspondia a uma idéia de garantia, de salvaguarda das liberdades perante o poder e, neste sentido, uma idéia de defesa, de Constituição defensiva. No Estado Social esta idéia transmudou-se para ser a de amparo, de reconciliação entre sociedade e Estado ou, antes disso, de apelo daquela à ação deste; daí as Constituições ditas dirigentes ou constitutivas. Já na fase do Estado Neoliberal a tendência é o retorno àquela concepção de Constituição mínima, instalando-se porém um conflito entre esta tendência e os valores reitores que estão positivados nos textos constitucionais, que refletem ainda aquela opção social, de Estado-Providência. Ressaltou-se ser este o caso do Estado Brasileiro pós-1988, que apesar de vir sendo dirigido por governantes determinados a encampar as tendências neoliberais - o que implicaria muitas reformas na Constituição para minimizar o papel do Estado -, possui um texto constitucional tipicamente de cunho social, o que requer a influente presença estatal nos aspectos mais

básicos da vida social, preferentemente na defesa dos sujeitos de direito historicamente desfavorecidos. Neste contexto surgiram e moveram-se as medidas provisórias, sendo manobradas pelo Poder Executivo conforme seus interesses governistas mais imediatos.

Passou-se em seguida ao esmiuçamento da formulação clássica da teoria da separação dos poderes, demonstrando sua atualidade e importância, as alterações que foi sofrendo em função das críticas que recebeu, assim como as adaptações que teve que receber em função de sua implantação prática. Demonstrou-se a relativização imposta à rígida separação dos poderes pela mudança do papel do Estado, passando-se então a admitir funções atípicas ou secundárias ao lado das funções típicas de cada um dos três poderes constituídos. Essa flexibilização da teoria teve como principal consequência o deslocamento de forças do Poder Legislativo para o Executivo; tudo porém no campo da exceção à vital função legislativa. Fez-se a exemplificação da distribuição constitucional destas funções típicas e atípicas dos poderes conforme os sistemas parlamentarista e presidencialista.

Encontra-se o Estado brasileiro em fase de desmantelamento no âmbito burocrático-administrativo, com redução da participação na regulação da vida econômica e social, bem como com sua própria diminuição econômica (desfazendo-se do patrimônio público pela via das privatizações). Em linhas gerais o quadro caracteriza a morte do papel social do Estado como um retorno ao melhor estilo liberal, aquele no qual o governo ideal é o invisível, cuja ação não se faz sentir. O problema é que sua ação ainda se faz sentir, sobremaneira pelas normas, e na maioria das vezes de maneira negativa, ofertando insegurança jurídica para a população. É curioso que o Estado esteja se retirando, mas que exagere sua presença com o desenfreado uso de medidas provisórias, assim como é contraditório que um Estado se retire da prestação das necessidades básicas para a população mas não diminua a cobrança tributária desta mesma população, principalmente quando em relação aos tributos desconhece-se o retorno social e a prestação de contas do Estado à sociedade. Observou-se assim o paradoxo entre Estado mínimo *versus* fortalecimento do poder estatal pela senda do Poder Executivo.

Outro paradoxo é: se por um lado cada vez há menos normas emanadas do Legislativo, pressupondo uma paulatina desaceleração da tarefa legislativa, por outro esta tarefa aumentou assustadoramente, porém não na sede do seu poder legítimo, e sim na do Poder Executivo. Arvorou-se este como protagonista na criação legislativa dos últimos anos, seja para capitanear ou quando menos para impulsionar as mudanças neoliberais. Para além disso, tomou gosto pela função legislativa e continuou legislando por Medidas Provisórias a

respeito de praticamente qualquer assunto. Portanto no Brasil atual é com a desaceleração do processo de intervencionismo que bem se casou a distorção no funcionamento da organização do poder estatal conhecida como hipertrofia do Poder Executivo, chegando a assumir contornos quase patológicos no caso específico das medidas provisórias. O poder governamental, com competência legislativa própria pareceu tudo poder, semeando inconstitucionalidades, muitas qualificadas, pelo ataque a princípios constitucionais protegidos inclusive por cláusulas pétreas da Constituição.

Posta assim a problemática que motivou o desenvolvimento desta tese, do detido e sistemático estudo do descompasso havido entre a previsão constitucional e o uso que se fez das medidas provisórias, resultaram algumas conclusões importantes, enumeradas a seguir.

Relembre-se antes disso que a análise do tema central desta tese privilegiou o período de uso das medidas provisórias de 1988 até 2001, mais precisamente até antes da regulamentação do instituto. Este período histórico foi o escolhido para nele ser verificada a prática das medidas provisórias e o confronto desta prática com os postulados constitucionais, justamente porque foi naquela forma original do art. 62 da CF/88 que nos treze anos iniciais de existência das medidas provisórias se cristalizaram várias inconstitucionalidades.

Segue agora a enumeração de algumas **considerações parciais**, as quais desembocarão, ao final, na **conclusão final** desta tese.

1. A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder deu-se pelos institutos da separação dos poderes e da subordinação de todo o poder estatal ao direito. Desta soma de Estado de Direito e Princípio da Separação dos Poderes deriva na doutrina constitucional o acréscimo de que os conceitos de Estado Constitucional de Direito e Democracia são correlatos e complementares. Daí que num Estado Democrático de Direito a única forma de legitimação de atos excepcionais do Poder Executivo é a que deriva das próprias regras postas na Constituição, não devendo prevalecer a razão de Estado sobre a ordem constitucional.
2. A separação dos poderes foi pensada em sua versão clássica para garantir o indivíduo contra o absolutismo de uma classe, grupo ou tirano, pois dividido o poder se enfraqueceria. Tal divisão foi feita em órgãos com forças iguais (Executivo, Legislativo e Judiciário), uma vez que o equilíbrio das forças era tão importante quanto a própria separação dos poderes, evitando que um poder mais forte absorvesse os demais. Montesquieu estabeleceu sua teoria baseada sobre o postulado de que cada função capital do Estado deveria possuir um titular

distinto, embora defluísse como natural a superioridade do Poder Legislativo, pelas razões de ser ele o representante da soberania popular e, em conseqüência, o poder criador das leis que regem um Estado. A contribuição teórica de Sieyès conferiu à soberania popular a titularidade do poder constituinte originário, sendo que pelo Princípio da Representatividade eventualmente o Poder Legislativo pode ser também o criador da própria Constituição.

3. Sempre houve objeções à teoria da separação dos poderes, mas os seus defensores consideram mais importantes suas vantagens do que seus inconvenientes: se a separação dos poderes gera grandes dificuldades, por outro lado são catastróficas para a salvaguarda dos direitos fundamentais as conseqüências da concentração do poder. O princípio da separação dos poderes é essencial para a democracia na medida em que garante os direitos dos homens contra o arbítrio da autoridade pública, sendo pois íntima e inarredável a relação entre princípio democrático e elaboração da lei.

4. Hodiernamente a teoria em sua versão clássica resultaria pouco funcional, estanque, engessada, sendo que em decorrência das críticas ao princípio e também do incremento de novas atribuições ao Estado, mormente ao Poder Executivo, com o advento do Estado Social a relativização do princípio se fez imperiosa. Deu-se então a aceitação constitucional de funções atípicas ao lado da função típica de cada poder, no entanto apenas na condição de secundárias, de exceção, isto porque o poder, mesmo o legítimo, necessita ser limitado, sendo exatamente essa idéia que constitui o núcleo permanente da teoria da separação dos poderes.

5. O direito constitucional de outros países mostra que as formas mais características de intervenção do Poder Executivo no processo legislativo são a iniciativa, a promulgação, a sanção e o veto. Além desta forma tradicional de participação na formação das leis, é aceito por razoável número de Estados contemporâneos (em 57,14% do países pesquisados) que o Poder Executivo participe também diretamente na criação de normas primárias equivalentes às medidas provisórias brasileiras, embora a primazia legislativa continue sendo do Parlamento.

6. No Brasil as duas possibilidades de o Poder Executivo inovar por competência constitucional própria no ordenamento jurídico são as leis delegadas e as medidas provisórias. Na linhagem das mais modernas Constituições, o constituinte brasileiro ofertou ao Executivo, para casos limitados, um frágil poder de legislar, via medidas provisórias. Estas foram criadas para socorrer o Executivo em situações em que os prazos praticados pelo Poder Legislativo

não seriam suficientemente rápidos para contornar situações urgentes e relevantes. Representariam de certo modo a antecipação da atuação do Legislativo, já que este, depois, necessariamente teria que cancelar as medidas provisórias para lhes conferir vida plena. Assim, configuram exceção, mas não exceção absoluta, já que a Constituição impôs a intervenção do titular do Poder Legislativo nessa modalidade de criação legislativa.

7. De modo algum quis o constituinte originário traçar um destino autofágico ao Poder Legislativo, uma vez que, se por um lado permitiu ao Poder Executivo a possibilidade de legislar via medidas provisórias, por outro manteve a plenitude do Legislativo ao ter dotado o CN do poder não só de conversão em lei (inclusive com alterações) como também de rejeição das medidas provisórias, e por consequência de disciplinar os efeitos por elas já produzidos. Assim, o fato de uma MP entrar em vigor na data de sua publicação não significa que esteja completo o ciclo necessário à definitividade de seus efeitos, o que só se dá com a atuação do Poder Legislativo. Deu-lhe também a Constituição competência para apurar o uso ilegítimo do poder normativo mediante a criação de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, CF), para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo (art. 49, X) e especificamente para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes” (art. 49, XI). Por tudo isso é que não nasceu forte o instituto, antes tão frágil que teria data certa para morrer, para desaparecer do mundo jurídico caso não cancelado pelo Poder Legislativo em 30 dias. Era tão condicional a espécie normativa que poderia ter sua eficácia destruída até pelo decurso de prazo (rejeição tácita). Reside ainda no Poder Legislativo a possibilidade de destituição constitucional do Poder Executivo pela via do *impeachment*. Embora isso, apequenou-se o Legislativo diante de seus misteres constitucionais ao longo dos anos estudados, transformando-se em poder apêndice do Executivo.

8. Como em muitos temas fundamentais na história político-constitucional brasileira, também no que diz respeito às medidas provisórias o Brasil tentou vestir um manequim emprestado. Ocorre que o modelo importado da Itália não deu certo, fundamentalmente por uma diferença genética: lá o instituto nasceu para funcionar em um sistema parlamentarista; aqui foi copiado quase *ipsis litteris* com a pretensão de funcionar num sistema presidencialista. Sem a expressa e natural responsabilização política de quem emite este tipo de norma no parlamentarismo, no Brasil o instituto ficou em descompasso com a realidade e acabou transformando-se num caminho aberto para uma série de arbítrios.

9. Os opositores do instituto viram-no como instrumento de concentração de poder; os que dele fizeram uso o defenderam como ferramenta necessária à governabilidade. Do modo como previstas na CF/88 as medidas provisórias seriam aplicáveis apropriadamente apenas sob a égide do sistema parlamentarista de governo, em que a colaboração e a interdependência entre os poderes são marcas fundamentais. Em relação a um sistema presidencialista padecem do vício de origem acima apontado, incluindo a marca antidemocrática de serem criadas por um Executivo monocrático. Acresça-se que do rol de países da União Européia onde efetivamente se comprovou a utilização de instituto semelhante, a esmagadora maioria adota o parlamentarismo, enquanto que a minoria apresenta formas mistas de governo (semiparlamentarismo ou semipresidencialismo), com Executivos de tipo parlamentarista. No Brasil a medida provisória sobreviveu como um corpo estranho dentro do sistema presidencialista, sendo freqüentes os abusos e distorções no seu manuseio por parte de um Poder Executivo que a cada dia mais tomava a si a tarefa de criar as leis do País. No entanto, em que pese não serem criação de um Executivo colegiado, se tivessem sido utilizadas dentro dos estritos parâmetros, limites e controles constitucionalmente fixados, as MPs seriam aceitáveis, podendo até terem redundado em ágil e útil instrumento de governo em função do interesse público.

10. Embora os decretos-leis do anterior regime constitucional e as medidas provisórias instituídas em 1988 tenham tido como mesma fonte inspiradora o art. 77 da Constituição Italiana, um quadro comparativo traçado entre os requisitos e as características gerais dos dois institutos revelou que, ressalvado o específico aspecto de o regime democrático ter substituído um regime autoritário, houve um retrocesso na substituição de uns por outras, tanto nos aspectos da técnica normativa quanto das conseqüências práticas dos seus usos. Isto deveu-se a que em relação aos decretos-leis houve algumas adaptações do instituto estrangeiro às peculiaridades do presidencialismo brasileiro, como por exemplo a taxativa imposição de um reservado campo material de incidência e a proibição dos efeitos retroativos da perda da eficácia dos decretos-leis expressamente rejeitados. Paradoxalmente, o instituto do novo regime democrático foi mais benéfico ao Poder Executivo do que o anterior, eis que lhe conferiu poderes maiores ao sujeitar a população à insegurança jurídica que resulta da retroatividade advinda da perda da eficácia. A CF/88, tendo nascido em momento histórico de abertura política, marcado pelas lutas em prol da concretização dos ideais da democracia, quis

instituir um instituto mais democrático do que o extinto decreto-lei. Revelaram-se as MPs, porém, muito mais suscetíveis a abusos que o criticado instituto de feição autoritária: de útil novidade ao substituírem o decreto-lei sem o seu perigo antidemocrático, passaram a ameaça ao Estado de Direito.

11. Por outro lado, não há que se culpar o constituinte originário pelo fato de não ter delimitado um campo material para a abrangência das medidas provisórias. Se o constituinte não desceu a minúcias foi porque se dirigia ao sistema parlamentarista de governo, onde tais limitações não precisam estar expressas na Constituição pelo simples fato de que o bom senso é utilizado na edição do instrumento, haja vista a responsabilidade política de quem o edita. Pecou no entanto o constituinte quando, na virada do texto para o presidencialismo, permitiu que restassem neste sistema alguns institutos típicos do outro, como a medida provisória.

12. Pela autorização constitucional do art. 62 da CF/88, em sua redação original, as medidas provisórias somente possuem força de lei, o que lhes confere no máximo natureza jurídica de lei material, nunca formal. Diferenciam-se elas das leis pelos aspectos da eficácia provisória, do processo de elaboração, dos pressupostos necessários à edição, da condição de precariedade a ser sanada pelo Congresso Nacional, das restrições às matérias-objeto e do caráter de excepcionalidade. Do somatório destas características resulta que não podem substituir as leis ordinárias quando a Constituição prevê a utilização destas ao invés daquelas. Devem respeitar pois os Princípios da Reserva de Lei e da Reserva do Parlamento.

13. Pela disposição da CF/88 as MPs somente poderiam ser expedidas em casos de relevância e urgência. Dado porém seu caráter excepcional, a prevalente interpretação doutrinária (brasileira e alienígena) quanto à possibilidade de expedição foi restritiva, de modo que, face à possibilidade de adoção do procedimento ordinário, este deveria prevalecer sobre o excepcional. A urgência deveria ter sido entendida como necessidade imediata, premente, que não permitisse aguardar os 100 dias previstos para a ultimação da votação de um projeto de lei com o regime de urgência no CN. O respeito ao requisito urgência impediria as reedições e os efeitos diferidos das MPs. Já a relevância teria de ser extraordinária, atrelada a necessidades sociais e públicas inelutáveis, diante das quais a não edição das MPs resultaria em grave comprometimento da ordem pública. Esses limites porém cederam lugar aos da banalização, tendo a experiência mostrado que os requisitos formais, de significado

extremamente fluido e subjetivo, não foram suficientes para impedir o uso indiscriminado das medidas provisórias, antes o incentivaram, pois pela não observância estrita dos mesmos chegou-se a inúmeras inconstitucionalidades. O constituinte poderia ter adotado o critério da excepcionalidade para os pressupostos habilitadores das MPs como uma forma de dificultar um pouco mais a sua utilização abusiva. Na prática esqueceu-se que na condição de conceitos jurídicos indeterminados, esses “princípios-válvula” não deveriam ter ficado inteiramente à avaliação discricionária dos Presidentes da República, devendo ser fiscalizados além do âmbito político também no âmbito jurisdicional. A carência ou o limitado controle recebido, tanto por parte do CN quanto do STF, propiciaram arbitrariedades por parte do Poder Executivo na utilização desses pressupostos, sem falar que nunca se exigiu a minuciosa fundamentação da existência deles nas exposições de motivos das medidas provisórias.

