ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS ANTES DE SUA ENTRADA EM VIGOR: UMA CONTRIBUIÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

ADMISSIBILITY OF PRIOR COURT OF PROVISIONAL MEASURES BEFORE ITS ENTRY INTO FORCE: A CONTRIBUTION TO THE LEGAL SECURITY

João Henrique Bressan de Souza*

RESUMO: O presente trabalho, além analisar a evolução das medidas provisórias no direito brasileiro, aborda aspectos relativos à sua utilização, cuidando, especialmente, de desenvolver a ideia do juízo prévio de sua admissibilidade, respeitante à verificação da existência dos pressupostos de relevância e urgência, em momento anterior à vigência desta espécie legislativa, de modo a oferecer maior segurança jurídica às relações dela decorrentes.
Palavras-chave: Processo legislativo constitucional. Medidas Provisórias. Relevância e urgência. Juízo prévio de admissibilidade. Congresso Nacional. Segurança jurídica.

ABSTRACT: This work besides analyzing the evolution of provisory measures in the Brazilian law approaches aspects regarding its utilization, seeking especially to develop especially the idea of a previous judgment of its admissibility based on the verification of the existence of estimated relevance and urgency, in a previous moment of the validity of this legislative type, offering a greater legal security to the relations associated to it.
Keywords: Constitutional legislative process. Provisory Measures. Relevance and urgency. Previous judgment of admissibility. National Congress. Legal security.

* Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar – UnP. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Sob as luzes do alvorecer da chama democrática que acabara de eclodir, legitimamente positivada pela Assembleia Nacional Constituinte, em outubro de 1988, aos cinco dias, instaurava-se, no Brasil, uma nova ordem jurídico-constitucional.

Rompendo com os grilhões do regime militar, que livremente dominaram a vida do país pelo "mais longo eclipse das liberdades públicas"[1], a Carta Magna então promulgada notabilizou-se, entre outros aspectos, pela marcante participação popular – daí o rótulo de "Constituição Cidadã" -, através de inúmeras sugestões provenientes do seio daquela sociedade que se insurgira contra a opressão a que submetida e contra a ausência de proteção aos seus mais elementares direitos.

Exatamente por isso, e seguindo a trilha de outras constituições, a Carta de 88 verbalizou, com a marca da imutabilidade, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que, uma vez positivados, criaram uma esfera essencial de proteção aos cidadãos, como forma de inibir as possíveis investidas estatais tendentes a extrapolar as novas limitações estabelecidas.

Por outro enfoque, o Poder Legislativo que, ao longo da ditadura, foi tão menosprezado quanto às liberdades públicas fundamentais, recobrou o *status* compatível à sua condição de centro produtor de normas.

A ele, não mais cabia unicamente a produção de leis. Entregou-se-lhe a função típica de fiscalização (art. 70, da CF), desempenhada através do controle parlamentar direcionado a verificar a legalidade e correção dos atos do Poder Executivo, podendo, inclusive, criar Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), se for o caso, para investigação de fato determinado e por prazo certo (art. 58, § 3º, CF).

As suas novas atribuições visaram proporcionar o equilíbrio imprescindível à convivência harmoniosa e independente dos Poderes da República, com a finalidade de tornar vivo e eficaz o postulado contemplado no artigo 2º, da Constituição Federal.

A propósito, registre-se que essa relação de simultânea independência e interligação entre os órgãos estatais encontra em Montesquieu seu notável

1 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451.

defensor, visto que, na sua obra "O Espírito das Leis", ao sistematizar a Teoria da Separação dos Poderes, não se limitou a detalhar as diferentes tarefas atribuídas a cada um deles. Indo mais além - aspecto que o diferenciou de seus mais próximos precursores (Bolingbroke e John Locke) -, tratou de distinguir a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*).

A primeira, consistente na execução das funções essenciais (típicas) de cada Poder; já a segunda, qualificada pelo controle recíproco efetuado entre eles próprios, que se viabiliza quando um deles exerce atribuição primordialmente pertencente a outro, evitando, a um só tempo, a centralização do poder num único polo emanador e a possibilidade de retorno ao absolutismo, resguardando, em última medida, a liberdade política dos cidadãos.

Nesse quadrante, assim como o papel do Legislativo vai além da elaboração das leis, ao Executivo se destinam incumbências que transpõem os limites da atividade administrativa, confirmando, de tal arte, as premissas da Teoria da Tripartição, da qual se extrai a imprescindibilidade da interpenetração entre os poderes, a fim de controlarem-se entre si e atingirem o equilíbrio teoricamente almejado, concretizando, desse modo, a "relação de coordenação juridicamente regulada", na expressão de Reinhold Zippelius[2].

Reportando-se ao inevitável entrelaçamento entre as funções estatais na Constituição da Alemanha de 1949, como meio apto a repudiar divisões estanques e compartimentadas, Konrad Hesse[3] preleciona que "essa distinção não tem caráter de exclusividade. Ela indica determinados *tipos* básicos do modo de cumprimento de tarefas. Ela não contém circunscrição definitiva das funções constitucionais".

De outra ótica, o fato de a Carta de 88 ter idealizado um Legislativo mais forte que outrora, não significou que o Executivo tenha sido desprezado. Ao contrário, a nova ordem acompanhou uma tendência vislumbrada na maioria dos países adotantes do constitucionalismo que, diante das velozes mudanças que se processam na sociedade moderna – na denominada

2 ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 410.

3 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 371.

"sociedade técnica"[4] - e o grau de complexidade das questões sociais sob a responsabilidade do Estado, aumentou expressivamente os campos sobre os quais o administrador público debruça sua atividade, fenômeno este a que se não mais podia obstaculizar. Como adverte Gregorio Badeni, em seu Tratado de derecho constitucional, "sua função não se limita à simples execução das leis, mas que se estende, de forma global, à gestão e administração dos assuntos públicos"[5].

Importante observar que esse crescimento das atribuições governamentais deveu-se à aglutinação de diversos fatores historicamente constatados no evoluir do constitucionalismo. Dentre eles, pode-se apontar o surgimento do Estado Social (*Welfare State*), que, em linhas gerais, avocou para si a responsabilidade de promover o desenvolvimento da sociedade, intervindo em seus mais diversos setores através de regras jurídicas imprescindíveis à sua organização.

Todavia, nesta nova configuração estatal, o aumento da complexidade dos assuntos sociais ocasionou a sobrecarga do Poder Legislativo (denominada "crise do Parlamento") que, em decorrência de sua estrutura heterogênea e colegiada, sempre suscetível às delongas inerentes ao debate político, não conseguia se desincumbir, de forma satisfatoriamente rápida, da demanda de leis a si reivindicadas.

Daí se percebe que o tempo foi o grande inimigo dos parlamentares, pois os transformou em coadjuvantes impotentes frente ao crescimento exorbitante do Estado, que tudo precisava regular através da lei. E se esta não podia ser feita a tempo e a contento, outra maneira de legiferar haveria de ser implantada.

Diante desses fatores, deu-se início a um gradativo processo de transferência de parcela do poder de legislar para o Executivo.

Necessário pontuar, desde logo, que a competência legislativa atribuída ao governo constitui-se numa excepcionalidade, numa fórmula subsidiária de secundar o Parlamento na formação do ordenamento jurídico.

Observe-se, a título de informação, que essa participação do Execu-

4 "O termo tecnocracia, que vem do grego *téchne* (ofício, arte, ciência) e *kratéo* (governar), é geralmente empregado para designar o governo pela ciência ou pelos cientistas", conforme ensina: SILVA, Benedicto. **Dicionário de ciências sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 1201.

5 BANDENI, Gregório. **Tratado de derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2004. t.2. p. 1252.(tradução livre).

tivo no processo de elaboração das normas encontra recorrente previsão na maioria das modernas democracias[6].