14. Outros problemas cruciais apontados pela doutrina foram a falta de limites expressos para seu campo normativo e a exigüidade do prazo concedido para sua apreciação pelo Congresso Nacional. A edição de MPs sobre todo e qualquer assunto, mesmo sobre aqueles reservados ao princípio da legalidade formal, assombrou renomados constitucionalistas. O exíguo prazo de 30 dias para que o CN as apreciasse, aliado ao imenso número de medidas editadas, acabou inviabilizando tanto o exame de admissibilidade dos pressupostos das medidas provisórias quanto o mérito delas no âmbito das comissões competentes. Isto contribuiu, por outro lado, para a formação do mais característico círculo vicioso: edições, perda de validade por decurso de prazo, infundáveis reedições. Dessa prática viciosa que se instalou no âmbito das relações entre os Poderes derivaram malefícios incontáveis.

15. A falta de interpretação sistemática da Constituição por parte do Poder Executivo e dos outros poderes que por ela poderiam ter coibido os abusos daquele, fez com que as MPs degenerassem em praxe das iniciativas legais do Executivo. No Brasil dos últimos anos viu-se que toda a engrenagem clássica não foi suficiente para impedir que o Executivo se agigantasse desmedidamente perante os demais poderes. Em decorrência da copiosa e abrangente emissão de MPs o exercício de um extraordinário poder discricionário do Poder Executivo intensificou a instabilidade institucional. O uso das MPs acarretou a ofensa aos princípios conformadores do Estado Constitucional e Democrático de Direito, incorrendo pois na mais grave forma de inconstitucionalidade por violar também o “espírito” da Constituição, sobretudo porque a interpretação das normas deve ser feita a partir das diretrizes assinaladas

pelos princípios, além de estes serem também os pressupostos de interpretação da atuação dos poderes. As violações aos princípios constitucionais deram-se tanto pelas matérias tratadas como pelo próprio uso indiscriminado das medidas provisórias, sendo que algumas também se deveram à própria natureza antidemocrática adquirida pelo instituto no presidencialismo.

16. As ofensas constitucionais derivadas das matérias tratadas pelas MPs feriram os Princípios da Legalidade e da Anterioridade na esfera penal e na tributária (ao terem instituído crimes e penas, criado e majorado tributos) e, por esta via, o Princípio da Segurança Jurídica. As MPs violaram ainda o Princípio da Reserva do Parlamento ao terem os Presidentes da República legislado sobre matéria processual, orçamentária, relativa à poupança popular e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (esta reservada ao CN pelo art. 48 do ADCT) que, como a matéria penal, são de competência legislativa privativa da União, por seu Poder Legislativo. Ao tratar de matéria orçamentária cometeu-se dupla violação, pois a mesma também é insuscetível de delegação. Pela via das matérias legisladas, indiretamente atingiram-se cláusulas pétreas da Constituição, como as relativas à separação dos poderes e aos direitos e garantias individuais (por MP se impediu a concessão de liminares em mandado de segurança). De resto, como os Princípios da Legalidade, da Anterioridade, da Proteção Jurídica, da Segurança Jurídica são garantias embutidas no sistema de proteção dos direitos fundamentais, também em relação a eles houve dupla violação, já que configuram cláusulas pétreas. Ademais, toda legislação sobre direitos individuais é indelegável, o que afasta a possibilidade de sobre eles se dispor via MPs. Outro princípio violado foi o da Justiça Social, mediante a desfiguração, por medida provisória, da vocação social do Estado brasileiro. Ofendeu-se o Princípio-Garantia da Proteção Jurídica pelo cerceamento de as pessoas recorrerem ao Poder Judiciário diante do descontentamento da legislação veiculada pelas MPs da crise energética e também pela MP que condicionou o ingresso dos cidadãos em juízo ao depósito de caução prévia. O Princípio da Igualdade foi atingido ao terem sido instituídas diferenças de tratamento e de *status* tanto entre pessoas físicas quanto jurídicas por MPs.

17. As limitações materiais estavam na Constituição, mas o fato de não constarem em uma única sede fez com que os poderes não quisessem ver os vários princípios cujo valor imperativo restringe o âmbito de incidência material das medidas provisórias. A ausência da limitação do campo de abrangência ditada pelas anteriores Constituições ao decreto-lei foi utilizada como argumento para tornar discricionária e ilimitada a atuação do Poder Executivo

via MPs. Estas se transformaram progressivamente num totalitarismo normativo emanado do Executivo. Foi caudalosa a produção legislativa “provisória”, vinda como avalanche que se chocava frontalmente com várias garantias fundamentais, grande parte enumerada como princípios constitucionais. Isso deixou à jurisprudência do STF a única possibilidade de construir, via interpretação sistemática, os balizamentos para a ação legiferante presidencial.

18. As ofensas a princípios constitucionais pelo uso indiscriminado (prática exacerbada) das MPs iniciaram ferindo o Princípio da Proibição do Excesso, pois o maior legislador do Estado nos últimos treze anos foi o Presidente da República. Em média as MPs representaram mais do que o dobro da produção legislativa ordinária do CN (68,83%), tornando regra a exceção. Dos quatro Presidentes da República do período, o atual foi o responsável, sozinho, por 86,72% das MPs editadas e reeditadas, resultando em mais de duas por dia, com um índice baixíssimo de conversões em leis (2,74%) e o mais alto índice de reedições (82,58%). Isso deixa patente a usurpação da função legislativa do Poder Legislativo pelo Poder Executivo, assomando o segundo princípio violado, o da Separação dos Poderes. Este princípio foi violado em vários aspectos, e da sua violação derivaram violações a outros princípios, tais como o da Independência do Juiz e o da Segurança Jurídica. Várias ingerências ilegítimas no âmbito dos outros dois poderes foram provocadas pelo Executivo com as MPs.

19. Em relação ao Legislativo, além de usurpar-lhe a típica função, anulando a regra de ser aquele a sede institucional dos debates públicos, o Executivo ainda lhe ditava a pauta, pelas tantas e diversas matérias que tratava, bem como dificultava a apreciação das MPs no prazo de 30 dias pelo seu elevado número, o que congestionou o processo legislativo ao longo dos anos. Até obstruções parlamentares o governo provocou com o fim de que a ausência da conversão permitisse a reedição do texto integral da MP. Logo, o Executivo não respeitou a rejeição tácita, válida para significar que o CN não tinha vislumbrado a ocorrência dos pressupostos nas MPs. Com isso reeditou a grande parte das MPs, sendo que muitas podem ter sobrevivido durante anos eivadas de inconstitucionalidades. Com as reedições, passados vários meses da publicação de uma MP, defrontava-se o CN com situações jurídicas já consolidadas, o que lhe impunha uma conduta meramente homologatória da ação presidencial. O Executivo também desrespeitou a soberania do Legislativo ao editar MP sobre matéria de projeto de lei em tramitação no CN. Mesmo que ao longo dos anos o Legislativo tivesse cumprido sua função de analisar todas as MPs com o fim e no prazo estabelecido pela

CF de modo a impedir a reedição, isso não teria evitado a violação do Princípio da Separação dos Poderes pois ainda assim ter-se-ia dado uma grande ingerência sobre sua função e independência, já que o elevado número de MPs determinaria a agenda do Legislativo e, caso fossem convertidas em leis, teria lhe determinado também o conteúdo da maior parte da produção legal. Os transtornos provocados pela edição de um sem-número de MPs invasivas da competência típica do Legislativo evidenciaram a subordinação do Congresso Nacional aos presidentes da República. Legislar é função essencial do Poder Legislativo, portanto não se poderia ter prodigalizado na interpretação do alcance da norma constitucional excepcionadora desta regra.

20. Por sua vez houve parcela de negligência, de passividade e de conivência do Poder Legislativo com esses abusos cometidos pelo Executivo, o que contribuiu para o fortalecimento do expediente MP como um meio habitual de legislar sobre qualquer tema. O Legislativo raramente observou os pressupostos relevância e urgência, bem como em poucas vezes refutou inconstitucionalidades que feriam outros limites constitucionais, fosse pela rejeição expressa com a indicação dos motivos, fosse pelo saneamento dessas inconstitucionalidades quando da conversão da MP em lei. A prova do quanto foi deficitário esse controle deu-se com a conversão em lei de MP que dispunha sobre matéria penal (liberdade individual). A inércia do Legislativo a partir de certo momento na apreciação das medidas provisórias fez com que falhasse não só sua função de controle mas também seu dever constitucional de disciplinar as relações jurídicas das MPs que perderam a eficácia, incorrendo em inconstitucionalidade por omissão. Ao não apreciar as MPs, deu azo às reedições. Também deixou de exercer outras obrigações constitucionais cujos mecanismos (v.g. o *impeachment*) deveriam ter sido acionados para zelar pela preservação da sua competência legislativa e pela defesa da Constituição, conforme juramento prestado neste sentido. Como a ação coordenada entre o Executivo e o Legislativo não é uma predisposição natural do Presidencialismo, o conluio do CN com o abuso dos presidentes da República no uso das medidas provisórias significou descaso e aviltamento à Separação dos Poderes

21. A principal interferência do Poder Executivo no âmbito funcional do Poder Judiciário deu-se com a violação do Princípio da Independência do Juiz, em que por MPs instituíram-se limitações de ordem processual, cerceando a livre manifestação do Poder Judiciário, bem como impuseram-se restrições aos cumprimentos de certas decisões judiciais que

prejudicariam a “governabilidade”. Indiretamente o Executivo contribui para emperrar o funcionamento do Poder Judiciário por ter dado causa a um alarmante número de demandas ajuizadas contra as MPs, que regra geral encurtavam ou extinguíam direitos.

22. Também o Poder Judiciário foi co-responsável pela deturpação ocasionada no texto constitucional com a prática do instituto. Incontáveis foram as MPs editadas em dissonância com os requisitos urgência e relevância mas o STF se negou por muito tempo a atacar o problema alegando sê-lo de cunho político, havendo reiteradas decisões que salvaguardaram o juízo discricionário do Presidente da República na avaliação desses pressupostos. Teve uma interpretação expansiva e não restritiva, permitindo até MP com paralelo projeto de lei de mesmo teor tramitando em regime de urgência. Fixou entendimento de que apreciava os requisitos só quando houvesse excesso do poder de legislar, dando caráter excepcional ao exame jurisdicional. Olvidou-se o guardião da Constituição que uma das principais características do Estado de Direito é o submetimento da atividade política, uma vez cristalizada em forma jurídica, ao Direito, daí a ingência do controle jurídico sobre a MP. Se assim não fosse, se estaria questionando a própria realidade histórica do Estado de Direito, cujo processo de desenvolvimento consistiu justamente na crescente redução das esferas imunes ao Direito, e por conseguinte ao controle jurisdicional. O STF esquivou-se de apreciar o mérito da questão constitucional nas ADIns propostas contra MPs em matéria penal e processual penal. Na esfera tributária, decidiu pela inexistência de reserva de parlamento para normas dessa matéria, admitindo a instituição de tributos por MPs. Outra tolerância do STF se deu ao admitir as reedições de todas as MPs não expressamente rejeitadas. Foi um grande equívoco que estimulou o Presidente da República a renovar a eficácia das MPs, inclusive acrescentando matéria nova em seus textos, abrindo com isso caminho incontrolável de descrédito e desprestígio prático para a Constituição. Com a reedição permitiu-se dupla violação do art. 62 da CF: a reiteração por tempo indeterminado de medida provisória que deveria ter caducado e a regulação, pela via oblíqua, isto é, pela convalidação da anterior, das relações jurídicas dela decorrentes, usurpando competência explícita do Congresso Nacional. A interpretação adotada pelo STF ao não considerar inconstitucional a reedição de MPs não apreciadas revela uma absurda inversão do Princípio da Supremacia da Constituição: ao invés de se adaptar a prática do uso das medidas provisórias ao texto constitucional adaptou-se a Constituição à prática abusiva que delas se fez, num círculo vicioso sempre crescente e cada vez mais complexo.

23. A composição política e pouco democrática do Supremo Tribunal Federal ajuda a compreender por que a respeito do tema o defensor por excelência da Supremacia da Constituição permaneceu calado, ou quando se manifestou raramente foi para declarar as inconstitucionalidades suscitadas. Enquanto guardião e supremo intérprete da Constituição, deveria ter sido a primeira voz do Poder Judiciário e do Estado a se insurgir contra as várias inconstitucionalidades cometidas no uso das medidas provisórias. Faltou coragem ao órgão de cúpula do Poder Judiciário para instalar os freios necessários à ação do Poder Executivo nos momentos em que teve oportunidade. Certas tolerâncias do STF em relação às inconstitucionalidades contribuíram sobremaneira para que as mesmas se institucionalizassem. O STF ficou entre silente e generoso. Quanto ao tema medidas provisórias a Constituição **não** é o que o STF diz que ela é, mas sim a Constituição é o que os votos vencidos do STF dizem que ela é, pois sendo as MPs exceções, a interpretação das normas a elas concernentes haveria de ser feita de maneira restritiva, sempre em benefício do Legislativo e em detrimento do Executivo. Isto leva a questionar o problema da jurisprudencialização da Constituição, pois nada nem ninguém fiscaliza ou pune o STF quando este faz uma interpretação que não é a mais adequada da Constituição. O assunto das MPs foi levado várias vezes ao Judiciário e se o STF tivesse executado sua missão com maior altivez, a exemplo da corajosa posição dos votos vencidos, poderia ter evitado o caos institucional a que se chegou, isto porque antes da reforma constitucional não havia forma mais eficiente de controle do instituto do que a decisão final do Judiciário, por seu órgão de cúpula. Por outro lado, a maior parte da doutrina brasileira foi muito avançada nesta temática.

24. A ofensa ao Princípio Democrático deu-se pela própria natureza do instituto no presidencialismo, emanada de um Executivo monocrático, singular. Além do escape do processo legislativo normal, ocorreram falhas no seu específico procedimento elaborativo, como a prática das reedições. As MPs caracterizaram-se como um típico instrumento ditatorial de legislação e de concentração de poder. Criadas pela vontade unipessoal do Presidente da República sem percorrerem o caminho comum à feitura das leis, obrigaram e alteraram relações sociais, jurídicas, econômicas e políticas num grau imediato de cogência, escapando da discussão colegiada, onde se enriqueceriam com os debates das comissões parlamentares e dos círculos técnicos e científicos; e o mais grave: fugiram da publicidade, regra maior da atividade parlamentar. Ao contrapor monólogo e obscurantismo a diálogo e

publicidade, o fortalecimento do Executivo acarretou o enfraquecimento da nação (soberania popular) sinalizando o crepúsculo da democracia representativa, com a progressiva fragilização das instituições democráticas. O uso escandalosamente abusivo que se fez das MPs transformou o País num grotesto arremedo de democracia e efetivou-se sem significativas constestações por parte dos demais poderes, dos meios de comunicação ou da sociedade em geral. O Estado Democrático de Direito consagra a participação do povo na criação da legislação principalmente por meio do Princípio Representativo, mas as medidas provisórias com seu processo legislativo autocrático foram portadoras daquela perigosa vocação autoritária dos executivos sul-americanos, que sempre encontraram justificativas para amesquinhar o Poder Legislativo, e por essa via a própria representação popular. Por outro lado verificou-se uma contradição entre neoliberalismo e democracia, já que o que se espera nos regimes democráticos é um fortalecimento da sociedade no controle do Estado, tendo ocorrido o inverso no Brasil a partir da CF/88, principalmente com as MPs, dando-se que a população ficou alijada e o Executivo se fortaleceu. A superconcentração de poder neste, via MPs, espelha uma readequação do Estado a favor das políticas neoliberais.