Em síntese, a nova realidade constitucional brasileira instituiu um Poder Legislativo mais atuante, que passou também a incorporar a atividade de fiscalização, ao mesmo tempo em que o Executivo teve expressivamente expandida a sua área de atuação, inclusive com participação direta no processo legislativo[7].

Nessa ordem de ideias, várias são as formas que habilitam o governo a intervir na criação das normas. O poder de iniciativa das leis[8], o veto e a sanção[9], a promulgação e a publicação[10], são exemplos da legitimação conferida pela Constituição brasileira, sem olvidar do regime de urgência, que permite ao Presidente da República solicitar maior rapidez na tramitação de projetos de lei de sua iniciativa (art. 64, § 1º, CF).

Além delas, há também a hipótese em que o próprio governo edita atos dotados de força normativa, que inovam originariamente no sistema jurídico, marcadamente nas situações de emergência, em que a espera pelo tramitar do processo legislativo ordinário pode resultar em grave dano à ordem pública.

Seguindo essa trilha, a Magna Carta disponibilizou duas espécies legislativas ao Executivo: a lei delegada (art. 68) e a medida provisória (art. 62), sendo que, apenas esta última, se constitui no objeto principal do presente estudo.

2 A MEDIDA PROVISÓRIA TAL COMO CONCEBIDA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Objetivando não destoar do timbre democrático que se visou imprimir à Carta Fundamental de 88, o legislador constituinte suprimiu de seu

6 A respeito, conferir nosso "A atividade legislativa do poder executivo: uma realidade inevitável nas modernas democracias", publicado na Revista da FARN / Faculdade Natalense para o desenvolvimento do Rio Grande do Norte. Vol. 4, n.º 1/2 (julho 2004/dezembro 2005 - ISSN 1677-2261).

7 Acerca da intervenção do governo na produção das leis nas diversas Constituições européias, conferir: VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale comparato**. 6 ed. Padova: CEDAM, 2004. p. 485-487. v.1.

8 Art. 61, § 1º, I e II, CF.

9 Ambos previstos no art. 66, CF.

10 Ambos inseridos no art. 84, CF.

texto o decreto-lei, previsto, pela primeira vez, na Constituição de 1937 (arts. 12 a 14) e novamente acolhido pela Constituição de 1967 (art. 58) e Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (art. 55).

Símbolo do autoritarismo institucionalizado e instrumento de concretização de uma política opressiva, o decreto-lei mostrou-se inconciliável com os fundamentos e valores anunciados pela ordem jurídico-constitucional implantada.

Em seu lugar, com algumas alterações e uma nova nomenclatura, criou-se a medida provisória, fruto da adaptação, ao direito brasileiro, do *provvedimenti provvisori con forza di legge*, concebido pela Constituição da Itália de 1947, que, no artigo 77, adotou a técnica legislativa de urgência, já anteriormente esboçada pelos italianos na Lei n.º 100, de 31 de janeiro de 1926, também conhecida como Lei Rocco.

A medida provisória consiste em uma espécie legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, revestida de força de lei e que tem a sua edição condicionada ao atendimento dos pressupostos inseparáveis da relevância e urgência, possuindo eficácia temporária de 30 (trinta) dias (prazo posteriormente alterado pela EC n.º 32/01), a partir de sua publicação, momento em que imediatamente será submetida à apreciação do Congresso Nacional. Insere-se, portanto, na categoria da denominada técnica legislativa de urgência.

Esclareça-se – e este ponto é fundamental para a compreensão do assunto ora analisado - que tal instrumento, a rigor, somente deve vir ao mundo ante a ocorrência de um evento extraordinário, imprevisível, que requer, invariavelmente, uma rápida e eficiente regulamentação legislativa, no intuito de se obstar a materialização de graves prejuízos ao interesse público. Nas palavras de Ana M. Carmona Contreras, "a legislação governamental de urgência representa uma figura excepcional dentro do ordenamento jurídico e, como tal, deve considerar-se em uma chave eminentemente restritiva"[11].

Conforme já esposado, a estrutura funcional do Parlamento, órgão colegiado e naturalmente formado pela representação dos mais diversos

11 La configuración constitucional del decreto-ley. Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 80 (tradução livre), onde a referida autora detalha brilhantemente os aspectos norteadores do decreto-lei na Constituição espanhola.

segmentos da sociedade, não se compatibiliza, em regra, com situações cuja excepcionalidade exige pronto amparo legislativo, ou seja, em que devidamente configurado o *periculum in mora* (iminência de dano), até porque a atividade parlamentar encontra-se sujeita ao fiel cumprimento das regras procedimentais impostas pelo texto constitucional, gerando, por vezes, demora no andamento dos projetos de lei.

Desse modo, o que faz eclodir a necessidade de uma medida provisória é a hipótese fática absolutamente excepcional, permeada de uma importância acima da normalidade e imprevisível aos olhos do legislador ordinário, ou, como prefere Geraldo Ataliba[12], quando surgir a "emergência exigente de providência normativa imediata".

Portanto, o exercício desta faculdade demanda a presença dos requisitos da relevância *e* urgência, hipótese em que, ausente pelo menos um deles, incide a cláusula impeditiva de legislar que sobressai do próprio texto da Carta Federal.

A prática constitucional, no entanto, revelou que, todos os presidentes empossados pós-outubro de 88, fossem eles filiados a um ou outro matiz ideológico, muito pouco procuraram reverenciar os caracteres inerentes à técnica legislativa emergencial.

Isto ocorreu não só pela necessidade de o governo transformar em lei matérias que reputavam importantes ao seu interesse, mas especialmente porque a redação original do artigo 62 contribuiu decisivamente para a descaracterização do instituto.

Um dos aspectos hábeis a justificar este problema foi a completa ausência de um elenco de matérias em relação às quais o veículo provisório não poderia tratar, isto é, permitia-se, numa interpretação constitucional literal e equivocada, que o mesmo cuidasse de qualquer assunto jurídico (penal, civil, eleitoral, etc.) que o poder monocrático do Presidente da República qualificasse como relevante e urgente.

Inexistindo proibições materiais explícitas, surgiu uma infinidade de provimentos de urgência que demonstrou, ao simples exame de seus conteúdos, o quão perigosa era a entrega de competência normativa primária

12 ATALIBA, Geraldo (1967 apud DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 63.

a órgão diverso do Legislativo, sem que, antes e necessariamente, fossem fixados precisos parâmetros objetivos.

Tal equivalia, em termos práticos, a investir o chefe presidencial em função típica primordialmente desenvolvida por outro Poder da República. E isto não é de ser concebido em nenhum país que firme as bases de seu Estado no primado da democracia.

Relembre-se, por oportuno, que, mesmo o decreto-lei adotado nas Constituições anteriores, com toda a carga de autoritarismo a que se lhe atribuíra, possuía campos taxativos sobre os quais não poderia versar, a teor do disposto no artigo 55, da EC n.º 1/69.

A exemplo da MP n.º 153, de 15/03/1990, que veiculou a tipificação do crime de abuso de poder econômico, não menos inacreditável foi a MP n.º 156, editada na mesma data, que fixou as balizas jurídicas do crime contra a Fazenda Pública, aplicando, para ambas as figuras penais, as correspondentes penalidades.

Isto implicava dizer que, ao tornar ilícita e antijurídica uma conduta humana, através de um ato de eficácia temporária, alguém poderia ser condenado pelo delito provisório e, depois, na hipótese de rejeição da MP pelo Congresso, mesmo assim ter que suportar o peso de um decreto condenatório em razão de um crime que só foi crime por alguns instantes! Clèmerson Merlin Clève, a respeito, assinalou que "essas medidas provisórias, como muitas outras, integram uma categoria que merece estudo: a teratologia jurídico-normativa"[13].