25. Uma das principais inconstitucionalidades foi a reedição, pela qual as medidas que eram para ser provisórias transformaram-se em permanentes, desatendendo mandamento constitucional explícito. As reedições passaram a ser implementadas a partir do argumento falacioso da morosidade do Legislativo na apreciação das MPs, sendo que elas próprias impediam o CN de rejeitá-las, haja vista que isso implicaria disciplinar seus efeitos após longos anos de vigência forçada, tendo conseqüências gravosas no campo da segurança jurídica. Com o elevado número de reedições de MPs falhou a engrenagem constitucional, de um lado pela incapacidade de o CN transformá-las em lei - ou ao rejeitá-las disciplinar os efeitos jurídicos resultantes -, e de outro pela deliberada ação do Executivo em desfrutar dessa situação. A reapresentação das MPs gerava um *continuum* de eficácia, pervertendo o ditame constitucional que fixava a vigência máxima em 30 dias e instituindo uma provisoriedade revitalizada a cada nova reedição. Sendo este prazo improrrogável, foi um grande contra-senso jurídico admitir-se a reedição de um instituto já fulminado pela caducidade, isto porque se o constituinte tivesse querido permitir a reedição da MP não teria estabelecido o prazo de sua precária eficácia, nem tampouco atribuído ao CN a disciplina das relações jurídicas decorrentes dessas MPs caducas. Com a reapresentação em moto-contínuo das MPs o Presidente da República revelou postura autista na insistência em fazer valer seus particulares

juízos de valor acerca da urgência e da relevância. A valer a Constituição, a reedição de MP expressamente rejeitada deu azo a constituir crime de responsabilidade do Presidente da República, com fulcro no art. 85, II, CF, por atentar contra o livre exercício do Poder Legislativo, bem como por quebrar o juramento previsto no art. 78 da CF, pelo descumprimento da Constituição. O preceito da separação dos poderes é o corolário da doutrina democrática, e ainda que não houvesse proibição expressa à reedição, é da essência dos regimes presidencialista e democrático a prevalência do Congresso Nacional no processo legislativo.

26. O Princípio da Segurança Jurídica, plasmado também como um direito fundamental, sobrepara a todo o ordenamento jurídico por ser sua própria razão de existência, tendo sido ofendido como corolário de todas as ofensas praticadas aos outros já referidos princípios. A certeza, a clareza e o conhecimento do direito são necessários para que o cidadão saiba as conseqüências de sua própria ação, fixadas previamente pelo ordenamento jurídico. Apesar deste postulado verificou-se alarmante quadro de insegurança jurídica ao longo dos anos, sendo que as medidas provisórias afetavam a segurança porque geralmente promoviam mudanças bruscas e de supetão no *status quo*, sem falar que se passou a viver sob o signo do efêmero. A insegurança jurídica foi gerada por MPs que continham cláusulas retroativas, além da própria ineficácia retroativa daquelas não convertidas em lei, sendo que muitos dos efeitos não poderiam mais ser desfeitos, pois foram gestados em desatendimento ao requisito da provisoriedade também do conteúdos das MPs. Tudo isso tornou instável a normatividade, agravada pelo elemento surpresa, sendo que a previsão foi inviabilizada pelas reedições de MPs que veiculavam alterações em seus textos.

27. A preservação da separação dos poderes é essencial para a continuidade da democracia, postulado que foi minado pelo uso indevido das MPs. Isto usurpou a função vital do CN, tornando-o refém das iniciativas do Executivo. Configuraram-se medidas nada provisórias, pois como criações legislativas conjunturais, acabaram tornando-se medidas permanentes, constituindo um risco à separação dos poderes e, em última instância, uma desvalorização do próprio Estado Democrático. Os problemas enfrentados com as medidas provisórias dizem respeito mais às desvirtuadas condutas dos poderes do que a falhas do texto constitucional, eis que este oferecia desde o início os delineamentos e instrumentos para a correta utilização do instituto. A crise institucional e constitucional pela qual se atravessou foi resultado do concurso de vontade dos poderes do Estado, onde dois destes (o Legislativo e o Judiciário,

pelo STF) renunciaram ao exercício de algumas vitais competências, e o outro hipertrofiou-se ao ponto de verificar-se o arbítrio. O Legislativo e o Judiciário não só não quiseram vencer os vários óbices que atuavam contra a democracia como ainda os incrementaram ao permitirem o exercício do despotismo presidencial. A desmedida e persistente deformação do Estado de Direito, operada pela investida contra seus pilares fundamentais - os princípios constitucionais - por conta de um Poder que preferiu utilizar o atalho constitucional ao invés de honrar o texto que jurou defender, colocou a questão de que cabe a todos obedecer e preservar a Constituição, impedindo o seu desvirtuamento e o seu desmantelamento, porém com maior razão àqueles que oficialmente juram defendê-la enquanto poderes constituídos.

28. Os presidentes da República agrediram frontalmente a Constituição, ferindo vários princípios que expressam o Estado Democrático de Direito. A extrapolação da competência legislativa do Poder Executivo apresentou como contraface a diminuição da capacidade de controle e de supervisão do Poder Legislativo, instituindo um círculo vicioso aparentemente inescapável. Pródigos nas edições e perdulários nas reedições, os Presidentes sacrificaram princípios sem pudor, pondo em cheque até a legitimidade das políticas públicas assim implementadas, na medida em que ampliaram sobremaneira a esfera de atuação unilateral do Executivo, subordinando o Congresso. A fúria criativa de medidas provisórias desfigurou conceitos e princípios que o Direito Constitucional levou séculos para construir, tais como nação, separação dos poderes e Estado Democrático de Direito.

29. Diante da imperiosa necessidade de limitação do uso das medidas provisórias a partir dos abusos de poder e outros graves desvirtuamentos constitucionais encetados em sua prática, adveio a Emenda Constitucional Nº 32/2001. A PEC que a originou levou mais anos tramitando do que qualquer outra na história recente do Congresso Nacional, o que por si só evidenciou a falta de vontade política do Poder Legislativo em frear a desmesurada atuação legislativa do Poder Executivo. A ausência dessa restrição no texto constitucional foi utilizada como argumento para tornar discricionária e ilimitada a atuação do Executivo. Diante das inúmeras conseqüências desastrosas que essa omissão legislativa ocasionou é de se lamentar que a mesma só tenha sido suprida no 13º ano de uso do instituto.

30. As restrições às edições de MPs referem-se a aspectos que deverão ser observados tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Legislativo. O Presidente da República não mais poderá

legislar como bem entende e sobre o que bem entende. O Congresso Nacional por sua vez não mais poderá ser displicente quanto ao cumprimento de sua parte no procedimento de elaboração e aperfeiçoamento das MPs. De modo geral a EC delimitou, pela técnica da proibição, as matérias suscetíveis de tratamento por medida provisória. Enfrentou ainda os temas relativos à redação e ao processamento das MPs, com destaque para alterações no prazo de vigência, nos efeitos da perda da eficácia e no disciplinamento das relações jurídicas das medidas não convertidas em lei. A EC não exigiu a motivação dos pressupostos e tornou mais difícil limitar uma MP pela verificação da urgência pois, pela ampliação do prazo de vigência das MPs, abriu-se a possibilidade de esta se dar em maior número de circunstâncias do que quando da redação original dos arts. 62 e 64 da CF/88.

31. Constitui um mérito a instituição de limitações materiais ao uso das MPs. No entanto, nestes aspectos do conteúdo faltou maior rigor na EC 32, tendo alguns deméritos. Para fazer respeitar os Princípios da Anterioridade e da Legalidade em matéria tributária inseriu o efeito diferido nas MPs, afetando o pressuposto urgência e desnaturando o instituto em sua própria essência ao lhe impedir a produção de efeitos de lei desde a sua edição. O mais sensato teria sido não permitir a instituição ou majoração de impostos por medida provisória. Por outro lado, ao invés de proteger todos os ramos processuais do Direito pela inclusão da cláusula genérica “direito processual”, como já o fazia a CF/88 ao tornar indelegável tal feixe de matéria, restringiu-se apenas às esferas processual penal e civil, deixando ao desabrigo o processo trabalhista, o constitucional e outros. Também deixou de nomear os direitos individuais no rol das matérias proibidas às MPs, os quais são insuscetíveis de delegação e ainda desfrutam da proteção como cláusula pétrea da CF/88. A EC foi ao encontro dos interesses do Executivo ao lhe ampliar o campo de alcance material das MPs permitindo doravante por elas regulamentar assuntos que forem alterados na Constituição por reforma.

32. O prazo de vigência das MPs passou de 30 para 60 dias, igualizando-se ao regime italiano e ao do decreto-lei da anterior Constituição brasileira. Este prazo pode ser prorrogado uma única vez por igual período, sendo proibida a reedição e não podendo a MP prorrogada veicular matéria nova. Se no prazo máximo de vigência de uma MP (120 dias) não tiver ela sido convertida em lei, perderá eficácia desde a edição, devendo advir decreto legislativo que discipline as relações jurídicas dela originadas. Caso não sobrevenha esse decreto em até 60 dias após a perda da eficácia, os atos praticados na vigência daquela MP terão validade plena,

cessando os seus efeitos apenas para o futuro. Reinsereu-se assim a figura do decurso de prazo, favorecendo o Poder Executivo caso haja inércia do Legislativo, mas esta inovação veio para proteger a segurança jurídica dos destinatários da espécie normativa que compuseram relações jurídicas sob a sua orientação. A vedação da reedição deu-se apenas para a mesma sessão legislativa, pecando pois a EC ao permiti-la nas sessões legislativas seguintes, ainda que com isso se comprometeria a urgência. A solução adotada para a disciplina das MPs em vigor na data de aprovação da EC 32 foi claramente benéfica ao poder normativo exercido pelos Presidentes da República, eis que aquelas passaram a poder virtualmente vigir para sempre.

33. Da análise dos vários projetos legislativos que tramitaram no Congresso Nacional visando disciplinar e minimizar os efeitos maléficos das MPs vê-se que se todos os avanços por eles oferecidos tivessem sido acatados pela EC 32 ter-se-ia agora uma bem mais completa regulamentação do uso daquelas. Quanto à vedação das matérias que não poderiam ser objeto de MPs foram rejeitadas as seguintes contribuições: matérias vedadas à delegação legislativa, aí incluídos os direitos individuais; matérias de competência exclusiva do CN ou privativa da Câmara ou do Senado; matérias que visassem alterar dispositivos da CLT; matéria previdenciária; direitos civil, comercial, penitenciário, tributário, do trabalho e processual trabalhista; matéria que tenha sido objeto de veto presidencial pendente de apreciação pelo CN; dispositivos estranhos à matéria-objeto de cada MP. Quanto aos pressupostos, havia critérios para a sua definição, como os que consideravam casos urgentes e relevantes os que poderiam causar danos irreparáveis à economia nacional, ameaçar a existência da União e da Federação; outros consideravam urgente toda a matéria que não poderia esperar, para a sua apreciação, o mínimo de 100 dias de tramitação no CN, assim como relevante seria a matéria que tivesse por objeto o atendimento de necessidades básicas da sociedade, na persecução do interesse público primário. Ainda quanto aos pressupostos exigia-se a sua motivação e vedavam-se os efeitos diferidos das MPs. Por fim, havia propostas que incluíam expressamente entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República a inobservância do art. 62 da CF.

34. Avaliando-se a regulamentação das MPs pela EC 32 em relação às experiências dos modelos italiano e espanhol evidencia-se a melhor adequação dos seus decretos-leis aos respectivos regimes parlamentaristas de governo, onde a responsabilidade política destes perante seus atos funciona como um freio natural ao abuso na utilização da espécie normativa.

Para além disso, a exigência da extraordinariedade na configuração dos pressupostos ajudou a reprimir os abusos, embora estes tenham se verificado. De início na Itália admitiam-se efeitos diferidos dos decretos-leis, tendo sido coibidos por lei em 1988, sendo que na Espanha esta proibição deu-se em 1982, pelo Tribunal Constitucional. Na Itália a Corte também demorou bastante para admitir a aferição jurisdicional dos pressupostos. Em compensação, desde 1988 exigia a justificação dos pressupostos no preâmbulo de cada decreto-lei, exigência não existente na Espanha, nem no Brasil. A Constituição Espanhola sempre vedou que determinadas matérias fossem objeto de decreto-lei; na Itália esta delimitação ocorreu em 1988, por lei; no Brasil isto só se deu no 13º ano da Constituição, por reforma desta. Na Espanha os efeitos da derrogação de um decreto-lei são *ex nunc*, ao passo que no Brasil e na Itália em princípio são *ex tunc*. Na Itália as reedições foram impedidas em 1996 pela Corte Constitucional, sendo que no Brasil o foram em 2001, pelo Poder de Reforma, evidenciando que lá a Corte foi bem mais corajosa do que o STF aqui. Não obstante os problemas apontados pelas doutrinas nos ordenamentos analisados, num e noutro o número de edições de decretos-leis foi infinitamente menor do que o verificado no Brasil. As reedições não se verificaram na Espanha, sendo que na Itália o maior número delas girou em torno de 20.

35. A Constituição desde o seu início previa de forma sistemática o modo correto para a utilização das MPs. A vedação da reedição pela EC 32, bem como a delimitação das matérias suscetíveis de tratamento por medida provisória, a constitucionalização do dever de exame por parte do Poder Legislativo da ocorrência dos pressupostos antes da deliberação a respeito do mérito das MPs, a instituição de regras mais rígidas à redação e ao processamento das MPs nada mais fez do que dar razão à tese das pretéritas e consumadas inconstitucionalidades.

36. Foi no entanto muito tímida a regulamentação operada pela EC 32, contendo ainda concessões exageradas à prerrogativa de edição de MPs. Revela-se pois insatisfatória para um eficaz controle da emissão de medidas provisórias ao não cercar todas as possibilidades de abusos que potencialmente podem seguir ocorrendo. Caso as novas diretrizes constitucionais não surtam efeito, algumas providências poderão ser tomadas, entre as quais: a delimitação dos pressupostos, o efetivo exercício das funções de controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, a instituição da impugnação direta das inconstitucionalidades das MPs, a criação de um específico Tribunal Constitucional, a revogação do próprio instituto, o *impeachment* do

Presidente da República, a instituição do direito de resistência ou o Parlamentarismo e o controle popular da atuação normativa do Poder Executivo.

Deste somatório de **considerações parciais**, deflui a **conclusão final desta tese**:

37. Os governos que se tornam fortes pelo traço antidemocrático de suas ações são na verdade governos de fracos. Os treze primeiros anos de utilização das medidas provisórias no Brasil revelaram um benefício desproporcional à ação legislativa dos presidentes da República, resultado não só da sua tendência centralizadora e autoritária mas também da lassidão dos outros dois poderes em relação aos controles político e constitucional. As excessivas edições e reedições das medidas provisórias em circunstâncias e em matérias que em muito desbordaram da original outorga constitucional, configuraram ações à revelia de vários princípios constitucionais, gerando inconstitucionalidades que se cristalizaram. **De 1988 a 2001 verificou-se o desrespeito sistemático à Constituição pelo uso abusivo das medidas provisórias, o que contrariou frontalmente todos os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro, razão pela qual a prática que em tal período se fez do instituto foi inadequada e não se coadunou com o Estado de Direito vigente no Brasil.** O instrumento foi indiscriminadamente utilizado contra o próprio Estado de Direito que o abrigou. A regulamentação que se fez é ainda bastante permissiva ao Executivo, requerendo a conjugação de sérios esforços de controle (dos poderes instituídos e da sociedade) para garantir a consagração do Poder Legislativo como a autêntica expressão da vontade popular, uma vez que o alargamento autoritário das funções legislativas do Poder Executivo configura um atentado à instituição parlamentar e, em maior monta, ao regime democrático amplamente considerado. Assim, espera-se que essa regulamentação possa garantir a permanência do Estado Democrático de Direito reinaugurado formalmente no Brasil em 1988, a fim de que esta experiência de pouco mais de uma década de propalada democracia não se configure apenas como uma entressafra democrática entre as experiências autoritárias que de tempos em tempos se sucedem na história do país. É preciso fazer valer a regra geral da aplicação do Princípio Democrático: a vontade popular prevalece sobre a parlamentar e esta sobre a governamental. Quer-se desfrutar e não padecer uma democracia. Quer-se uma autêntica democracia, não um Estado de Direito apenas recoberto por um verniz democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABAD YUPANQUI, Samuel B. (Coord.). *Formas de Gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima/Perú: Comisión Andina de Juristas, 1993. 232 p.
- AÇÃO PROVOCA 'SAIA JUSTA' ENTRE AMIGOS. *Folha de São Paulo*, 6 maio 1997. C. 1, p. 5.
- A CONSTITUIÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS - Interpretação e julgados artigo por artigo. 3 v. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região; Gabinete da Revista; São Paulo: Saraiva, 1997. 1.650 p.
- ACORDO GARANTE LIMITE PARA A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17 abr. 1997. P. 5.
- ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. Recife: mimeo, 1998. 18 p.
- AGUIRRE RAMIREZ, Gonzalo. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoría General de la Ley*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. 227 p.
- ALTHUSSER, Louis. El mito de la separación de poderes. In: SUBIRATS, Joan; VILANOVA, Pere. *La evolución del Estado en el pensamiento político*. P. 102-107.
- ALVES, Anna Emília Cordelli. Constituição: segurança jurídica e medidas provisórias. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 67, p. 346-351, 1996.
- AMARAL. Antonio Carlos Cintra do. Medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, v. 22, n. 91, p. 116, jul./set. 1989.
- AMORIM, Liomar Barros. Medidas Provisórias: a experiência brasileira. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 65-94, jan./mar. 1997.
- ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO – EDICIÓN 1999. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. 611 p.
- ARAÚJO, Adriana Reis. Medidas Provisórias: limitações. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 35-41, jul./dez. 1990.
- ARAÚJO, Olga Cavalheiro. Medidas Provisórias: competência do Poder Executivo nos termos da Constituição Federal. *Revista Jurídica [da Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 39, n. 166, p. 34-41, ago. 1991.
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução por Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 1988. 317 p.
- _____. *Constitución de los atenienses*. Madrid: Planeta-DeAgostini, 1998. 227 p.

ARNAU, H.; BRIA, L.; SANJUAN, A. et al. *Temas y Textos de Filosofía*. Madrid: Alhambra, 1987. 396 p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Informação e Documentação - Referências - Elaboração. *NBR 6023*. Rio de Janeiro: agosto 2000. 22 p.

_____. Apresentação de Citações em documentos. *NBR 10520*. Rio de Janeiro: abr. 1992. 2p.

_____. Sumário. *NBR 6027*. Rio de Janeiro: agosto 1989. 2 p.

_____. Resumos. *NBR 6028*. Rio de Janeiro: maio 1990. 3 p.

ATALIBA, Geraldo. *O decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. 90 p.

_____. *República e Constituição*. 2. ed., 2. tir., atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001. 191 p.

_____. Decreto-lei em matéria tributária: não pode criar nem aumentar tributo. In: *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*. V. 3. São Paulo: RT, 1980. P. 42-49.

ATHENIENSE, Aristóteles. Muitas leis e pouco direito. *Revista dos Tribunais (São Paulo)*, São Paulo, v. 80, n. 668, p. 236-239, jun. 1991.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: S. Fabris, 1997. 141 p.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988. 397 p.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. 92 p. Tradução de: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el profesor Peter Häberle. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, España, n. 9, p. 9-49, año 1999.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed., atualizada por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Poder Executivo e poder de tributar. In: BORGES FILHO, Nilson (Org.). *Direito, Estado, Política e Sociedade em transformação*. Porto Alegre: S. Fabris/CPGD-UFSC, 1995. P. 177-185.

_____. O decreto-lei como fonte de Direito Tributário. *RT*, São Paulo, v. 559, p. 19-32, maio 1982.

_____. Lacunas e antinomias no Direito Tributário. *Álter Ágora*, Florianópolis/SC, n. 4, p. 58-67, jun. 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 85, p. 7-69, jul. 1997.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos por Homero Pires. V. I e II. São Paulo: Saraiva, 1932 e 1933.

BARROS, José Fernando Cedeno de. Disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 115, p. 203-208, jul./set. 1992.

BARROS, Sérgio Resende de. *Medidas Provisórias*. Aula ministrada no dia 23 de novembro de 1999, no "Curso sobre Direito Constitucional", promovido pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, e realizado na sede da Escola. São Paulo: mimeo, 14 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. 499 p.

_____. Executivo versus Judiciário. *Correio Braziliense*, Brasília, 06 abr. 1997. P. 28.

BASTOS, Celso Ribeiro. Medida provisória no campo penal. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 507-516.

BASTOS, Paulo César Lima. Breve reflexão sobre a constitucionalidade das Medidas Provisórias n. 153 e 156. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 30-29, jan. 1991 [Paginação decrescente].

BASTOS, Vânia Maria. Reedições de medidas provisórias. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí/SC, ano IV, n. 6, p. 93-98, mar. 1998.

BATOCHIO, José Roberto. *Estado e Cidadania*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1995.

BAUDREZ, Maryse. Decreti-legge non convertiti e ordinanze della Quinta Repubblica non ratificate. In: _____ et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 167-170.

_____. Décrets-lois réitérés en Italie: l'exaspération mesurée de la Cour Constitutionnelle en 1996. *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 32, p. 745-762, 1997.

_____. *Les actes législatifs du Gouvernement en Italie: contribution à l'étude de la loi en Droit Constitutionnel Italien*. Paris: Economica, 1994. 374 p.

BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez; VALLE, R. Hernandez (Coord.). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid: Dykinson, 1992. 908 p.

BENEVIDES, Maria Victoria. Podres poderes. *Folha de São Paulo*, 15 fev. 1998. C. 1, p. 3.

BENITEZ, Gisela Maria Bester. O Executivo legislador nas Constituições dos países do MERCOSUL: análise das medidas provisórias no Brasil. In: NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz/Bolivia: Universidad Católica Boliviana. 2000. P. 163-170.

BESTER, Gisela Maria. Estado-Nação, soberania popular e poder constituinte originário frente ao processo globalizador. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*, Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP, n. 26, p. 53-70, ago./nov. 1999.

_____. *Direitos políticos das mulheres brasileiras – aspectos históricos da luta sufrágica e algumas conquistas políticas posteriores*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1996. 182 p.

BESSON, Waldemar; JASPER, Gotthard. Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y democracia. Una compilación*. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 121-129.

BETING, Joelmir. Apagão jurídico. *A Gazeta*, Vitória/ES, 25 maio 2001. P. 8.

BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1967.

_____. *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969. 319 p.

BIERKENMAIER, Werner. El Estado de Derecho de la República Federal de Alemania. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y democracia. Una compilación*. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 83-99.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: C.E.C., 1991. 172 p.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las "Formas de Estado" y las "Formas de Gobierno". Las Constituciones Modernas*. Traducción por Héctor Fix Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1979. 373 p. Traducción de: *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme de Stato" e le "forme di governo". Le costituzioni moderne*.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 164 p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: UnB/Polis, 1991.

_____. *A era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 7. reimpr. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de: *L'età dei Diritti*.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988. 97 p.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992. [Obra em 2 v.]

BOCCACCINI, Giampaolo. *Decreto-legge e indirizzo politico*. Vol. I. Firenze: Toscana Nuova, 1985, 106 p.

BODINO, Juan. Los seis libros de la República. In: BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (Ed.). *El pensamiento político en sus textos – De Platón a Marx*. P. 134-141.

BOGNETTI, Giovanni. *La divisione dei poteri: saggio di Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 1994. 148 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 680 p.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1995. 379 p.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 239 p.

_____. Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. *Revista do SAJU*, UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 11-26, dez. 1999.

BORGES, José Souto Maior. Limitações temporais da medida provisória: a anterioridade tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64, p. 192-200, [1995?]. Trabalho apresentado no IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário.

_____. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (Ed.). *El pensamiento político en sus textos – De Platón a Marx*. Madrid: Tecnos, 1994. 454 p.

BOYER-MÉRENTIER, Catherine. *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Economica, 1996. 416 p.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *O Poder Legislativo no Brasil, 1823 – 1973*. Brasília: Congresso Nacional, 1975. 144 p.

BRITO, Vicente Vanderlei N. de. Medidas Provisórias. *Trabalho em Revista*, Curitiba, n. 179, p. 78-81, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação de poderes II. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 68, p. 201-214.

BROCHINI, José Carlos. Medidas provisórias. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, p. 229-231, 1996.

BROSSARD, Paulo. Voto – Min. Paulo Brossard – ADInconst. 293-7/600, rel. Celso de Mello. *RT*, São Paulo, n. 700, p. 221-244, fev. 1994.

BULOS, Uadi Lammego. Medidas provisórias: admissibilidade e outros aspectos. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 26, abr./maio 1997.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução por Cascais Franco. Póvoa de Varzim/Portugal:Europa-América, 197?. 202 p.

BURDEAU, Georges, HAMON, F., TROPER, M. *Droit Constitutionnel (Manuel)*. 24 ed. Paris: L.G.D.J. ?. 730 p.

_____. *O Poder Executivo na França*. Tradução por João Cláudio Dantas Campos. Belo Horizonte: Faculdade de Direito de Minas Gerais, 1961. 117 p.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. V. II - Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 647 p.

_____. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996. 405 p.

CAFETEIRA, Eptácio. *Reedição de medida provisória é inconstitucional*. Brasília: Senado Federal, 1991. 20 p.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Emendas em medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 142-145, jan./mar. 1990.

CÂMARA, Édson de Arruda. Efeitos das medidas provisórias inconvertidas em lei. *Jornal Trabalhista*, Brasília, v. 8, n. 367, p. 1065-1064, set. 1991. [Paginação decrescente]

CÂMARA E SENADO FARÃO PROJETO ÚNICO PARA REGULAMENTAR USO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. *O Globo*, Rio de Janeiro, 7 mar. 1997. P. 4.

CÂMARA E SENADO NEGOCIAM TEXTO CONJUNTO PARA LIMITAÇÃO DAS MPs. *Tribuna da Imprensa*, Rio de Janeiro, 7 mar. 1997. P. 2.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 443 p.

CAMDESSUS, Michel. *La cooperación internacional para lograr un crecimiento de alta calidad. El papel del FMI a los 50 años de su creación*. Madrid: Complutense, 1995. 34 p.

CAMILLO, Aroldo Joaquim. *As medidas provisórias no processo legislativo*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1994. 539 p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1.414 p.

_____. *O Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. 81 p.

_____. Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, año 3, n. 6, p. 35-49, febrero 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. 310 p.

_____. (Orgs.). *Constituição da República Portuguesa (alterada pelas leis constitucionais n. 1/82, 1/89 e 1/92) e Lei do Tribunal Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. 209 p.

CANTIZANO, Dagoberto Liberato. *O processo legislativo nas Constituições brasileiras e no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 290 p.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. Fabris, 1984. 142 p. Tradução de: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.

CAPPONI, Bruno. L’avvio del giudice único tra decreti legislativi e decreti-legge. *Il Corriere Giuridico*, Milano, IPSOA, n. 8, Anno XVI, p. 1.042-1.051, agosto 1999.

- CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998. 190 p.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Constituição ou prepotência? *Folha de São Paulo*, 14 mar. 1998. C. 1, p. 4.
- _____. Notas sobre a reforma do Estado. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, p. 5-12, mar. 1998.
- CARPIZO, Jorge. Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina. *Día a día – Cursos de Verano de la Universidad Complutense*, Madrid, año IV, n. 23, p. 6, 4 ago. 1999.
- CARRAZA, Roque Antonio. Princípio da estrita legalidade em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 56, p. 146-147, abr./jun. 1991.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. Traducción de José Lión Depetre. México: UNAM/Fondo de Cultura Económica, 1998. 1327 p. Título original: *Contribution à la Théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français* [1922].
- CARVALHO, Nanci Valadares de (Org.). *Revolução, Constituição e Ditadura. Textos de: A. L. Morton, Carlyle, Carl Schmitt, Kautsky e Tocqueville*. São Paulo: Vértice, 1986. 199 p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 143-147, out./dez. 1990.
- _____. _____. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 97, p. 37-42.
- _____. Lançamento por homologação – Decadência e pedido de restituição. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 3, p. 77-70, fev. 1997.
- _____. *Curso de lógica jurídica*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1993.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CASTANHO, César Arruda. *Dicionário universal das idéias*. São Paulo: Meca, s.d. 530 p.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. Das inconstitucionalidades da Medida Provisória n. 50: regulamentadora do direito de greve. *Revista LTR Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 53, n. 5, p. 558-561, maio 1989.
- CASTELLO, José Carlos Bruzzi. Incompatibilidade da medida provisória com as leis orçamentárias. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, p. 83-82, mar. 1990. [Paginação decrescente]

CASTRO, Róbison Gonçalves de. Considerações acerca da constitucionalidade na expedição de medidas provisórias versando matéria orçamentária pública (nota técnica n. 1/95). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 126, p. 103-111, abr./jun. 1995.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Introdução à Ciência Política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978. 220 p.

CD-ROM "CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA". Santafé de Bogotá/Colômbia: Kimera, 1997.

CELOTTO, Alfonso. *L'abuso' del decreto-legge. Vol. I. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*. Milano: CEDAM, 1997. 602 p.

CELOTTO, Alfonso; MENCARELLI, Alberto. Prime considerazioni sul nuovo art. 96-BIS del Regolamento della Camera. *Rassegna Parlamentare*, Milano, Giuffrè, fasc. 3, p. 651-680, setembro 1998.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. 364 p.

_____. Tipos de presidencialismo. *Folha de São Paulo*, 20 abr. 1996. C. 3, p. 2.

_____. Produção do mau direito. *Folha de São Paulo*, 14 set. 1996. C. 3, p. 2.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Medida provisória. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São Paulo: RT, 1999. P. 264-267.

CERQUEIRA, Marcelo. Medida provisória: a miséria da lei. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 162-169, 1995.

CHACON, Vamireh. *Vida e morte das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 212 p.

CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. 399 p. Tradução de: *Histoire des idées politiques*.

CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER, E. *Dicionário de Obras Políticas*. Tradução de Glória de C. Lins e Manoel F. Paulino. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. 1300 p.

CHAUÍ, Marilena. O moderno como ideologia. *Folha de São Paulo*, 21 out. 1985. P. 2.

_____. Democratização não pode se confundir com massificação [Entrevista]. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2001. C. Idéias, p. 3.

_____. *Escritos sobre a universidade*. São Paulo: Unesp, 2001. 208 p.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État*. Paris: Dalloz, 1999. 122 p.

_____. Estado de Direito. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 318-319.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução por Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1992. 440 p.

CHIESA, Clélio. *O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias*. Curitiba: Juruá, 1996. 128 p.

CICCONETTI, Stefano Maria. La reiterazione dei decreti-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. [215 p.] P. 61-72.

CINTRA, Antonio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CLARK, Giovani. Medidas Provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 113, p. 153-170, jan./mar. 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 248 p.

_____. A lei no Estado contemporâneo. *Gênesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 3, n. 9, p. 346-360, abr./jun 1996.

_____. Medida provisória: liminar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 129-137, out./dez. 1990.

_____. Medida provisória, direitos individuais, violação, inconstitucionalidade, parecer em mandado de segurança. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 81-90, fev. 1991.

_____. Medidas provisórias: limitações em face do texto constitucional e da hierarquia das leis: separação dos poderes : violação de princípios constitucionais básicos pela MP 168/90: CF/88, art. 5º, caput, XXII, LIV e XXXVI; art. 170, II : parecer. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba, v. 159, p. 17-27, 1990.

_____. *As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988*. Curitiba: Juruá, 1991. 110 p.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. 270 p.

_____. *Medidas provisórias*. 2. ed., rev. e ampliada. São Paulo: Max Limonad, 1999. 281 p.

_____. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed., rev., atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2000. 325 p.

CODATO, Adriano Nervo. *O Brasil em perspectiva: a questão democrática no governo FHC*. Curitiba: mimeo, 2001. 6 p. [Conferência apresentada no evento "Conjuntura política e perspectivas para as eleições de 2002", Faculdade Internacional de Curitiba/FACITER, 23 e 25 de outubro de 2001]

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. 164 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: S. Fabris, 1997. 107 p.

COELHO, Rogério Viola. Medidas provisórias: onde está o guardião da Constituição? *BONIJURIS*, n. 301, a. IX, fascículo 13, p. 3.588-3.584, 10 de maio de 1997 [paginação decrescente].

COELHO, Sacha Calmon Navarro. As medidas provisórias em matéria fiscal. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 24, abr./maio 1997.

_____. Princípios constitucionais tributários. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 48, p. 65-76, abr./jun. 1989.

COLETÂNEA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ANOTADAS - Nº 1 a 73. São Paulo: IOB, 1989. 323 p.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. 576 p.

COMPARATO, Fábio Konder. A balança viciada. *Folha de São Paulo*, 15 dez. 1994.C.1,p.3.

_____. Uma morte espiritual. *Folha de São Paulo*, 14 maio 1998. C. 1, p. 3.

CONGRESSO VIRA APÊNDICE DO EXECUTIVO. *Folha de São Paulo*, 14 abr. 1996. C. 1, p. 10.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos Políticos*. Traducción por M. L. Sánchez Mejía. Madrid: C.E.C., 1989. 289 p.