Legislar sobre tema afeto à área penal, assunto induvidosamente restrito ao âmbito da ampla discussão operada no procedimento previsto para as leis ordinárias, é retirar do Congresso, órgão legitimamente representante da soberania popular, a especial tarefa de delinear os contornos das condutas a serem enquadradas como criminosas.

E o que dizer da "urgência" da MP n.º 105, de 13/11/1989, que inscreveu no Livro dos Heróis da Pátria os nomes de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca?

Estes exemplos são inequívocos em comprovar o desvio de finalidade

13 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **As medidas provisórias e a Constituição Federal de 1988**. Curitiba, Juruá, 1991. p. 62.

praticado pelo senhor único da competência, que, ao vestir-se no traje de legislador ordinário, seguia a trilha deixada por um passado tão recente e tão desastroso no tocante às consequências da preponderância do Executivo em relação aos demais Poderes constituídos.

Outro elemento de expressiva contribuição para a problemática em foco radicava nas intermináveis reedições das medidas provisórias.

A teor do disposto no parágrafo único, do artigo 62, em sua redação original, o ato normativo primário gerava efeitos pelo prazo de trinta dias, período ao final do qual, se não fosse convertido em lei pelas Casas Congressuais, perderia sua eficácia, desde a edição (*ex tunc*), competindo a estes órgãos disciplinar as relações jurídicas dele provenientes.

No entanto, sendo o prazo trintenário de reconhecida exiguidade e a fim de evitar a perda da eficácia do ato, reapresentava-se o seu texto, dando-lhe renovada força jurídica por mais trinta dias. Se, ao término desse novo prazo, novamente não tivesse sido votado, a prática da reedição se repetia sucessivamente.

Atente-se para o fato de que, no período entre a promulgação da Carta Política (05/10/1988) e data da entrada em vigor da EC n.º 32/01 (11/09/2001), que será abordada no tópico subsequente, somente 35 das 314 MP's originárias foram apreciadas (convertidas ou rejeitadas) em trinta dias, o que representa pouco mais de 10% do total.

A título ilustrativo, veja-se a situação da MP n.º 327, de 24/06/1993, que instituiu alterações no Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei n.º 8.031/90. Ela foi reeditada não menos de 52 vezes, sendo a última através da MP n.º 1481-52, de 08/08/1997, após a qual restou convertida na Lei n.º 9.491/97. Deste exemplo se extrai que algo concebido para vigorar por 30 dias perdurou por mais de 04 anos, até a sua definitiva conversão em lei.

Em outro caso, salta aos olhos a incrível duração da MP n.º 470, de 11/04/1994, que teve seu texto reeditado 89 vezes até a MP n.º 2.096-89, de 25/01/2001, convertida na Lei n.º 10.179/01, isto é, teve sua eficácia assustadoramente elastecida por quase 07 anos![14]

14 Amontoam-se os exemplos de MP's que tiveram a eficácia estendida por prazo muito maior que 30 dias, como se pode depreender no caso da MP n.º 794, de 1994, com 77 reedições, da MP n.º 480, de 1994, com 88 reedições, etc.

As reedições, portanto, tornavam permanente a eficácia de algo essencialmente transitório, servindo de válvula de escape para desviar do Congresso a apreciação inicial de determinadas matérias, transformadas monocraticamente em lei.

Além destes dois fatores preponderantes (ausência de limites materiais e reedições sucessivas), havia um outro que estarrecia por sua própria grandeza: a espantosa e surpreendente quantidade de instrumentos de urgência veiculados até a EC n.º 32/01.

Para que se tenha ideia da intensidade da produção legislativa presidencial, basta asseverar que, em pouco menos de 13 anos, ou exatamente 4.724 dias, vieram ao mundo 5.519 medidas provisórias (314 originárias e 5.205 reedições)[15]. Indo mais além e dividindo-se o número de MP's pelo quantitativo de dias, perceber-se-á que, no referido espaço de tempo, foi deflagrada, em média, 1,16 MP por dia!

Outro juízo conclusivo não pode ser emitido senão aquele que reconhece o Brasil como uma nação extremamente atormentada por tantos eventos excepcionais e gravosos que exigem um esforço incomum de seu Chefe Maior, a fim de que soluções legislativas rapidamente sobressaiam ao amparo dos mesmos.

Esta impressionante realidade, por outro lado, fez surgir não só a convicção de que o manuseio desta ferramenta extrapolou as raias da normalidade, mas também forçou a reconhecer a debilidade e o fracasso do processo legislativo brasileiro, moroso e falho no que se refere à produção de leis imprescindíveis ao atendimento das demandas sociais.

Noutro pórtico, como forma de corroborar a completa deturpação do instituto examinado, reflita-se sobre o conteúdo do Decreto n.º 1.937, de 21 de junho de 1996 e do Decreto n.º 2.954, de 29 de janeiro de 1999, editados pelo próprio Executivo, que estabeleciam regras para a redação de atos normativos dele provenientes e sujeitos à aprovação do chefe presidencial.

Através de tais diplomas, externou-se a conceituação do *estado de necessidade legislativo*, que se configuraria diante de uma "circunstância fática ou situação jurídica de difícil previsão", conforme demonstra a redação do artigo 32, *caput* e seu § 1º, do Decreto n.º 2.954/99, que tem idêntico teor

15 Contagem realizada através das informações existentes no site da Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

a do artigo 22 e § 1º, do Decreto n.º 1.937/96.

Com isso, este Poder constituído, por suas próprias mãos, assinava a confissão de que era ciente dos elementos essenciais que demarcavam os contornos de sua excepcional atividade legiferante, que só se legitimaria ao ensejo de uma situação fática ou de direito a que não se poderia fazer um juízo de previsibilidade.

De tanto a prática divorciar-se do conteúdo abstrato dos referidos decretos, a única opção que restava era a revogação dos mesmos, dada a manifesta incompatibilidade entre eles e a prática das MP's, o que, de fato, ocorreu através do Decreto n.º 4.176, de 28 de março de 2002, no qual não mais se fez alusão ao mencionado estado de necessidade legislativo.

Neste cenário, o Congresso temia, e com muita razão, a volta do regime ditatorial vivenciado no recente passado histórico, na medida em que o Executivo crescia, com velocidade supersônica, sua interferência no processo legiferante, através da veiculação de medidas provisórias cujos conteúdos eram reservados às leis ordinárias, além de já possuir as várias outras formas de intervenção previstas na Magna Carta.

Diante desses fatores, o sistema de controles recíprocos, constituído pelos mecanismos constitucionais destinados a promover uma harmoniosa coexistência entre os Poderes, não estava funcionando como deveria, pois não refreou os impulsos legislativos do governo.

As Casas congressuais que, por si sós, não conseguiam elaborar, em tempo hábil, as leis que a elas eram solicitadas, ainda tinham a sua atividade constantemente interrompida devido à necessidade de apreciação dos atos transitórios, não poucas vezes tratando de assuntos jurídicos de elevada complexidade. O Presidente da República, por sua vez, nada sensibilizado com este problema, prevalecia-se de sua prerrogativa para dar vigência às matérias que lhe trariam maiores facilidades no desempenho de suas funções, sabendo ele da permanência em que se transformaria a provisoriedade do instrumento de sua competência.

Em suma, estes aspectos acima explicitados foram verdadeiramente preponderantes para a configuração de uma conjuntura insustentável, revelando-se inadiável uma reforma no texto do artigo 62.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32/01 E O NOVO REGIME JURÍDICO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Foram necessários longos 13 anos para a concretização daquilo que já vinha sendo conclamado pela doutrina especializada e pelos parlamentares comprometidos com o respeito aos postulados do Estado Democrático de Direito: a reforma do artigo 62, a considerar que, durante todo esse período, "o Executivo fazia as vezes do Legislativo e o Legislativo imitava o Judiciário, dedicando seu tempo às CPI's, à falta de poder legiferante real", consoante lúcida afirmativa de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins[16].

Veio à lume, pois, a Emenda Constitucional n.º 32, de 11/09/2001, trazendo em si restrições fundamentais ao exercício da competência presidencial, com amparo na praxe constitucional que demonstrou que, sem elas, o Legislativo continuaria refém da voracidade legislativa do Executivo.

Através do novo parágrafo 1º e de seus incisos I a IV, do artigo 62, estabeleceram-se as limitações materiais da medida provisória, descrevendo os assuntos sobre os quais recairia a cláusula proibitiva de legislar, dentre eles, direito penal, processual penal, processual civil, direito eleitoral, planos plurianuais, etc.

Por outro lado, permitiu-se o seu uso para a instituição ou majoração de impostos (salvo no caso dos artigos 153, I, II, IV, V e 154, II, da CF), adiando, para o exercício financeiro seguinte, o início da produção dos seus efeitos, na hipótese de ter sido convertida em lei até o último dia daquele (exercício financeiro) em que foi editada, nos termos do § 2º.

Outra inovação foi no tocante ao aumento do prazo de sua vigência, que de 30 passou para 60 dias – igualando-se à Constituição Italiana, no artigo 77 -, prorrogáveis, uma única vez, por igual período, caso sua votação não se conclua na respectiva Casa, conforme os §§ 3º e 7º, não se contabilizando esse prazo nos períodos de recesso do Congresso, como determina o § 4º.

Em relação à problemática das sucessivas reedições, o legislador constituinte derivado houve por bem proibi-la, na mesma sessão legislativa, na

16 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. t.1. p. 500.

hipótese de rejeição ou perda de eficácia do ato pelo decurso de prazo, em conformidade com o § 10º.

Evitou-se, com isso, a prática condenável de transformar em permanente e duradoura (como se demonstrou no tópico anterior) uma espécie legislativa temporária, de efeitos precários, cujo prazo de vigência encontra expressa previsão na própria Constituição.

Além disso, criou-se o regime de urgência na tramitação do provimento, a ser automaticamente aplicado quando o mesmo não for apreciado em até 45 dias após a sua publicação, oportunidade em que ocorrerá o sobrestamento de todas as deliberações legislativas existentes na respectiva Casa do Parlamento onde estiver tramitando, segundo o disposto no § 6º.

Assim, não procedendo ao exame no referido prazo, nada mais poderão fazer os deputados e senadores senão discutir o mérito do ato, já que, em relação aos demais projetos de lei em curso, instaurar-se-á o obstáculo intransponível do "trancamento da pauta", como tem sido chamado o reportado sobrestamento.

É importante anotar que, uma vez deflagrado o regime de urgência, de outros 15 dias disporá o Congresso para a realização de seu mister. Não o fazendo nesse prazo, renovar-se-á a vigência por mais 60 dias, *ex vi* do § 7º, tudo isso ocorrendo sob o manto protetor da suspensão da apreciação de todos os demais projetos de lei em andamento.

Diante dessa nova realidade e imaginando-se, hipoteticamente, a existência simultânea de 4 medidas provisórias que alcancem o regime de urgência (45 dias), com intervalo de 10 dias de uma para a outra, perceber-se-á que, se os parlamentares levarem exatamente 10 dias para apreciar cada uma delas, devido, por exemplo, à complexidade do assunto, a atividade parlamentar encontrar-se-á inevitavelmente estagnada por não menos de 40 dias.

Enquanto isso, outros tantos projetos de lei, notadamente fundamentais ao desenvolvimento do país, tais como um novo Código de Processo Penal, a reforma política e tributária, a responsabilidade penal e civil no âmbito da *internet*, etc., e que requerem amplo debate técnico e político, ficam emperrados no corredor do processo legislativo à espera da resolução das tantas "situações emergenciais" levadas constantemente ao crivo do Congresso.

Portanto, o "trancamento da pauta" traz como consequência a imobilização da atividade parlamentar, subordinando-a a apreciar, com o timbre da exclusividade, as matérias cujo juízo valorativo unilateral do Presidente da República impõe como relevantes e urgentes.

Noutro pórtico, ao se perquirir a intensidade da produção normativa excepcional, constata-se que, após seis anos da existência da EC n.º 32/01, foram editadas 389 MP's originárias, resultando numa média de 5,40 por mês. Já nos quase treze anos compreendidos entre a promulgação da Constituição (05/10/1988) e a EC n.º 32/01 (11/09/2001), publicaram-se 314 MP's originárias, gerando uma média de 2,02 mensais.

Estas estatísticas são irrefutáveis em corroborar a timidez da alteração constitucional implantada, posto que, apesar de ter solucionado o problema das intermináveis reedições e de ter criado as limitações materiais, nem assim logrou reduzir a quantidade de atos deflagrados; muito ao contrário, a iniciativa presidencial foi excessivamente intensificada, mais do que duplicando a média de sua produção.

Como se isto não bastasse, os casos de patente inconstitucionalidade dos conteúdos veiculados continuam a campear na órbita do sistema jurídico, tais como a MP n.º 5, de 17/10/2001, que instituiu feriados civis nos Estados-membros que especifica, editada já sob as luzes da EC n.º 32/01. Ou, então, a MP n.º 195, de 29/06/2004, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo para bloqueio temporário da recepção de programação inadequada.

Em desfecho, é de se perceber que as modificações implementadas pela EC n.º 32/01 não foram suficientemente rigorosas ao ponto de impor ao Executivo o correto exercício de sua prerrogativa.

4 O JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

4.1 O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E A TRAMITAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO CONGRESSO NACIONAL

Imprescindíveis foram as considerações dantes explicitadas, relacio-

nadas aos principais aspectos jurídicos e práticos das medidas provisórias, para que, a um só tempo, fosse possível bem situar o leitor no foco principal do presente estudo – o juízo prévio de admissibilidade –, como também para dar o suporte necessário à ideia que ora se pretende desenvolver.

Feita esta observação, importa esclarecer inicialmente que, em todas as constituições que adotam a técnica legislativa de urgência, após o exercício da faculdade governamental, o ato elaborado será submetido ao controle do Poder Legislativo, que, após apreciá-lo, poderá ratificá-lo, hipótese em que será transformado em lei, ou, caso contrário, rejeitá-lo, afastando-o definitivamente do mundo jurídico.

No Brasil, uma vez publicada a medida provisória, oportunidade em que imediatamente entrará em vigor, será ela encaminhada ao Congresso Nacional para que se proceda à respectiva apreciação que constitucionalmente lhe cabe.

Em linha de princípio, vale destacar que a sua tramitação perante as Casas Parlamentares necessariamente observará o procedimento estabelecido na Constituição Federal (art. 62) e nas normas regimentais do Congresso.

Além das inovações esmiuçadas no tópico anterior, no respeitante à tramitação, a EC n.º 32/01 instituiu o juízo prévio de admissibilidade, nos termos do § 5º, do artigo 62, da CF: "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".

Por este comando normativo, impôs-se que, antes da deliberação acerca do mérito, as Casas Legislativas se incumbirão de averiguar se a relevância e a urgência – pressupostos indissociáveis que são – encontram-se devidamente caracterizadas, vez que, ausente pelo menos uma delas, fulminado estará o provimento de flagrante inconstitucionalidade, caso em que a referida mácula deverá ser proclamada pelo Plenário da respectiva Casa e, por consequência, o ato perderá sua vigência. Nisto consiste o juízo prévio de admissibilidade.