_____. Princípios de política (fragmentos). In: SUBIRATS, Joan; VILANOVA, Pere. *La evolución del Estado en el pensamiento político*. P. 133-139.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (Império e República). São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

CONTRERAS, Ana M. Carmona. *La configuración constitucional del Decreto-Ley*. Madrid: C.E.C, 380 p.

CORRÊA, Antônio Celso Di Munno. Medidas Provisórias: natureza: prorrogação: ato jurídico perfeito. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 295-307, abr./jun. 1995.

CORRÊA, Hamilton Mussi. A medida provisória e o ato jurídico perfeito. *Paraná Judiciário*, Curitiba, 3. série, v. 35, p. 13-14, set./dez. 1990.

CORRÊA, Oscar Dias. *A constituição de 1988: contribuição crítica*. São Paulo: Forense, 1991. 255 p.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou Neoliberalismo: o que interessa e a quem? O enfraquecimento do Poder Judiciário, o Estado Democrático de Direito e as Políticas Neoliberais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 192 p.

COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

COVAS, Mário. *Medidas provisórias: uso e abuso*. Brasília: Senado Federal, 1991. 21 p.

CRETELA JR., José. O decreto-lei no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 285, p. 15-22, jan./mar. 1982.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale. V. 2, T. 1 - Le Fonti/T. 2 - La Corte*. Padova: CEDAM, ? . 480 p.

CRIVELLI, Ericson. Medidas provisórias, decretos e regulamentos no mais recente “pacote” do governo Cardoso: uma visão panorâmica. *Jornal Trabalhista*, Brasília, v. 13, n. 638, p. 1395-1392, dez. 1996.

CRUVINEL, Tereza. Acordo sobre as medidas provisórias. *O Globo*, Rio de Janeiro, 16 abr. 1997. P. 2.

CRUZ, Sidney Souza. Matéria tributária e medida provisória. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 23-24, out./dez. 1990.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. 384 p.

CUOCOLO, Fausto. All'origine della patologia del decreto-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. [215 p.] P. 139-141.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995. 260 p.

_____. Caricatura jurídica. *Folha de São Paulo*, 25 abr. 1997. C. 1, p. 3.

_____. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

_____. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980. 184 p.

D'ANDREA, Antonio. Le nuove procedure regolamentari per l'esame dei Decreti Legge in Parlamento: un primo bilancio. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano, Giuffrè, n. 1, p. 78-112, 1983.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de Direito e as medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 654, p. 238-244, 1990.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias - um estudo comparado dos direitos nacional e estrangeiro*. 2. ed. Brasília: Consulex, 1991. 164 p.

_____. *Direito Constitucional e instituições políticas*. Bauru: Jalovi, 1986. 219 p.

_____. Constitucionalidade da reedição de medidas provisórias. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 5-7, mar. 1997.

DANTAS, Josemar. Ações contra União páram a Justiça. *Jornal do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar*, Brasília, n. 126, p. 4, maio 1997.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: S. Fabris, 2000. 543 p.

DEBBASCH, Charles. *La Constitution de la V République. Pratique et jurisprudence*. Paris: Dalloz, 1999. 299 p.

DECISÕES CONSTITUCIONAIS DE MARSHALL, traduzidas por Américo Lobo. Apresentação de Nelson Jobim; Introdução de Josaphat Marinho. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 432 p.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado A A medida provisória n. 1.571/97 como causa de extinção da punibilidade dos crimes fiscais. *Boletim do IBDCrim*, n. 62, p. 2, jan. 1998.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional - Sistema de fuentes*. 5. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1997. 315 p.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 130-142, jul./set. 1998.

DESLANDES, Rosenice; CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos x medidas provisórias no direito brasileiro*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992. 215 p.

DEVE-SE LIMITAR DRASTICAMENTE O PODER DE EDITAR MEDIDAS PROVISÓRIAS? *Folha de São Paulo*, 29 mar. 1997. C. 1, p. 3.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. Quinta Edizione. Padova: CEDAM, 1999. 1.091 p.

_____. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1997.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. Medidas provisórias – inconstitucionalidade institucionalizada. *RT/Fasc. Civ.*, ano 89, v. 771, p. 121-132, jan. 2000.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 9. ed. Madrid: Taurus, 1998. 203 p.

DI CIOLO, Vittorio. Riflessioni in tema di decreti-legge non convertiti. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. [215 p.] P. 113-138.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA INTERNACIONAL. Lisboa: Avante, 1988. 390 p.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. 2. ed. Trad. sob a supervisão de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 954 p.

DICKMANN, Renzo. *Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti*. Milano: CEDAM, 1997. 473 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience espagnole. *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 32, p. 727-744, 1997.

_____. Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola. *Quaderni Costituzionali*, Padova, Il Mulino, anno XVI, n. 1, p. 47-67, aprile 1996.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do Estado e Governabilidade: Brasil, 1985-95*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. 228 p.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. 153 p.

DI SUNI, Elisabetta Palici. Profili di incostituzionalità della reiterazione dei decreti-legge. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 191-198.

DJORDJEVIC, J.; GROVE, J. W.; HODGETTS, J. E. et al. *O papel do Executivo no Estado Moderno*. Tradução por Maria José de Queiroz. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1959. 185 p.

DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, a. 19, n. 35, p. 31-41, dez. 1997.

_____. O controle deve ser social. *Jornal da AJURIS*, Porto Alegre, n. 47, p. 7, jan. 1996.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Direito Constitucional simplificado*. São Paulo: Nelpa, [s.d.]. P. 61 e 62 [108 p.].

DUGUIT, León. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Traducción por Pablo Pérez Tremps. Madrid: C.E.C., 1996. 134 p.

_____. *Fundamentos do Direito*. Tradução por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. 80 p.

DUHAMEL, Olivier. *Histoire constitutionnelle de la France*. Paris: Éditions du Seuil, 1995. 128 p.

DUTRA, José Eduardo. As MPs e a concentração de poder. *O Globo*, Rio de Janeiro, 07 jun. 1997. P. 7.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1977. 170 p.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. Las relaciones entre gobierno y parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú. In: _____ (Dir.). *Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima/Peru: Comisión Andina de Juristas, 1993. P. 158-190.

ELIA, Leopoldo. Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P.187-190.

EMERI, Claude. L'Etat de droit dans les systèmes poliarchiques européens. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 9, p. 27-41, 1992..

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 11.ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. 215 p.

ENTIDADES REJEITAM MP QUE MODIFICA PLANOS DE SAÚDE. *Folha de São Paulo*, 14 ago. 2001. Cad. B, p. 6.

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994. 157 p.

_____. *La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989. 279 p.

_____. El problema de la Unión Europea y de los Estados Nacionales. *Mientras Tanto*, Barcelona/Espanha, n. 57, p. 35-48, mar. 1994.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Poder Judiciário. Flagrantes institucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 222 p.

FAORO, Raymundo. Cartas do Trópico – Entre a falsidade e a falsificação. *Carta Capital*, São Paulo, a. III, n. 68, p. 34, 4 mar. 1998.

_____. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Globo, 1991. 750 p. [obra em 2 volumes]

_____. *Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981. 98 p.

FARIA, Cássio Juvenal. Medidas provisórias e Direito Penal. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São Paulo: RT, 1999. P. 175-190.

FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e Reforma Constitucional. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.*, São Paulo, a. 86, v. 736, p. 11-19, fev. 1997.

_____. (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. 160 p.

_____. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: S. Fabris, 1986. P. 39-64.

FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Tradução por Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. 155 p. Tradução de: *Les Cours Constitutionnelles*.

_____. Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français. *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 32, p. 713-726, 1997.

FERGUSON, John. *Los fundamentos del mundo moderno*. Traducción por Gerardo de la Cierva. Barcelona: Martínez Roca, 1970. 290 p.

FERNANDES, Florestan. *A Constituição inacabada - vias históricas e significado político*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989. 381 p.

_____. *A transição prolongada: o período pós-constitucional*. São Paulo: Cortez, 1990. 23 p.

FERNANDES, Maria Cristina. MP: o Congresso lava as mãos. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 24 fev. 1997. C. A, p. 9.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Medidas provisórias - Estados e municípios. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, n. 19, p. 93-108, abr./jun. 1997.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994. 224 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Sobre a reedição de medidas provisórias. In: _____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. P. 93-94.

_____. *Conceito de sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976. 188 p.

_____. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989. P. 54-59.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. Medida provisória: natureza jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 153-167, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 337 p.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. 2 Vol.

_____. *A reconstrução da democracia - Ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo, e em especial no Brasil..* São Paulo: Saraiva, 1979. 230 p.

_____. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968. 251 p.

_____. *A democracia possível*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. 129 p.

_____. As medidas provisórias com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 89, mar. 1989.

_____. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 198, p. 17.

_____. As medidas provisórias: novas observações, particularmente quanto aos efeitos de sua renovação. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*, São Paulo, n. 3, p. 51-48, fev. 1991. [paginação decrescente]

_____. *O anteprojeto dos notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1987. 105 p.

_____. Le système de gouvernement. In: MAUS, Didier; BON Pierre (Dir.). *La Nouvelle République Brésilienne. Études sur la Constitution du 5 octobre 1988*. Paris: Economica, 1991. P. 109-116.

_____. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de Direito Econômico. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. [732 p.] P. 455-468.

_____. Poder Executivo I. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 59, p. 102-110.

_____. Poder Moderador. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 59, p. 144-146.

_____. Poder Judiciário II. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 59, p. 135-136.

_____. Poderes constituídos. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: 1977. V. 59, p. 102.

_____. Parlamentarismo II. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 57, p. 142-146.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. 3 v.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., ampliada e atualizada de acordo com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998. 600 p.

_____. *Da Constituição*. 2. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956. 178 p.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed., vol. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1975. 1006 p.

_____. Poder Executivo II. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 59, p. 110-124.

_____. Parlamentarismo I. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: 1977. Vol. 57, p. 126-142.

_____. Eleição indireta. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 30, p. 295-297.

_____. *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1951. 463 p.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954. 384 p.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 47, p. 122-154, mar. 1997.

_____. Poderes legislativos e o poder do Congresso. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 33-37, mar./maio 1995.

_____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000. 232 p.

FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 110, p. 137-152, abr./jun. 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios de proteção ao contribuinte: Princípio de Segurança Jurídica. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 47, p. 56-61, jan./mar. 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. *A Medida Provisória na Constituição*. São Paulo: Atlas, 1991. 137p.

_____. Prorrogação dos contratos de serviços contínuos: reedição das medidas provisórias: efeitos. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 131-135, mar. 1997.

FIGUEIREDO, Sara Ramos de. *Processo legislativo – Aspectos fundamentais*. Brasília: Senado Federal, 1975. 122 p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Infrações penais e medidas provisórias. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 153, p. 25-29, jan./mar. 1991.

_____. _____. *RT*, n. 659, p. 368.

FILOMENO, José Geraldo Brito; OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. Chave pública: que bicho é esse? *Folha de São Paulo*, 14 ago. 2001. C. A, p. 3.

FINER, Herman; GOSNELL, Harold Foote. Electoral Systems. In: *Encyclopaedia Britannica*. Vol. 8, Chicago, p. 120-125, 1989.

FIORI, José Luís. Globalização, Estados Nacionais e Políticas Públicas. *Ciência Hoje*, v.16, n. 96, p. 24-31, dez. 1993.

FLORENZANO, Modesto. *As revoluções burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 1986. 120 p.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Medidas provisórias: questões polêmicas. *Digesto Econômico*, São Paulo, v. 47, n. 347, p. 36-51, mar./abr. 1991.

FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales del Estado Social, El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FRANÇA, William. FHC ultrapassa Collor em nº de medidas provisórias. *Folha de São Paulo*, 14 mar. 1998. C. 1, p. 4.

FRANCO, Alberto Silva. A medida provisória e o princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais (São Paulo)*, São Paulo, v. 78, n. 648, p. 366-368, out. 1989.

_____. A medida provisória em matéria penal e processual penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, n. 123, p. 16-22, mar./abr. 1990.

FREITAS, Jânio de. Reação ao recorde. *Folha de São Paulo*, 13 jun.1996. C. 1, p. 5.

_____. O mundo a seus pés. *Folha de São Paulo*, 23 nov. 1997. C. 1, p. 5.

_____. Em nome da lei. *Folha de São Paulo*, 25 fev. 1997. C. 1, p. 5.

FURTADO, Lucas Rocha. Medida provisória: limites de sua atuação, impossibilidade de convalidação de atos pretéritos. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, p. 80-92, out. 1996.

GALEOTTI, Serio, PEZZINI, Barbara. *Il Presidente della Repubblica nella Costituzione Italiana*. Roma?: UTET, ? 73 p.

GARCÍA COTARELO, Ramón. Las formas preestatales de dominación política. In: GARCÍA COTALERO, Ramón (Comp.). *Introducción a la Teoría del Estado*. 4. ed. Barcelona: Teide, 1990. [250 p.] P. 17-46.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Octava edición. Madrid: Civitas, 1997. 823 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, ? 264 p.

GARCÍA FERNANDEZ, Xavier. Na Espanha, existe relação de confiança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, FUNCEP, a. 43, v. 115, n. 6, p. 20-25, maio/jun. 1987.

GARCÍA MARTÍNEZ, Maria Asunción. *El procedimiento legislativo*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1987. 324 p.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. El Estado Social y sus implicaciones [Fragmentos de *Las transformaciones del Estado contemporáneo*]. In: SUBIRATS, Joan; VILANOVA, Pere. *La evolución del Estado en el pensamiento político*. Barcelona: Petrel, 1981. P. 351-370.

_____. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1999. 636 p.

_____. *Escritos políticos y sociales*. Madrid: C.E.C., 1989. 265 p.

_____. *El Estado de partidos*. 1. reimpressão. Madrid: Alianza, 1996. 217 p.

GAUDILLÈRE, Bernard. *Le régime politique italien*. Paris: PUF, 1999. 126 p.

GENOÍNO, José. O Congresso e as medidas provisórias. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 66, jan. 1997.

GENRO, Tarso. A roupa nova do rei. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 50, p. 41-53, mar. 1998.

GIL, Otto. O poder legiferante do Presidente da República. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. X, n. 38, p. 3-24, abr./jun. 1973.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das “medidas provisórias” em Direito Penal. In: _____ (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São Paulo: RT, 1999. P. 208-252.

_____. A lei formal como única fonte do Direito Penal (Incriminator). *RT-656/257*.

GOULART, Clovis de Souto. *Formas e sistemas de governo - uma alternativa para a democracia brasileira*. Porto Alegre: S. Fabris/CPGD-UFSC, 1995. 223 p.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As Constituições dos Estados lusófonos*. 2. ed., revista. Lisboa: Notícias, 2000. 626 p.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução por Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 526 p.

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998. [obra em 24 v.]

GRAU, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 658, p. 240-242, 1990.

_____. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: RT, 1985. 84 p.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 366 p.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991. 55 p.

GRILLO, Vera de Araújo. Reflexões sobre a teoria da separação dos poderes e a hegemonia do Poder Executivo. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: S. Fabris, 1994. P. 113-120.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução por Dário Canali. 9 ed. Porto Alegre: L&PM, 1980.

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. O domínio do provisório. *Revista AJUFE*, São Paulo, n. 28, p. 28-31, mar. 1991.

GUIMARÃES, Ulysses. *As desmedidas provisórias*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. 7

p. [Discurso parlamentar].

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. Fabris, 1997. 55 p. Tradução de: *Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrage zur pluralistischen und "prozessualen" verfassungsinterpretation*.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil. Um estudo do Brasil constitucional (1889-1934)*. Tradução por Lêda Boechat Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, c. 1936. 208 p. Tradução de: *His majesty the president of Brazil*.

HAMILTON. El Federalista, LXX. In: BOTELLA, Juan; CAÑEQUE, Carlos; GONZALO, Eduardo (Ed.). *El pensamiento político en sus textos - De Platón a Marx*. P. 329-335 .

HARGER, Marcelo. Desvio de poder na edição de medidas provisórias – o caso do REFIS. *Revista Bonijuris*, Curitiba, a. XIII, n. 455, p. 10-11, out. 2001.

HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. Tradução por Ribeiro Mendes. Lisboa: K. Gulbenkian, 1986.

HELLER, Herman. *El sentido de la política y otros ensayos*. Traducción por Maximiliano Hernández Marcos y Encarnación Vela Sánchez. Valencia/Espanha: Pre-textos, 1996. 126 p.