Trata-se, pois, de um julgamento preliminar pelo qual o Parlamento, no exercício do controle dos atos do Poder Executivo e antes de adentrar no exame do mérito, verifica o atendimento dos pressupostos autorizadores exigidos pela Lei Fundamental.

Cumpre registrar que o juízo prévio de admissibilidade já havia sido criado bem antes da EC n.º 32/01, através de Resolução n.º 01, do Congresso Nacional, editada em 1989, cujo artigo 5º, *caput*, estabelecia que: "A Comissão terá o prazo de cinco dias, contado 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".

Destarte, uma vez publicada, designava-se uma Comissão Mista[17] (formada por seis senadores e seis deputados[18]) para emitir parecer relativo à sua admissibilidade total ou parcial, considerando-se, para tanto, os elementos habilitadores da relevância e urgência. Uma vez elaborado, o referido documento era encaminhado à Presidência do Congresso, que, de sua vez, assim deveria proceder[19]: se o parecer se posicionasse pelo atendimento dos pressupostos, abria-se prazo máximo de vinte e quatro horas para a interposição de recursos, com o objetivo de submeter o ato ao crivo do Plenário do Congresso, para que este decidisse sobre a admissibilidade; ou, se o parecer concluísse pelo não atendimento, era convocada obrigatoriamente sessão conjunta para apreciá-los.

Contudo, se o Plenário, após a realização de duas sessões, em até dois dias subsequentes, não decidisse acerca dos requisitos, estes eram considerados tacitamente atendidos[20].

Decidindo o Plenário pela ausência de tais elementos, a medida provisória era rejeitada e arquivada, devendo o Presidente do Congresso editar ato decretando a insubsistência da mesma, a respeito do qual era comunicado o Chefe do Executivo, competindo à Comissão Mista elaborar projeto de Decreto Legislativo, com o fito de se disciplinarem as relações jurídicas oriundas do instrumento de emergência[21].

Em contrapartida, manifestando-se pela sua configuração, de outros quinze dias, contados da publicação desta deliberação parlamentar, dispunha a Comissão Mista para elaborar novo parecer, desta feita respeitante aos aspectos constitucional e de mérito[22].

17 Era o que impunha o artigo 2º, *caput*, da Resolução n.º 01/1989.
18 Posteriormente este número foi alterado para sete, pela Resolução n.º 02/1989.
19 Artigo 5º, § 1º, I e II, da Resolução n.º 01/1989.
20 Artigo 5º, § 5º, da Resolução n.º 01/1989.
21 Artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da Resolução n.º 01/1989.
22 Artigo 7º, da Resolução n.º 01/1989.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 8º, da Resolução n.º 01/1989, impunha que, se os pareceres, tanto com relação aos pressupostos, quanto o que se manifestava sobre a constitucionalidade e o mérito, não fossem apresentados nos respectivos prazos de cinco e quinze dias, o Presidente do Congresso indicaria relator para proferi-lo em Plenário.

Necessário atentar para o fato de que, após a conclusão desta etapa preliminar, formada pela elaboração de dois pareceres, se, no segundo deles, a Comissão opinasse pela inconstitucionalidade parcial ou total, sobre este ponto deveria pronunciar-se o Plenário antes de analisar o mérito. Assim, votando-se pela pertinência constitucional, restaria a discussão acerca do mérito, visando transformá-lo em lei ou rejeitá-lo definitivamente, etapa que, por si só, já demandava uma apreciação detalhada do texto normativo.

Diante disso, percebe-se que o caminho que era percorrido possuía etapas que, consideradas em conjunto, formavam um procedimento não muito dinâmico, tendo-se em conta as possibilidades de sujeitar o provimento à votação no Plenário do Congresso, seja para decidir inicialmente sobre o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais, seja depois para verificar a sua constitucionalidade, além do exame do mérito, como também a elaboração dos dois pareceres pela Comissão Mista, se configuradas a relevância e a urgência, ou um parecer e um projeto de decreto legislativo, acaso as mesmas não estivessem presentes.

Além desse fator, não se pode olvidar a assustadora média de 1,16 medida provisória editada por dia, desde a promulgação da Carta de 88 até o advento da EC n.º 32/01, consoante ressaltado no tópico 2.

Por consequência, o procedimento instituído pela Resolução n.º 01/1989 afigurou-se inapropriado aos fins a que se destinava, porquanto, além de ter se defrontado, na prática, com uma quantidade de veículos com força de lei infinitamente superior àquela que razoavelmente se esperava, era constituído por etapas que o tornavam lento e incompatível com o curto prazo de vigência (à época trinta dias) da espécie normativa em foco.

Ulteriormente, a mencionada norma regimental foi revogada pela Resolução n.º 01, do Congresso, de 08 de maio de 2002, trazida à baila para adaptar-se às inovações da EC n.º 32/01.

Este novo texto regimental instaurou um procedimento mais sim-

plificado, coerente com a natureza da espécie legislativa a que se refere, especialmente quanto às atribuições da Comissão Mista.

Neste sentido, publicado o provimento transitório, forma-se uma Comissão Mista, desta feita com doze deputados e doze senadores[23] (diferentemente dos seis previstos na norma anterior), para apreciá-lo e sobre ele emitir parecer, nos termos do artigo 62, § 9º, da CF.

Esta Comissão terá o prazo impostergável de quatorze dias (e não mais cinco, como outrora), contados da publicação do ato, para expedir *parecer único* sobre a matéria, realizando o exame de quatro aspectos: constitucional, inclusive relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e em relação à mensagem e à motivação que devem acompanhar o texto editado, de acordo com o artigo 5º, *caput*, da Resolução n.º 01/2002.

Avulta desta nova Resolução, diferentemente da anterior, a previsão da confecção de um único parecer, documento em que a Comissão se debruçará sobre os aspectos acima apontados, dentre eles o juízo de admissibilidade. Outra inovação foi no concernente ao exame da adequação financeira e orçamentária da medida provisória e à mensagem e à motivação que devem acompanhá-la.

Feita a análise de tais elementos, mesmo que a Comissão opine categoricamente pelo não atendimento dos pressupostos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária, deverá emitir posicionamento sobre o mérito[24]. Quanto a este último, o parecer poderá posicionar-se pela aprovação total ou parcial do ato, pela sua alteração, rejeição ou, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ele apresentado. Sempre que a Comissão deliberar pela alteração, deverá concluir pela apresentação de projeto de lei de conversão correspondente à matéria e pela apresentação de projeto de decreto legislativo, meio através do qual se disciplinarão as relações jurídicas surgidas durante a vigência do texto suprimido ou alterado, nos termos do artigo 5º, § 4º, I e II, da referida Resolução.

Aprovado o parecer pela Comissão, será o mesmo enviado à Câmara dos Deputados; todavia, esgotando-se o prazo de quatorze dias (previsto no

23 A teor do que reza o artigo 2º, *caput* e § 2º, da Resolução n.º 01/2002.
24 Segundo determina o artigo 5º, § 2º, da Resolução n.º 01/2002.

caput do art. 5º) sem a elaboração do mesmo, será o processo encaminhado à Câmara que, em ambas as hipóteses, terá até o vigésimo oitavo dia de vigência para empreender a apreciação. Aprovado na aludida Casa, o texto segue para a análise do Senado.

Em relação ao juízo de admissibilidade, o artigo 8º, da referida norma, determina que o mesmo será realizado pelo Plenário de cada uma das Casas do Congresso, em momento anterior ao exame do mérito, sem a necessidade de interposição de recurso[25], conforme também preceitua o § 5º, do artigo 62, da CF. Ato contínuo, se o Plenário da respectiva Casa entender não configurados os requisitos de admissão, a medida provisória será arquivada[26]; caso contrário, avança-se à votação do mérito.