_____. *Teoria del Estado*. Versión española de Luis Tobio. Mexico: FCE, 1947. 361 p.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección, traducción e introducción por Pedro Cruz Villalon. Madrid: C.E.C., 1992. 104 p.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. Fabris, 1991. 34 p. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. Fabris, 1998. 576 p.

HERNÁNDEZ RUIGÓMEZ, Manuel. Las raíces históricas del presidencialismo iberoamericano. *Revista Parlamentária Iberoamericana*, Madrid, n. 7, p. 243-264, 1998.

HOBBS [DE MALMESBURY], Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural [Os Pensadores], 1983. 419 p.

HOFMEISTER, Wilhelm; THESING, Josef (Ed.). *Transformación de los sistemas políticos en América Latina*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1995. 459 p.

HORN, Wolfgang. Estado de derecho y Estado social. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de*

Derecho y democracia. Una compilación. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 173-180.

_____. Estado de derecho, democracia y jurisdicción constitucional. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y Democracia. Una compilación.* 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 131-141.

_____. Rasgos básicos del Estado de derecho según la Ley Fundamental alemana. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y Democracia. Una compilación.* 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 49-81.

HOBBS. *Enciclopedia de la Filosofía Garzanti.* Barcelona: Ediciones B, 1992. P. 448-450.

HORTA, Raul Machado. Medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 107, p. 5-18, jul./set. 1990.

_____. *Estudos de Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 756 p.

<http://www.stf.gov.juris.adin.html> – home page do Supremo Tribunal Federal

<http://www.jus.com.br/doutrina/medprov.html> - Jus Navegandi

HUTCHINSON, William Thomas. Electoral College, U.S. In: *Encyclopaedia Britannica.* Vol. 8, Chicago, p. 120, 1989.

IANNI, Octávio. A era do globalismo. In: OLIVEIRA, Flávia A. Martins de (Org.). *Globalização, regionalização e nacionalismo.* São Paulo: Unesp, 1999. P. 15-41.

ICHIHARA, Yoshiaki. Medidas provisórias em matéria cível. *FMU Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo,* São Paulo, v. 9, n. 12, p. 31-76, nov. 1995.

_____. *Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1994.

IMPEACHMENT II – a história se repete? *Revista Informação,* Ijuí/RS, a. XVII, n. 19, p. 19-20, jul. 2001.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1956. 477 p.

JELLINEK, Georg. *Fragmentos de Estado.* Traducción por M. Forster y M. H. de Minon. Reimpresión. Madrid: Civitas. 109 p.

_____. *Reforma y mutación de la Constitución.* Madrid: C.E.C., 1991. 91 p.

JOSÉ COELHO FERREIRA OCUPARÁ CARGO DE MINISTRO NO STM. *Jornal do Senado,* 30 ago. 2001. P. 3.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito [metafísica dos costumes].* Tradução por Edson Bini.

São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.

KEINART, Rubem Cesar. *O que é Parlamentarismo*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. 110 p.

KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción por Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. 82 p.

_____. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 371 p.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. 433 p.

KIQUIO, Alessandro Schlemper. *Aspectos jurídicos do controle das medidas provisórias*. Monografia (Graduação em Direito), UFSC, 1997.

KRISTOL, Irving et al. *A ordem constitucional americana (1787/1987)*. Tradução por José Livio Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 216 p. Tradução de: *The Constitutional Order*.

KRSTICEVIC, Viviana. *Presidencialismo en America Latina*. In: SANTIAGO NINO, Carlos; GARGARELLA, Roberto et al. *El presidencialismo puesto a prueba – Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*. Madrid: C.E.C., 1992. P. 127-155.

KUNTZ, Rolf. *O neoliberalismo é um integrismo*. *Revista da USP, Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo*, n. 17, p. 54-61, mar./abr./maio 1993.

LABAKI, Amir. *A crise da renúncia e a solução parlamentarista*. São Paulo: Brasiliense, 1986. 174 p.

LACOMBE, Américo Jacobina. *O pensamento vivo de Rui Barbosa*. São Paulo: Martins, 1967. P. 121-257.

LACOMBE, Américo Masset. *Medidas Provisórias*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). *Direito Administrativo e Constitucional - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. 2 v. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 111-126.

LANGROD, Georges. *O processo legislativo na Europa Ocidental*. Tradução por Wanda Cleto Massiglia. Rio de Janeiro: FGV, 1954.

LANZONI, Augusto. *Iniciação às Ideologias Políticas*. São Paulo: Ícone, 1986. 79 p.

LA QUADRA, Tomás de. *Interpretación de la Constitución y órganos del Estado*. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.). *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. [220 p.] P. 29-37.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. Tradução de: *Über die Verfassung*.

_____. *Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel, 1997. 183 p.

LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y Poder Legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.). *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. [220 p.] P. 53-68.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução por Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 331 p.

LEITE, Júlio César do Prado. As medidas provisórias e o direito do trabalho. *Revista LTR Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 55, n. 1, p. 8-12, jan. 1991.

LERER, Adrián. Presidencialismo en Latinoamérica. Experiencias reformistas recientes. El caso brasileño. In: SANTIAGO NINO, Carlos; GARGARELLA, Roberto et al. *El presidencialismo puesto a prueba – Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*. Madrid: C.E.C., 1992. P. 157-196.

LESSA, Renato. Da política dogmática, ou, as reformas em primeiro lugar. *Monitor Público*, Rio de Janeiro, v. 2, n. , p. 43-48, mar./maio 1995.

_____. Superstições políticas. Estudo contesta várias crenças sobre o Executivo e o Legislativo brasileiros. *Folha de São Paulo*, Especial, Jornal de Resenhas, Discurso Editorial/USP/Unesp/UFGM/FOLHA DE S. PAULO, p. 10, 11 mar. 2000.

LEVANTAMENTO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. Dados atualizados até 20 de setembro de 2000. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Informação e Documentação, 2000. 501 p.

LEVANTAMENTO E REEDIÇÕES DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - Dados atualizados em 15 de março de 1998. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Informação e Documentação, 1998. 333 p.

LIMA, Antonio Amilcar de Oliveira. *O Poder Executivo nos Estados contemporâneos – Tendências na experiência mundial*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975. 280 p.

LIMA, João Frazão de Medeiros. A medida provisória e a proibição de sua reedição. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 18, p. 466-442, 2. quinz. set. 1997. [paginação decrescente]

LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977-1982. [Obra em 78 volumes].

LINS, Carlos Francisco Bandeira. As “organizações sociais” e o governo. *Folha de São Paulo*, 13 nov. 1997. C. 1, p. 3.

LINZ, Juan J. Democracia presidencial o parlamentaria. Qué diferencia implica? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Comps.). *La crisis del presidencialismo 1. Perspectivas*

comparativas. Madrid: Alianza, 1997. P. 25-143 [255 p.].

_____. Los peligros del presidencialismo. In: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (Dir.). *Formas de Gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Lima/Peru: Comisión Andina de Juristas, 1993. P. 11-33.

LISBÔA, Patrícia Hähnert Sardá. *A legitimidade da reedição de medidas provisórias no Estado Constitucional Brasileiro*. Monografia (Graduação em Direito), UFSC, 1998, 62 p.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p. Tradução de: *Two Treatises of Government*.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. amp. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. 619 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 487 p.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*. Madrid: Trotta, 1992. 123 p.

LÓPEZ-MELENDO LANNES, Jaime. *Decreto-ley en materia tributaria y presupuestaria*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. 247 p.

LÓPEZ PINA, Antonio. Constitucionalismo y "religión civil", a modo de prólogo para españoles. In: _____ (Ed.). *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. [220 p.] P. 9-28.

LOTITO, Pier Francesco. I tratti fondamentali del semi-presidenzialismo francese nel modello attuale: la razionalizzazione del parlamento, il rafforzamento dell'esecutivo e lo statuto delle opposizioni. *Quaderni Costituzionali*, Padova, Il Mulino, anno XVII, n. 3., p. 461-494, dicembre 1997.

LUCIANI, Massimo. O anti-soberano, a crise das Constituições e o futuro dos direitos humanos. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. P. 221-238.

_____. Per un efficace controllo di costituzionalità sulla decretazione d'urgenza. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 101-111.

LUFT, Celso Pedro. *O escrito científico. Sua estrutura e apresentação*. Porto Alegre: Lima, 1979, 54 p.

LUIZI, Luiz. A crise contemporânea da legalidade penal. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São

Paulo: RT, 1999. P. 253-263.

LUPION, Ricardo. Medida provisória: impossibilidade da reedição. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. P. 353-379.

LUPO, Nicola. Il 'fatore tempo' nella conversione dei decreti-legge. *Seminario 1992*, Roma, p. 321-380.

LUTHER, Jörg. Le esperienze della notverordnung (appunti per una comparazione). In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 201-215.

MACCORMICK, Neil. Estado de derecho y rule of law. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y democracia. Una compilación*. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 101-117.

MACHADO, Hugo de Brito. Efeito de medida provisória rejeitada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 700, p. 46-47, fev. 1994.

_____. Segurança jurídica: regulamentação das relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias: a questão da não-conversão em lei e a perda da eficácia à derrogação de leis anteriores. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 6, p. 403-412, jun. 1997.

_____. Princípio da legalidade tributária na Constituição de 1988. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 45, p. 175-187, jul./set., 1988.

_____. As medidas provisórias com força de lei em matéria tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário e Constitucional*, São Paulo, n. 23, p. 348-346, dez. 1988.

MACHADO, Mário Brockmann. Separação dos poderes e controle externo do Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 9, p. 81-85, 1994.

MACHADO, Regina Helena. *Medida provisória ou a medida do poder*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1997. 84 p.

MACHIAVELLI, Niccoló. *O Príncipe – comentado por Napoleão Bonaparte [e Extratos dos discursos de Maquiavel acerca das décadas de Tito Lívio]*. Tradução de Torrieri Guimarães e Márcio Pugliesi. 8. Ed. São Paulo: Hemus, 1977. 186 p.

MACIEL, Marília de Almeida. Medida provisória em matéria tributária. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, p. 233-236, 1996.

MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal. Origens e evolução*. Tradução por Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. 118 p.

MALHADAS, Júlio Assumpção. A Medida Provisória n. 32/89 e suas implicações nas relações de emprego. *Revista LTR Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v.

53, n. 2, p. 171-173, fev. 1989.

_____. Medida Provisória n. 434/94, empregados e empregadores. *Revista LTR Legislação do Trabalho e Previdência Social*, São Paulo, v. 58, n. 4, p. 395-398, abr. 1994.

MARINHO, Josaphat. Limites para as MPs. *Nação em Revista*, Brasília, n. 2, p. 201-205, jun. 1996.

_____. Medida provisória abusiva. *Informativo Consulex*, Brasília, v. 11, n. 39, p. 1.027, set. 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Proibição da concessão de liminares: inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 146-153, out./dez. 1990.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O que é Parlamentarismo Monárquico*. São Paulo: Brasiliense, 1993. 91 p.

_____. *A separação de poderes no Brasil*. Curso Modelo Político Brasileiro, Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985. 68 p.

_____. As inconstitucionalidades das medidas provisórias e das leis que conformaram o denominado "Plano Verão": parecer. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 141-158, jul./set. 1990.

_____. Medida provisória deve ser regulamentada por lei complementar nos termos do art. 59 da Constituição Federal: o espectro de atuação da medida provisória tem como limite aquele permitido à lei delegada nos termos do art. 68 da Constituição Federal: parecer. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 14, n. 75, p. 77-92, abr. 1990.

_____. Medida provisória que atinge ato jurídico perfeito, desequilibra contratos e veda o ingresso no Poder Judiciário: inconstitucionalidades dos parágrafos 3 e 4 do art. 21 da MP 542/94. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 70, p. 112-124, out./dez. 1994.

_____. Medidas provisórias e o direito tributário. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 323-322, out. 1990.

_____. Um estado sem direito. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 8, p. 79-78, fev. 1991.

MASSUDA, Janine Malta. *Medidas provisórias: os fenômenos na reedição*. Porto Alegre: S. Fabris, 2001. 215 p.

_____. SENADO FEDERAL, Subsecretaria de Informações. Levantamento e reedições de medidas provisórias: dados atualizados em 28 de fevereiro de 1999. Brasília, 1999, 368 p. In:

NOTÍCIA DO DIREITO BRASILEIRO. Brasília: Nova Série/UnB, 2000. P. 474-477.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 426 p.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. 432 p.

MEDIDAS PROVISÓRIAS: referência bibliográfica, documentária e legislativa. *Jus Documentação: Boletim Informativo*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 39-76, jan./mar. 1990.

MEDIDAS PROVISÓRIAS, HERANÇA DITATORIAL. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 fev. 1997. C. A, p. 3.

MEDIDAS PROVISÓRIAS (Índice de Assuntos e Quadro Sinóptico). São Paulo: Tribunal Regional Federal - 3ª Região, 1996. 309 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. 731 p.

MELEGA, Luiz. A eficácia das medidas provisórias reeditadas. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 7, p. 133-130, abr. 1994. [paginação decrescente]

_____. Medida provisória: conversão em lei: publicação e reedição. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 173-172, maio 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. 553 p.

_____. Perfil constitucional das medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, p. 28-32, 1990.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros. 1992. 110 p.

_____. Sobrevivência piorada do decreto-lei. *Folha de São Paulo*, 11 maio 1996. C. 1, p. 3.

_____. 'O Judiciário reage', diz autor da ação. [Entrevista]. *Folha de São Paulo*, 29 abr. 1997. C. 1, p. 4.

_____. Medidas provisórias na Constituição Brasileira. In: *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2000. Vol 2. P. 1.421-1.433.

MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as medidas provisórias. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 33, p. 203-225, jun. 1990.

_____. A lei é o limite. *Veja*, São Paulo, a. 30, n. 9, p. 9-11, 5 mar. 1997. [Entrevista concedida a Policarpo Júnior, na qual o então futuro Presidente do STF criticava o uso abusivo das medidas provisórias e dizia que os governantes deveriam ajustar-se à Constituição.]

_____. As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro. *Revista Jurídica de Osasco*, Osasco, n. 1, p. 7-19, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. 371 p.

_____. Nem tanto, nem tão pouco [Entrevista]. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 1, n. 7, p. 5-8, jul. 1997.

MENEZES, Djacir. Separação de poderes – I. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 68, p. 199-201.

MENEZES, Fernanda D.; DERZI, Misabel de Abreu Machado; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. Poder Legislativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 219-238, jul./set. 1990.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução e prefácio por Alberto da Rocha Barros. Petrópolis/RJ: Vozes, 1991. 158 p. Tradução de: *On liberty*.

MINISTRO DO STJ CRITICA GOVERNO E CONGRESSO. *O Globo*, Rio de Janeiro, 24 jun. 1997. P. 5.

MINISTRO DO SUPREMO CRITICA A NOVA MP. *Folha de São Paulo*, 2 abr. 1997. C. 1, p. 12.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I - Preliminares - O Estado e os sistemas constitucionais. 5. ed., rev. e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1996. 423 p.

_____. _____. Tomo II - *Constituição e Inconstitucionalidade*. 3. ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996. 546 p.

_____. _____. Tomo III - *Estrutura Constitucional do Estado*. 3. ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1996. 320 p.

_____. _____. Tomo V - *Atividade Constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1997.

- _____. *Ratificação (em Direito Constitucional)*. In: DICIONÁRIO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Vol. VII. Lisboa: [s.n.], 1996. P. 17-29.
- _____. *Constituições de diversos países*. 3. ed. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1986. Vol. 1 [456 p.] e Vol. 2 [461 p.].
- _____. *El proceso legislativo parlamentario en Portugal*. Madrid: C.E.C., 1996. 53 p.
- MODUGNO, Franco. *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1999. 162 p.
- MOLL, Luíza Helena. Uma experiência de ensino do Novo Direito Econômico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 38, p. 395-411, 2000.
- MONTEIRO, Jorge Vianna. 1995: as medidas provisórias como processo de estabilização. In: *Economia & Política: instituições de estabilização econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. P. 129-189 [264 p.]
- _____. O poder de propor: ou, a economia das medidas provisórias. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 3, p. 59-72, jul./set. 1995.
- _____. A busca por restrições ao poder do Estado. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 217-222, mar./abr. 1997.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de la Brède e de. *Del espíritu de las leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez Y Pedro de Vega. Barcelona: Altaya, 1997. 480 p.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998. 93 p.
- MORALES, Fernanda Palombini. Da perda da eficácia da medida provisória. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 8, n. 98, p. 41-46, ago. 1997.
- MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. Lisboa: Bertrand, 1979. 443 p.
- MOREIRA, Gerfran Carneiro. Medidas provisórias: fraude à Constituição no uso indiscriminado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região*, Manaus, v. 3, n. 3, p. 80-96, 1995.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: C.E.C. 256 p.
- MORKEL, Arnd; MEYER, Gerd. División de poderes. In: KERNIG, C. D. (Dir.). *Marxismo y democracia. Enciclopedia de conceptos básicos. Política 1*. P. 143-154.
- MUKAI, Toshio. A medida provisória que restringe liminares e tutelas antecipadas é inconstitucional. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 5, p. 340, maio 1997.