Nesse contexto, comparando-se o processo de tramitação estabelecido nas normas regimentais acima apontadas, verifica-se que a Resolução n.º 01/2002 tornou-o mais simples, posto que, em um único parecer, a Comissão Mista delineia seu entendimento acerca dos vários aspectos que norteiam o ato, dentre eles a relevância e urgência, ao passo que, na Resolução n.º 01/1989, duas eram as participações da referida Comissão: uma, para manifestar-se sobre os elementos de admissibilidade e, outra, quanto aos aspectos constitucional e de mérito.

Observe-se, no entanto, que, a despeito da celeridade que se imprimiu ao novo procedimento, a decisão acerca dos elementos de admissibilidade continua sob a responsabilidade do Plenário da Câmara e do Senado, a exemplo do que já ocorria na vigência da Resolução n.º 01/1989, que os apreciará anteriormente ao mérito, cabendo à Comissão tão somente a tarefa de emitir parecer sobre o texto publicado, não possuindo nenhum poder decisório.

Além disso, apesar de o juízo prévio de admissibilidade, juntamente com todas as limitações trazidas pela EC n.º 32/01, ter-se revelado necessário ao controle parlamentar sobre a atividade normativa de exceção, na prática não tem obstado o surgimento de medidas provisórias cuja in-

25 "Art. 8º. O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de Medida Provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito".

26 De acordo com o comando do parágrafo único, do artigo 8º, da Resolução n.º 01/2002.

constitucionalidade ressoa evidente, como procurou se demonstrar no item 3 acima, marcadamente pela inexistência dos tão citados pressupostos de relevância e urgência.

Não se pode perder de vista a excepcionalidade que reveste o exercício da prerrogativa presidencial, constitucionalmente autorizado para amparar as situações fáticas, ocorrentes na sociedade moderna, que requerem do Estado uma imediata resposta legislativa.

Assim o é porque, abstraído o elemento da urgente necessidade, motivação não há para que se recorra a tal expediente, posto que outras formas legiferantes ordinárias encontram-se disponibilizadas no texto constitucional.

4.2 OS EFEITOS DA MEDIDA PROVISÓRIA E A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DELA DECORRENTES

Um outro tema que deve ser suscitado, ao avançar no exame da deturpada utilização da medida provisória no direito brasileiro, diz respeito aos efeitos por ela produzidos, a considerar que, ao ser publicada, a mesma entra imediatamente em vigor, passando a ter eficácia sobre as situações fáticas nascidas sob a sua égide.

Todavia, importante advertir, desde logo, que o provimento transitório caracteriza-se pela produção de efeitos precários, isto é, não revestidos de definitividade, vez que este último atributo somente as leis formais é que o possuem, conforme leciona Livio Paladin, ao tratar do decreto-lei previsto na Constituição italiana: "Verdade é que os decretos-lei, diversamente das leis formais e das leis delegadas, são caracterizados não somente e não tanto pela temporaneidade mas pela precariedade das suas disposições"[27].

A precariedade se justifica porque o ato, que possui vigência temporária, fica condicionado à deliberação parlamentar e somente com a sua posterior aprovação é que se reputarão consolidados os seus efeitos; em contrapartida, isto é, no caso de sua não conversão em lei, perderá a eficácia desde a sua edição (*ex tunc*), consoante impõe o § 3º, do artigo 62, CF, tornando-se imperiosa a desconstituição dos seus respectivos efeitos, operação que se dá através da regulamentação, por via de decreto legislativo, das re-

27 PALADIN, 1998, p. 195 (tradução livre).

lações jurídicas surgidas durante o tempo em que o mesmo logrou eficácia.

Diante destas peculiaridades, fácil é perceber que sobre o texto publicado incide a proibição de, a partir dele, se originarem situações jurídicas de caráter definitivo, impossíveis, pois, no caso de sua não transformação em lei, de serem reconduzidas ao estado fático no qual se encontravam anteriormente à existência do mesmo.

Sintetizados, assim, os fundamentos teóricos pertinentes aos efeitos da medida provisória, ocorre que, na prática constitucional, não se tem vislumbrado uma mínima preocupação do chefe presidencial com as consequências da formação de situações concretas irreversíveis.

Importante averbar que, até que o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme dispõem o § 5º, do artigo 62, da CF e o artigo 8º, da Resolução n.º 01/2002, aprecie, em caráter preliminar, a configuração da relevância e da urgência, o ato transitório já produziu efeitos e constituiu diversas relações jurídicas.

Isto implica afirmar que, se o mesmo contiver disposição normativa flagrantemente inconstitucional, seja pela não caracterização da relevância e da urgência ou pela inadequação financeira ou orçamentária, já terá provocado resultados que são revestidos, na maioria das vezes, pelo manto da imutabilidade.

Um exemplo desta realidade pode ser percebido na MP n.º 375, de 15/06/2007, através da qual o Presidente fixou a remuneração dos cargos e funções comissionadas da administração pública federal. Consta do seu artigo 6º que a mesma entrará em vigor "na data de sua publicação, produzindo efeitos financeiros a partir de 1º de junho de 2007", isto é, veiculou efeitos retroativos que alcançarão as relações jurídicas por ela abrangidas quinze dias antes de sua publicação.

Com isso, depreende-se que, na hipótese de não conversão pelo Congresso, os servidores beneficiados já terão percebido, pelo menos, dois meses de remuneração, tendo-se em conta o período mínimo de sua tramitação (sessenta dias), e, como se sabe, a devolução de tal montante pecuniário se afigura de improvável consecução.

Assim também se constata em inúmeros exemplos de medidas provisórias que abrem crédito extraordinário de vultosas quantias. Registre-se

que esta operação encontra respaldo no artigo 167, § 3º, da CF, desde que seja "para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública".

Contudo, expressiva parcela dos atos editados com base neste fundamento não cuida de circunstâncias imprevisíveis, assemelhadas à guerra, comoção interna ou calamidade pública. Veja-se, por exemplo, o teor da MP n.º 383, de 16/08/2007, que abriu crédito extraordinário, em favor da Presidência da República e de Ministérios, no valor global de R$ 1.253.983.299,00. Em análise aos anexos do ato, nota-se que, uma das várias destinações do *quantum* foi para a "conservação preventiva e rotineira de rodovias" nos Estados que especifica.

Ora, a relevância de tal empreendimento avulta indiscutível, mas aquilo que se qualifica como "preventivo e rotineiro" não se subsume ao conceito de imprevisibilidade, configurando inquestionável afronta ao artigo 167, § 3º. Acrescente-se que, uma vez liberada a aludida quantia, com o consequente início das obras, e caso o juízo político do Parlamento opte pela rejeição do ato, o disciplinamento das relações estabelecidas se revelará confuso e contrário à ordem pública, na medida em que já terá havido expressivo dispêndio de dinheiro público.

Em outro caso, tem-se a MP n.º 338, de 28/12/2006, que abriu crédito extraordinário em favor de diversas empresas estatais, no valor total de R$ 7.457.585.977,00, tendo como um de seus direcionamentos a modernização de pontos de atendimento bancário das instituições financeiras oficiais. Indaga-se: donde extrair um mínimo de imprevisibilidade deste empreendimento? Como equiparar a atividade desenvolvida pelas instituições financeiras com guerra, comoção interna ou calamidade pública? Em hipóteses que tais, tormentoso será o tratamento normativo no caso de rejeição do provimento, a considerar a elevada quantia despendida e empregada em suas respectivas finalidades.

Desse modo, torna-se dificílima, através do decreto legislativo previsto no § 3º, a regulamentação dos atos praticados, dado que a volta ao *status quo ante* é medida a que se não mais poderá alcançar.