_____. Medida provisória nº 1.570 é inconstitucional. *Correio Braziliense*, Brasília, 22 abr. 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed., ver. São Paulo: Max Limonad, 2000. 121 p.

_____. As medidas provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. In: *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2000. Vol 2. P. 1.435-1.448.

MUÑOZ, Horacio Cassinelli. La defensa jurídica de la constitución - Invalidez de los actos de los gobiernos de facto. In: *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales n. 2 y 3* - 1986. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. P. 3-34.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 191 p.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Reedição de medida provisória (visão comparativa das jurisprudências da Corte Constitucional Italiana e do Supremo Tribunal Federal). *RT/Fasc. Civ.*, ano 90, v. 789, p. 129-135, jul. 2001.

_____. *Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional. Contém anotações à PEC 472-C/97, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional*. Porto Alegre: Síntese, 2000. 248 p.

NOGUEIRA, Fernando Giuberti. Multiplicação das leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. VIII, n. 30, p. 149-179, abr./jun. 1971.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da Monografia Jurídica. Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. São Paulo: Saraiva, 1997. 207 p.

NUNES, Moacyr de Araújo. O município e as medidas provisórias. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 332-334, jul. 1989.

O'DONNELL, Guillermo. Poder na América Latina corrompe e destrói cidadania. *O Estado de São Paulo*, 9 ago. 1992. P. 12.

_____. Tensões no Estado autoritário-burocrático e a questão da democracia. In: COLLIER, David (Org.). *O novo autoritarismo na América Latina*. P. 267-296.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Tradução por Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVA, Luiz Antonio Lucena de. Ética, utopia e globalização. *Leopoldianum – Revista de Estudos e Comunicações*, Santos/SP, v. XXII, n. 62, p. 59-65, 1996.

OLIVEIRA, Edson Freitas de. Medidas provisórias: a solução está próxima? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 8, n. 31, p. 242-267, abr./jun. 2000.

O PODER EXECUTIVO ABUSA DO DIREITO DE EDITAR MEDIDAS PROVISÓRIAS. *Folha de São Paulo*, 21 dez. 1996. C.1, p. 3.

O SENADO BRASILEIRO. Brasília: Senado Federal, 1999. 15 p.

O USO DE MPS PELO EXECUTIVO É ESSENCIAL PARA GOVERNAR O BRASIL HOJE? *Folha de São Paulo*, 11 maio 1996. C. 3, p. 1.

PACE, Alessandro. Divagazioni sui decreti-legge non convertiti. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 27-59.

PADOVESE, Ricardo Campos. Dos pressupostos, das limitações às medidas provisórias e assuntos conexos. *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, Bauru/SP, n. 18, p. 145-187, ago./nov. 1997.

PAGLIARO, Antonio. Problemi penalistici a proposito del controllo di costituzionalità su un decreto-legge ancora non convertito. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. [215 p.] P. 145-159.

PAINI, Reynaldo J. Castilho. Medida provisória – relevância e urgência. *RT*, ano 84, vol. 713, p. 41-44, mar. 1995.

PALADIN, Livio. Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne. *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 32, p. 693-711, 1997.

_____. *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Il Mulino, 1996. 487 p.

_____. Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri. *Quaderni Costituzionali*, Padova, Il Mulino, anno XVI, n. 1, p. 7-29, aprile 1996.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 96 p.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. Medida provisória e Direito Penal: uma convivência impossível. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São Paulo: RT, 1999. P. 268-278.

PALPITE INFELIZ. *Folha de São Paulo*, Editorial, 23 maio 2001. C. A, p. 2.

PARLAMENTARISMO - O OBJETO DO DESEJO. *Revista CartaCapital*, São Paulo, a. 6, n. 119, p.28-33, 29 mar. 2000.

PARODI, Jean Luc. Na França, o regime é o "semipresidencial". *Revista do Serviço Público*, Brasília, FUNCEP, a. 43, v. 115, n. 6, p. 16-9, maio/jun. 1987.

PARTIDO VAI AO STF CONTRA MEDIDA PROVISÓRIA DE FHC. *Folha de São Paulo*, 1º abr. 1997. C. 1, p. 11.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Medidas Provisórias. *Anais da XIII Conferência da OAB*, Belo Horizonte, p. 283-288, 1990.

_____. A medida provisória n. 427/94 é aplicável às situações jurídicas constituídas antes de sua vigência? *Advocacia Dinâmica*, p. 7-11, set. 1994.

PASTOR, Manuel. Los modelos de dominación política estatal. In: GARCÍA COTARELO, Ramón (Comp.). *Introducción a la teoría del Estado*. Barcelona: Teide, 1990. P. 47-84.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. Medida Provisória n. 381: algumas inconstitucionalidades. *LTR Suplemento: Matéria Tributária*, São Paulo, n. 1, p. 1-2, 1994.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. Tradução por Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo: 34, 1996. 360 p. Tradução de: *Economic crisis and State Reform in Brazil*.

_____. Pensar a mudança vertiginosa. *Folha de São Paulo*, 18 maio 1997. C. 1, p. 3.

PEREIRA, Márcia de Almeida. A nova regulamentação das medidas provisórias. *Informativo Consulex*, Brasília, v. 11, n. 35, p. 913-912, set. 1997. [paginação decrescente]

PÉREZ, Miguel A. Aparicio (Dir.). *Textos Constitucionales*. Barcelona: EUB – Ediciones Universitarias Barcelona, 1997. 739 p.

PÉREZ ROYO, Fernando. *Derecho financiero y tributario. Parte General*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1993.

PÉREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del Derecho*. 4. ed., 6. reim. Madrid: Tecnos, 1998. 229 p.

PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: C.E.C., 1985. 309 p.

PERRUD, Rogério José. Medida provisória: pressupostos para sua edição e inconstitucionalidade das reedições. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, v. 4, n. 14, p. 655-662, jul./set. 1997.

PETERS, R. S. Hobbes, Thomas. In: URMSON, J. O (Dir.). *Enciclopedia concisa de Filosofía y Filósofos*. Madrid: Cátedra, 1994. P. 183-187.

PETRAS, James. *Neoliberalismo: América Latina, Estados Unidos e Europa*. Tradução de Ana Maria Ruediger Naumann et. al. Blumenau: FURB, 1999. 433 p.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. 281 p.

PILATTI, Adriano. O processo legislativo na Constituição de 1988. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 75-92 [443 p.]

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e dos Negócios do Interior: 1857. Reimpressão: 1958. 568 p.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Medida provisória e 'abolitio criminis'. *Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 156-155, 2. quinz. abr. 1990. [paginação decrescente]

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 1995. 191 p.

PIRES, Luiz Gonzaga Barbosa. Participação nos lucros ou nos resultados? O caso da MP 1.077. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 27, n. 1, p. 63-66, jun. 1998.

PISANI, José Roberto. Contribuições sociais e medidas provisórias. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 31, p. 60-63, maio 1990.

PITRUZZELLA, Giovanni. La reiterazione dei decreti-legge ed il processo costituzionale. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 177-186.

_____. *La legge di conversione del decreto-legge*. Milano: CEDAM, 1989. 341 p.

PIZZORUSSO, Alessandro. *La Costituzione ferita*. Roma: Laterza, 1999. 174 p.

_____. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Prólogo de Francisco Rubio Llorente. Traducción de Javier Jimenez Campo. Madrid: C.E.C., 1984. Vol. I (381 p.) e II (484 p.).

_____. Ripensando i controlli sui decreti-legge alla luce dell'esperienza recente. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 7-25.

_____. Actes législatifs du Gouvernement et rapports entre les pouvoirs: aspects de droit comparé. *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n. 32, p. 677-691, 1997.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. O decreto-lei na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 70, p. 63-96, abr./jun. 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil. Tomo II - Artigos 104-187*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

_____. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. *O Mercosul e a sociedade global*. São Paulo: Ática, 1999. 88 p.

PROCHMANN, Valquíria Bassetti. *Poder Executivo e produção normativa*. Curitiba: Genesis, 1998. 101 p.

PRUDENTE, Antônio Souza. Medida provisória e atentado à Constituição. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 5, n. 19, p. 23-25, jan./mar. 1997.

_____. Contribuição tributária do servidor inativo. *ST 89-Notas e Comentários*, nov. 96, p. 114-116.

PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução por Angelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. 167 p.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. Teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Forense, 1995. 159 p.

QUELOTTI, Marcos; BOMFIM, Mauro. *Medidas provisórias do Plano Brasil Novo à luz da Constituição*. Belo Horizonte: M. Quelotti, 1990. 374 p.

QUINTANA, Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional – argentino y comparado*. V. 3. Buenos Aires: Alfa, 1953.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1992. 93 p.

_____. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987. 102 p.

QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de (Orgs.). *O pensamento político clássico (Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau)*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980. 432 p.

RACIONAMENTO FORA DA LEI. *Jornal do Brasil*, 25 maio 2001. P. 13.

RAMALHO, Carlos Alberto. As medidas provisórias: novo instituto de Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 123-145, abr./jun. 1995.

RAMÓN COSSÍO, José. *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*. México, D.F.: Fontamara, 1998. 105 p.

RAMÓN REAL, Alberto. *Los decretos-leyes* [Tesis]. Montevideo: Talleres Gráficos “33”, 1996. 308 p.

- RAMOS, Carlos Roberto. *Da medida provisória*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 160 p.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia. O exemplo constitucional espanhol*. São Paulo: WVC, 1998. 116 p.
- RAMOS, Saulo. *Medida provisória*. Brasília: Ministério da Justiça, 1989. 29 p.
- _____. Parecer Nº SR-92, de 21.06.89 – DOU de 23.06.89. In: COLETÂNEA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ANOTADAS - Nº 1 a 73. São Paulo: IOB, 1989. P. 9-32.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Governabilidade e Estado Democrático de Direito – o uso e o controle das medidas provisórias. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil*. São Paulo: IBDC/Celso Bastos, 1997. P. 115-134.
- RÁO, Vicente. *As delegações legislativas no parlamentarismo e no presidencialismo*. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1996.
- REALE, Miguel. Medidas provisórias : choque na economia : controle de preços : liberdade empresarial : penalidades e discricionariedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 91, p. 68-75, jul./set. 1989.
- REINA AMARILLAS, José de. Los decretos-leyes del Gobierno. Analisis jurisprudencial. In: ARAGÓN REYES, Manuel; MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, Julian. (Dir.). *La Constitución y la práctica del Derecho*. Tomo II. Pamplona: Arazandi, 1998. P. 1.977-1.993.
- REIS, Carlos David Santos Aarão. Medida provisória: controle jurisdicional de seus pressupostos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 8, p. 114-122, 1994.
- _____. Medida provisória: relevância e urgência como seus pressupostos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 61-68, 1997.
- RIBEIRO, Fávila. *A Constituição e a realidade brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. 200 p.
- RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. São Paulo: Brasiliense, 1984. 263 p.
- ROBBERS, Gerhard. El Estado de derecho y sus bases éticas. In: THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y Democracia. Una compilación*. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. P. 29-47.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Medida provisória. *Informativo AMATRA X*, p. 1-4, 7 jul. 1997.
- _____. Conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 234, 1993.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Medida provisória em matéria penal. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. V. 2. São Paulo: RT, 1999. P. 191-207.

ROCHA, Leonel. Uma voz indiscreta no STF. *Veja*, 22 out. 1997. P. 34-5.

ROCHA, Leonel Severo. O avesso do Direito. In: LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: S. Fabris, 1986. P. 129-135.

ROCHA: MP SOBRE PLANOS DE SAÚDE É 'RETROCESSO'. *Jornal do Senado*, Brasília, 15 ago. 2001. P. 12.

ROCHA ELOGIA RECUO DO GOVERNO NA MP DOS PLANOS DE SAÚDE. *Jornal do Senado*, Brasília, 17 ago. 2001. P. 7.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Caráter da medida provisória com força de lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, c. 1, p. 348-350, 1988.

_____. Disciplina das relações jurídicas decorrentes da não-conversão de medida provisória em lei. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 4, p. 70-68, fev. 1994. [paginação decrescente]

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução por Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977. 396 p.

ROSA FILHO, Telmo Candiota da. Medida provisória e plano econômico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 94, p. 165-172, abr./jun. 1990.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Medidas provisórias e suas necessárias limitações. *Jurisprudência Brasileira Criminal*, Curitiba, v. 30, p. 17-24, 1993.

_____. Reflexões sobre as medidas provisórias: inclusive em matéria criminal. *Jurisprudência Brasileira Criminal*, Curitiba, v. 28, p. 11-16, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Del contrato social – Discursos*. Madrid: Alianza, 1996. 341 p.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley. In: *Las fuentes del Derecho*. Barcelona: 1983.

_____. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: C.E.C., 1997. 657 p.

RUBIO LLORENTE, Francisco; DARANAS PELÁEZ, Mariano. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 1997. 575 p.

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

SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. 376 p.

SALAS, Javier. *Los Decretos-leyes en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Civitas, 1979.

SALDANHA, Nelson. *O que é Poder Legislativo*. São Paulo: Brasiliense, 1982. 92 p.

_____. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. 124 p.

_____. *Pequeno Dicionário da Teoria do Direito e Filosofia Política*. Porto Alegre: S. Fabris, 1987. 231 p.

_____. *Sociologia do Direito*. São Paulo: RT, 1980.

SALOMON, Délcio Vieira. *Como fazer uma monografia. Elementos de metodologia do trabalho científico*. Belo Horizonte: Interlivros, 1977. 317 p.

SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. 443 p.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed., ver. e atualizada por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 206 p.

SAMPAIO DORIA, Antônio de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1960.

_____. *Direito Constitucional*. V. I. Tomo 2º, 2. tir., 5. ed. ver. e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 195?. 830 p.

SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional*. Granada[Espanha]: [s.n.], 1948. 276 p.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. *La transición española en sus documentos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE, 1998. 661 p.

SANDRONI, Paulo (Org.). *Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1989. 331 p.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*. Madrid: UPCO, 1995. 232 p.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988. 270 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1994. 348 p.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993. 900 p.

_____. Incompatibilidade entre medida provisória, o Direito Processual e o Direito Penal. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n. 1, p. 100-125, out./dez. 1992.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991. 137 p.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Separação de Poderes: evolução até a Constituição de 1988 - Considerações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 115, p. 209-218, jul./set. 1992.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1995. 104 p.

_____. Medida provisória: pressupostos de admissibilidade. *Enfoque Jurídico*, Brasília, n. 6, p. 25, abr./maio 1997.

_____. Por um novo presidencialismo brasileiro: o presidencialismo com o direito de resistência. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 63-7, 2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Medidas provisórias na Constituição brasileira. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 18, p. 452-446, set. 1997. [paginação decrescente]

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Reimpr. Traducción por Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 227 p.

_____. Ni presidencialismo ni parlamentarismo. In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Comps.). *La crisis del presidencialismo 1. Perspectivas comparativas*. Madrid: Alianza, 1997. P. 167-184.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990. 137 p.

_____. Aumento de tributos por medidas provisórias. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 4, p. 68-67, 2. quin. fev. 1994.

SCALZARETTO, Reinaldo; MAGNOLI, Demétrio. *Atlas geopolítica*. São Paulo: Scipione, 1996. 79 p.

SCHMITT, Carl. *Sobre el parlamentarismo*. Traducción por Thies Nelsson y Rosa Grueso. Estudio preliminar de Manuel Aragón. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1996. 118 p. Traducción de: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus [1923]*.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982. 377 p.

_____. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998. 251 p.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: C.E.C., 1991. 299 p.

SCHNEIDER, Juan-P. Continencia judicial y estructura normativa abierta al Derecho Constitucional. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.). *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. P. 73-77.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual - uma visão contemporânea*. Tradução por Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 77 p.

SCUDIERO, Michele. Notazioni in tema di abuso del decreto-legge e ruolo della Corte Costituzionale. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 171-175.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984. 383 p.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997. 143 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa - Que é o Terceiro Estado?* Tradução por Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. 155 p. Tradução de: *Qu'est-ce que le Tiers État?*

_____. *Qué es el Estado Llano? Precedido del ensayo sobre Los Privilegios*. Traducción de José Rico Godoy. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. 147 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1997. 816 p.

_____. *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 1964.

_____. O Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*, São Paulo, a. 85, n. 305, p. 49-, jan./fev./mar. 1989.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.

_____. Dez anos de vigência da Constituição de 1988 e mudanças constitucionais. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba*, Curitiba, ano XIV, n. 12, p. 47-56, 1998.

_____. Mutaciones constitucionales. *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 1, p. 3-24, jul./dic. 1999.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A chefia do Estado*. São Paulo: RT, 1994. 142 p.

SILVESTRI, Gaetano. Sulla conversione in legge dei decreti-legge iterati e reiterati. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 161-166.

SIMÕES FILHO, Geraldo Vieira. Intervencionismo estatal no domínio sócio-econômico. *Revista do Curso de Direito da UFES*, Vitória/ES, p. 51- 68, dez. 1999.

SIQUEIRA, Janilson Bezerra de. Os requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias como conceitos jurídicos indeterminados e o seu controle judicial. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos JF/RN-CEFRN*, Natal, v. 4, n. 5, p. 117-143, nov. 1998.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: C.E.C., 1985. 287 p.

SORRENTINO, Federico. Il decreto-legge non convertito. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. P. 73-95.

_____. *Le fonti del Diritto*. Genova: ECIG, 1997. 159 p.

SOUSA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. 268 p.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *Medidas provisórias: a experiência brasileira*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1997. 56 p.

_____. *A produção normativa do Poder Executivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, James J. Marins de. Mandado de segurança e matéria tributária: intributabilidade da correção monetária : inconstitucionalidade da reedição e da alteração de tributos via medida provisória; cabimento do writ; incondicionalidade da liminara a prévio depósito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 273-288, jul./set. 1993.

SOUZA, Wilson Alves de. Medida provisória em matéria processual – inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, ano 17, n. 65, p. 120-126, jan./mar. 1992.

SPAGNOLI, Ugo. Decreti-legge e prerogative del Parlamento. In: BAUDREZ, Maryse et al. *I decreti-legge non convertiti*. Milano: Giuffrè, 1996. [215 p.] P. 143-4.

STARLING, Sandra. Quando o Congresso lava as mãos. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 07 mar. 1997. C. 3, p. 3.

_____. Medidas provisórias e política do espetáculo. *Folha de São Paulo*, 13 fev. 1998. P. 3.

STF CONSIDERA QUE CORTES E SOBRETAXA NÃO VIOLAM A CONSTITUIÇÃO. *Jornal da Divisa*, Ourinhos/SP, 29 jun. 2001. Cad. B, p. 2.

STF DÁ VITÓRIA A GOVERNO SOBRE LIMINARES. *Folha de São Paulo*, 17 abr. 1997. C. 1, p. 15.

SUBIRATS, Joan; VILANOVA, Pere (Org.). *La evolución del Estado en el pensamiento político*. Barcelona: Petrel, 1981. 405 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. 189 p.

SURGIK, Aloísio. O Judiciário e o povo. In: LYRA, Doreodó Araujo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: S. Fabris, 1986. P. 111-127.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991. 269 p.

_____. O Congresso Nacional e a produção de normas tributárias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 10, p. 590-602, out. 1993.

_____. As medidas provisórias. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 16, n. 104, p. 45-50, set. 1992.

_____. Medidas provisórias: no direito brasileiro e no direito tributário. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 541-566, out. 1990.

_____. *As medidas provisórias e o mandado de injunção*. São Paulo: Vellenich, 1992. P. 57-69. [Separata da Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 102]

_____. Limitação das medidas provisórias. *Consulex*, Brasília, a. V, n. 113, p. 57-59, 30 set. 2001.

_____. O sistema tributário e as medidas de urgência. In: CAMPOS, Dejalma de (Coord.). *I Congresso Nacional de Estudos Tributários (Tema: O sistema tributário na nova Constituição do Brasil)*. P. 33-48.

TÁCITO, Caio. As Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 50-56, abr./jun. 1989.

_____. Radiografia da Constituição. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 471, p. 16-20, jun. 1994.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos poderes do Estado: a função de controle como essencial. In: BASTOS, Celso R.; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 60-68.

TAVARES, Maria da Conceição. Tendências de globalização, crise do Estado Nacional e seus impactos sobre o Brasil. In: *O Estado que nós queremos*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1993. P. 219-230.

TÁVOLA, Artur da. Ausência de institutos no Parlamento capazes de ajustá-lo ao tamanho de sua tarefa. Complexa disjuntiva que vive a democracia representativa, no que tange às relações entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Avanço na regulação do fluxo das medidas provisórias, com a aprovação do substitutivo do senador José Fogaça, na última quarta-feira. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 009139, 07 maio 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional* [a]. São Paulo: Malheiros, 1985. 257 p.

_____. _____ [b]. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994. 135 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. *Revista Jurídica [da Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 45, n. 232, p. 5-20, fev. 1997.

THESING, Josef (Ed.). *Estado de Derecho y Democracia. Una compilación*. 2. ed. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/CIEDLA, 1999. 425 p.

TÔRRES, Caio. Decretos-Leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. VIII, n. 31, p.173-188, jul./set. 1971.

TORRES, Ricardo Lobo. *Estado-Providência no Brasil*. In: DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E DE SOCIOLOGIA DO DIREITO. P. 322-323.

TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia?* 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.

_____. *Crítica da modernidade*. Tradução por Elia Ferreira Edel. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1995. Tradução de: *Critique de la modernité*.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *A luta por um Judiciário sem peias*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1997. 21 p.

_____. Medidas provisórias inconstitucionais. *Correio Braziliense*, Brasília, 05 maio 1997. Caderno Direito e Justiça, p. 5.

TOURINHO NETO, Fernando. À beira de uma ditadura. *Folha de São Paulo*, 13 nov. 1998, C. 1, p. 3.

TUSELL, Javier. *La transición española a la democracia*. Madrid: Historia16, 1999. 203 p.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. *Normas para apresentação de documentos científicos*. Vols. 2,6,7 e 8. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.

URANI, André et al. *Lições de mestres – Entrevistas sobre globalização e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Campus: ABDE – Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento, 1998. 270 p.

VALDEÓN, Julio. *El feudalismo*. Madrid: Historia16, 1999. 191 p.

VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoria Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

_____. *El habeas data no puede ni debe contraponerse a la libertad de los medios de prensa*. *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, n. 8.580, Universidad Católica Argentina, p. 1, 1994.

VAZ, Lucio. Congresso vira apêndice do Executivo. *Folha de São Paulo*, 14 abr. 1996. C.1, p.10.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1992. 549 p.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, p. 35-37, abr./jun. 1996.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. 445 p.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Delegação legislativa: a legislação por associações. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 179-188, abr./jun. 1989.

VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus, 1985. 243 p.

_____. *La Constitución abierta y sus “enemigos”*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid/Beramar, 1993. 93 p.

_____. *Teoría general de las articulaciones constitucionales*. Madrid: Dykinson, 1998. 127 p.

VIANNA, Rubens Raimundo Hadad. Inconstitucionalidade das leis de conversão de medidas provisórias, promulgadas pelo Presidente do Senado Federal e sem sanção do Presidente da República. *Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 4, n. 30, p. 7-11, fev. 1992.

VIDAL, José Walter Bautista. *O esfacelamento da Nação*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1995. 216 p.

VIEIRA, José Roberto. Medidas provisórias: “Quousque Tandem”? *O Estado do Paraná*, Curitiba, 2 jun. 1996. Caderno Direito e Justiça, p. 4.

_____. Majoração do IR por medida provisória: uma questão de civilização. *SESCAP/PR*, Curitiba, mar. 1994. P. 16.

_____. Medidas provisórias em matéria tributária e segurança jurídica. In: *Ponencias y Comunicaciones Técnicas de la XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Lima, Peru, del 5 al 10 set. 1993. P. 436-462.

_____. *Medidas provisórias em matéria tributária: as catilnárias brasileiras*. Tese [Doutorado em Direito], Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 1999. 369 p.

WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría et. al. México: FCE, 1992. 1237 p.

_____. *O político e o cientista*. Trad. de Carlos Grifo Babo. 3. ed. Lisboa: Presença, 1979. 151 p.

WEISS, Fernando Lemme. Medidas provisórias, reedição, responsabilidade do Executivo, recusa no procedimento, descumprimento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 25, n. 99, p. 138-141, jul./set. 1991.

WILSON, James Q. Ainda funciona a separação dos poderes? In: KRISTOL, Irving et al. *A ordem constitucional americana (1787/1987)*. Tradução por José Livio Dantas. Rio de Janeiro: Forense, 1988. [216 p.] P. 56-82.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: S. Fabris, 1990. 64 p.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978. 106 p.

YAMASHITA, Douglas. Controle de constitucionalidade de medidas provisórias à luz do princípio da proporcionalidade – Considerações sobre o Estado Democrático de Direito no Brasil. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 173-160, mar. 1999.

YOUNG, James. EUA não está longe de um parlamentarismo. *Revista do Serviço Público*, Brasília, FUNCEP, a. 43, v. 115, n. 6, p. 32-6, maio/jun. 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário – crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995. 216 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di Diritto Costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. V. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1993.

_____. La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.). *División de poderes e interpretación...* Op. cit., p. 161-178.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

BRASIL. DEC-1937, de 21 de junho de 1996. Estabelece regras para a redação de atos normativos do Poder Executivo sujeitos à aprovação do Presidente da República. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 11.137, 24 jun. 1996.

BRASIL. DEC-2124, de 16 de janeiro de 1997. Altera o art. 12 do Decreto nº 1.937, de 21 de junho de 1996, que estabelece regras para a redação de atos normativos do Poder Executivo sujeitos à aprovação do Presidente da República. Brasília: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 968, 17 jan. 1997.

BRASIL. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: aprovado pela Resolução nº 17, de 1989, e alterado pelas Resoluções n. 1, 3 e 10, de 1991; 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; e 57 e 58, de 1994. Brasília: *Câmara dos Deputados*, Coordenação de Publicações, 1994. 309 p. [Alterado ainda pela Resolução n. 5 da Câmara dos Deputados, de 26 de junho de 1996].

BRASIL. REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL. Resolução nº 1, de 1970-CN, com alterações posteriores: Resoluções conexas. Brasília: Congresso Nacional, 1994, 65 p.

BRASIL. Resolução nº 1, de 1989-CN. Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 1.156, 3 maio 1989.

BRASIL. RESOLUÇÃO nº 2, de 1989-CN. Dá nova redação ao parágrafo 1º do art. 2º da Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 1.183, 5 maio 1989.

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA - Texto ordenado por la Convención Nacional Constituyente, en Santa Fe, de 1994, y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Buenos Aires: Estudio, 1995. 300 p.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL CHILE, de 1980, con las modificaciones aprobadas en el plebiscito de 30 de julio de 1989 y las efectuadas por las Leyes nº 19.055, de 1º de abril de 1991; 19.097, de 12 de noviembre de 1991, y 19.295, de 4 de marzo de 1994. In: CD-ROM "Constituciones de América Latina". Santafé de Bogotá/Colombia: Kimera, 1997.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY de 1967 con incorporación de las Reformas de 1989 y 1994. Montevideo: Tecnica S.R.L., 1995. 113 p.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY - Versión Castellano-Guaraní. Asunción: Latindata, 1992. 109 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO REPÚBLICA DE BOLIVIA, de 2 de febrero de 1967, con las modificaciones de 1994. In: CD-ROM "Constituciones de América Latina". Santafé de Bogotá/Colombia: Kimera, 1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgada em 5 de outubro de 1988 (atualizada até a Emenda Constitucional Nº 32/2001).

ANEXOS

ANEXO 1 – Cópia da Emenda Constitucional Nº 32/2001 (4 p.).

ANEXO 2 – Comprovante de pesquisa jurídica encomendada à Subsecretaria de Informações do Senado Federal (solicitação enviada em 31/8/2001 e resultado recebido em 6/9/2001). (2 p.).



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art.48.

.....

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

....."(NR)

"Art.57.

.....

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.

§ 8º Havendo medidas provisórias em vigor na data de convocação extraordinária do Congresso Nacional, serão elas automaticamente incluídas na pauta da convocação."(NR)

"Art.61.

§ 1º

.....

II-

.....

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

....."(NR)

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

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

I – relativa a:

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

b) direito penal, processual penal e processual civil;

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

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

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

III – reservada a lei complementar;

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

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

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

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

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

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período 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.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das 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 § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 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."(NR)

"Art.64.

.....

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

....."(NR)

"Art.66.

.....

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

....."(NR)

"Art.84.

.....

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

....."(NR)

"Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública."(NR)

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na

regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."(NR)

Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de setembro de 2001

Mesa da Câmara dos Deputados

Mesa do Senado Federal

Deputado Aécio Neves
Presidente

Presidente, Interino

Deputado Efraim Morais
1º Vice-Presidente

Senador Antonio Carlos Valadares
2º Vice-Presidente

Deputado Barbosa Neto
2º Vice-Presidente

Senador Carlos Wilson
1º Secretário

Deputado Nilton Capixaba
2º Secretário

Senador Antero Paes de Barros
2º Secretário

Deputado Paulo Rocha
3º Secretário

Senador Ronaldo Cunha Lima
3º Secretário

Deputado Ciro Nogueira
4º Secretário

Senador Mozarildo Cavalcanti
4º Secretário

Ilmº Sr. ANTÔNIO JOSÉ VIANA FILHO
SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÕES
SENADO FEDERAL
BRASÍLIA – DF
FAX: 061.311.1096

Curitiba, 31 de agosto de 2001.

Prezado Senhor,

Por sugestão de Anna Maria, do Serviço de Atendimento da SSETEC do Senado Federal, enviei a Vossa Senhoria uma mensagem eletrônica no dia 12 do presente mês, com algumas solicitações. Mas como até hoje não obtive qualquer resposta e tenho a máxima urgência em receber as informações, repito o pedido via fax, conforme orientação obtida por telefone nessa Subsecretaria.

O que necessito saber é:

- o número total de leis ordinárias e de leis complementares promulgadas desde a entrada em vigor da atual Constituição Federal até hoje, se possível também o número delas discriminado por cada gestão governamental (por exemplo: no governo de Itamar Franco foram “tantas” as leis ordinárias e “tantas” as leis complementares criadas pelo Congresso Nacional...).

Estes dados são necessários para minha Tese de Doutorado em Direito, mas como tenho apenas uma semana para entregar o trabalho pronto, rogo-lhe me sejam enviados ou por fax (41.322.8787 – pedir o sinal de fax e enviar a/c da Profa. Gisela Benitez) ou por e-mail (giselab@cosmosnet.com.br).

Agradeço penhoradamente desde já.

Atenciosamente,


Gisela Maria Bester Benitez

(Fone: 41.252.51.65)

(Endereço: Rua Pedro Rolim de Moura, 45, 61-B,
Alto da Glória – Curitiba – PR – 80030-250)

Rec. em 06/09/2001.

01 08/09 04:45 PRG. 01

Dados disponíveis no Banco de Dados de Normas Jurídicas, supervisionado pela Subsecretaria de Informações do Senado Federal.

Quantidades de Leis e Leis Complementares por Governos:

JOSE SARNEY

LEIS ORDINÁRIAS - 329
LEIS COMPLEMENTARES - 5

FERNANDO COLLOR

LEIS ORDINÁRIAS 467
LEIS COMPLEMENTARES - 8

ITAMAR FRANCO

LEIS ORDINÁRIAS - 504
LEIS COMPLEMENTARES - 10

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

LEIS ORDINÁRIAS 1.429
LEIS COMPLEMENTARES - 16

*Contemplou os 2 governos?
até a data de hoje? OK.*

***** 'COPY' SOLICITADA POR AJOSEVIA .

ANTONIO JOSE VIANA FILHO
AJOSEVIA