Outra questão merecedora de ponderação diz respeito à não elaboração do decreto legislativo, no prazo de sessenta dias, consoante im-

posição do § 11. Como já explicado, não sendo a medida provisória convertida em lei, perderá a eficácia e, por conseguinte, as relações dela decorrentes deverão ser disciplinadas através de tal instrumento. Entretanto, se o mesmo não for elaborado no prazo de até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia, os casos concretos surgidos continuarão a ser por ela regidos.

Quer dizer: omitindo-se o Congresso na confecção do decreto, o ato transitório, não obstante sua rejeição ou perda de eficácia, terá produzido efeitos permanentes, passando a regulamentar as relações como se aprovado tivesse sido.

Eis aí o lamentável retorno do instituto do "decurso de prazo", efusivamente criticado pela doutrina e presente no decreto-lei de outrora, consistente na sua aprovação tácita quando o Congresso não o analisava no espaço de tempo fixado. Na Lei Magna atual, é certo que, se a deliberação da medida não ocorrer no prazo de sua vigência, a mesma deixará de produzir efeitos; mas – insista-se – não sobrevindo o decreto legislativo em tempo hábil, os casos concretos atingidos permanecerão por ela definitivamente regulados, acarretando, pois, a "eternização das medidas que deveriam ser provisórias, sob o pretexto do atendimento à segurança jurídica", como preleciona André Ramos Tavares[28].

Muito embora tenha sido legitimamente inserido no ordenamento legal, o fundamento jurídico temporário, na hipótese versada, não deveria disciplinar de forma definitiva os atos praticados, isto porque razoável seria que tal mister fosse atribuído exclusivamente ao Congresso, independentemente da estipulação de prazo para a feitura do mencionado decreto.

Sublinhe-se, ainda, que o "decurso de prazo" mostra-se incoerente com o próprio sistema constitucional, visto que este impõe, no caso de não conversão, a desconstituição dos efeitos gerados desde a origem (*ex tunc*).

E mais: vislumbrando-se demora excessiva na confecção do decreto, remédios constitucionais eficazes existem para fins de compelir o Legislativo a elaborá-lo, a exemplo do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, demonstrando-se, de tal arte, o completo descabimento da fixação desse lapso de sessenta dias.

28 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 940.

4.3 A "GOVERNALIZAÇÃO" DA LEGISLAÇÃO

Dando continuidade à explanação dos fatores que distorcem o manuseio da espécie normativa em tela, percebe-se que esta tem sido também empregada com o objetivo de alterar indiscriminadamente diversos dispositivos do arcabouço legislativo infraconstitucional.

Muito longe de resguardar legislativamente situações de caráter excepcional, ela tem sido amplamente destinada a modificar a legislação federal já em vigor, com o claro propósito de amoldar o ordenamento jurídico ao programa de governo que se almeja executar.

A título ilustrativo, veja-se o caso do MP n.º 359, de 16/03/2007, que alterou as seguintes leis federais: 10.355/01, 10.855/04, 8.112/90, 11.457/07, 10.910/04, 11.171/05, 11.233/05, que tratam, todas elas, da carreira dos serviços públicos de algumas instituições públicas como o INSS, o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), entre outras. Do mesmo modo, a MP n.º 341, de 29/12/2006, alterou as seguintes normas federais: 9.657/98, 10.480/02, 11.314/06, 11.344/06, 11.355/06, 11.356/06, 11.357/06 e 11.358/06, 8.025/90 e 8.112/90, todas elas cuidando de carreiras em órgãos públicos.

Já a MP n.º 283, de 23/02/2006, procedeu à alteração de não menos que oito diplomas legislativos federais e a MP n.º 104, de 09/01/2003, expressamente revogou o artigo 374, do Código Civil de 2002.

Constata-se, a partir destes exemplos, um fenômeno que pode ser denominado de "governalização" da legislação, ou seja, invertendo-se os papéis constitucionais precípuos de cada Poder da República, o Chefe do Executivo imprime o seu tom de legislador para revogar e modificar, ao seu alvedrio, os textos normativos em vigor, tarefa esta que se encontra no núcleo essencial de atribuições do Poder Legislativo, donde natural e legitimamente emanam as normas aplicáveis à sociedade para a qual foram elaboradas.

Propositadamente, procurou-se comprovar esta prática execrável através de atos presidenciais editados após o advento da EC n.º 32/01, como forma de demonstrar a necessidade de se instituírem outros e mais rígidos mecanismos de controle da competência normativa abundantemente

desempenhada pelo governo.

É de se inferir, portanto, a insegurança jurídica que decorre desta prática, porque, além de o instrumento ser dotado de força para inovar originariamente na ordem legal, através dele o Executivo, à margem de suas típicas atribuições administrativas, realiza desastrosas intervenções na função legiferante fundamentalmente desenvolvida pelo Parlamento.

Os cidadãos, a quem se direcionam as normas produzidas pelo Estado, passaram a sujeitar-se às incertezas ocasionadas pela imprudente criação de regras por órgão diverso daquele que constitucionalmente os representa. É uma áurea de instabilidade que paira nebulosamente sobre o sistema jurídico-positivo brasileiro, cuja segurança das relações que dele promanam fica a depender da vontade unilateral do Presidente da República.

4.4 O JUÍZO PRÉVIO DE ADMISSIBILIDADE ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

À guisa de arremate, percebe-se que, se por um lado, a constitucionalização do juízo prévio de admissibilidade e as demais modificações trazidas pela EC n.º 32/01 foram determinantes para a regulamentação do uso dos atos transitórios, por outro, não lograram êxito em impedir a sua utilização para finalidade totalmente diversa daquela prevista no artigo 62, tal como se tem procurado esclarecer ao longo deste trabalho.

A aglutinação de todos os fatores analisados nos tópicos anteriores leva à conclusão de que, da forma com vem sendo exercida, a excepcional competência presidencial tem acarretado um estado de permanente insegurança jurídica, que se materializa através de práticas como a veiculação de medidas provisórias completamente destituídas dos pressupostos que a informam, a condenável e desmedida alteração da legislação infraconstitucional por uma via de exceção, a cristalização de efeitos irreversíveis, a intensificação da produção de instrumentos de urgência ou mesmo diante do retorno do instituto do "decurso de prazo", em que o texto torna-se definitivo apesar de sua rejeição expressa ou da perda de sua eficácia.

Daí porque, em trabalho monográfico[29] intitulado "A teoria da Sepa-

29 Monografia registrada sob o número 130.335, na Universidade Potiguar - UnP (Natal - Rio Grande do Norte).

ração de Poderes e a atividade legislativa do Poder Executivo", elaborado, no ano de 2004, como requisito para a conclusão do Curso de Direito da Universidade Potiguar – UnP e defendido perante a Banca Examinadora composta pelo professor orientador Dr. Vladimir da Rocha França, além do Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias Arruda Câmara e do Prof. Msc. Rodrigo Fonseca Alves de Andrade, sugerimos, a título de contribuição acadêmica, a ideia de que o juízo prévio de admissibilidade deveria ocorrer antes de a medida provisória entrar em vigor, em ordem a atribuir ao Poder Legislativo uma análise antecipada quanto ao atendimento dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência.

Trata-se de um mecanismo de controle parlamentar preliminar que, fosse ele positivado, ocorreria em momento anterior à vigência do ato e que condicionaria sua eficácia ao reconhecimento pelo Congresso da caracterização dos requisitos autorizadores.

Objetivando coibir as práticas deturpadoras descritas no curso deste artigo, a espécie legislativa em foco somente estaria apta a produzir seus efeitos caso o Parlamento se manifestasse positivamente no tocante à presença da relevância e urgência, porque, sendo negativa a resposta, a mesma sequer passaria a integrar o ordenamento jurídico, ou seja, não teria a validade que a legitimaria a constituir relações jurídicas, hipótese em que adviria sua reprovação definitiva.

Assim, elaborada pelo Presidente da República, seria ela enviada ao Congresso Nacional que, nesta oportunidade, limitar-se-ia a decidir sumariamente sobre a configuração dos referidos pressupostos, na medida em que se consubstanciam em elementos autorizativos do exercício da competência excepcional. Decretada a presença dos mesmos, imediatamente entraria ela em vigor, remanescendo a análise quanto aos seus demais aspectos.

Trata-se, pois, de um filtro selecionador das medidas provisórias, com vistas a se ajustarem, com perfeição e precisão, à moldura da técnica legislativa de urgência.

Em simples analogia, este procedimento assemelha-se ao que sucede nos processos judiciais em que se formula um pedido liminar de antecipação da tutela, onde o juiz, no início da lide, verifica a presença da verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*) e do receio de dano irreparável ou

de difícil reparação (*periculum in mora*) para, uma vez configurados, deferir o provimento antecipatório desejado e, em momento posterior, decidir o mérito da questão.

É de bom alvitre realçar que o sistema constitucional revela-se tão mais eficaz quanto mais fielmente reproduz em suas disposições os elementos norteadores da conjuntura sócio-política ao qual se aplica, posto que, de nada ou muito pouco adianta quando esse sistema não reflete os valores que verdadeiramente atuam na órbita da vida nacional.

Nessa ordem de ideias, a realidade enfrentada no atual cenário brasileiro vem clamando por urgentes mudanças na disciplina normativa do artigo 62, de forma a inibir o uso indiscriminado e divorciado da finalidade precípua para a qual foi instituído.

Relevante anotar que, no mecanismo ora sugerido, tal como o defendemos na monografia acima citada, o juízo prévio de admissibilidade anterior à entrada em vigor seria realizado por Comissão Mista, formada por deputados e senadores, nos mesmos moldes previstos no artigo 2º, § 2º, da Resolução n.º 01/2002, conforme já explicitado, com a ressalva de que a apreciação da relevância e urgência - vale repisar – efetivar-se-ia antes da vigência.

Desse modo, a Comissão Mista não se limitaria a simplesmente emitir opinião acerca dos aspectos constitucional, inclusive relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e em relação à mensagem e à motivação que devem acompanhar o texto publicado.

Mais do que isso, com a antecipação do juízo de admissibilidade, a referida Comissão passaria a dispor de poder para referendar o ato presidencial, uma vez presentes os requisitos que o informam, ou, caso contrário, declarar a carência dos mesmos e, por conseguinte, decretar a sua insubsistência, não chegando nem ao ponto de irradiar efeitos jurídicos.

Registre-se, ainda, que esse órgão fracionado teria sua composição formada por membros dos mais variados segmentos políticos ou simplesmente bipartidos em "situação" e "oposição", garantindo-se, desse modo, a proporcionalidade representativa, em atendimento ao disposto no artigo 58, § 1º, da CF e no artigo 2º, § 2º, da Resolução n.º 01/2002.

Relevante argumentar, sob outra ótica, que a delegação de poder de-

cisório à referida Comissão encontra pleno respaldo na ordem constitucional, a exemplo do que sucede no processo legislativo ordinário, no qual "às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: *discutir e votar projeto de lei* que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa" (grifo inserido), nos termos do inciso I, § 2º, do artigo 58, da CF.

Sublinhe-se que, diante do deslocamento do juízo de admissibilidade para antes da vigência e com a finalidade de resguardar a sua natureza emergencial, sugerimos (página 100, da monografia) que o exame dos pressupostos deveria ocorrer no prazo máximo de cinco dias, contados do dia útil posterior ao envio do texto às Casas Congressuais, afastando, com isso, a possibilidade de configuração de dano público irreparável.

Além disso, com a positivação deste meio de controle parlamentar, é de se inferir que o Presidente da República, ciente de que o texto de sua lavra apenas alcançaria vigência uma vez comprovado o atendimento das exigências, somente editaria medidas provisórias cujos conteúdos se enquadrassem na verdadeira conceituação da técnica legislativa extraordinária, sob pena de serem rejeitadas de plano. Revela-se, portanto, como um recurso de contenção ao avanço exagerado da função legislativa realizada pelo Executivo.

Ao contrário, da maneira como ocorre atualmente, não há um mínimo de preocupação – e isso a prática tem demonstrado a evidência – com o preenchimento de tais requisitos, em razão do alcance da força jurídica já ao instante da respectiva publicação.

O procedimento em comento proporcionaria, outrossim, uma divisão de responsabilidades quanto às consequências que advirão do texto editado, visto que este só produzirá seus efeitos se houver uma decisão inicial positiva do Congresso, possibilitando, de tal arte, a efetiva participação de ambos os poderes da República.

Formuladas assim as linhas que deram suporte à ideia ora explicitada e confirmando, no mesmo passo, a pertinência do juízo prévio de admissibilidade anterior à entrada em vigor, veio à lume o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n.º 72, de 2005, de autoria do recém-falecido senador Antônio Carlos Magalhães, cujo objeto reside na alteração do artigo 62, colimando disciplinar a edição das medidas provisórias.

O mencionado projeto, além de várias mudanças significantes, prevê a instituição, através da nova redação dada ao *caput*, do artigo 62, do juízo prévio de admissibilidade a ocorrer em momento anterior à vigência do ato, tal como aventamos no trabalho monográfico defendido no ano de 2004 e aqui novamente esposado. Tal regramento passa a ter o seguinte texto: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, que *terão força de lei depois de aprovada a sua admissibilidade*, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional" (grifo inserido).

Além disso, o § 5º, do referido artigo, trata da regulamentação do juízo de admissibilidade, sendo indispensável a sua reprodução na íntegra:

> § 5º. A medida provisória somente terá força de lei depois de aprovada a sua admissibilidade pela comissão competente para examinar a constitucionalidade das matérias da Casa onde se iniciar a discussão, observado o seguinte:
> I – a comissão terá cinco dias úteis contados da publicação da medida provisória para se manifestar;
> II – da decisão da comissão cabe recurso, sem efeito suspensivo, ao plenário da respectiva Casa, assinado por um terço da sua composição, que deverá ser protocolado até dois dias úteis após a decisão;
> III – o plenário terá cinco dias úteis para apreciar o recurso, que constará da ordem do dia com prioridade sobre os demais itens nesse período, sendo considerado desprovido se não apreciado nesse prazo;
> IV – se a comissão não se manifestar no prazo a que se refere o inciso I, a decisão sobre a admissibilidade transfere-se para o plenário da respectiva Casa, que terá cinco dias úteis para se manifestar, após o qual, também não havendo decisão, considera-se inadmitida a medida provisória;
> V – se o Congresso Nacional estiver em recesso, caberá à comissão representativa de que trata o § 4º do art. 58 apreciar a admissibilidade, nos termos do inciso I, mantido o direito ao recurso previsto nos incisos II e III;
> VI – se a medida provisória não for admitida, será ela transformada em projeto de lei em regime de urgência, na forma do § 1º do art. 64, com tramitação iniciada na Casa em que estiver.

A nova redação, como se percebe, atribui o exame da admissibilidade à comissão permanente para analisar a constitucionalidade das matérias da Casa onde for iniciada a discussão, isto é, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara ou do Senado, garantindo-se, assim, a celeridade que deve nortear esta etapa preambular, já que entrega a órgão fracionado a execução de tal função. A mencionada Comissão, de acordo com o projeto, disporá de cinco dias úteis para se manifestar a respeito do texto presidencial, consoante sugerimos acima. Contra essa decisão caberá recurso, sem efeito suspensivo, para o Plenário, que, por sua vez, também terá cinco dias para julgá-lo. Caso não o faça nesse prazo, o recurso será considerado desprovido.

Somado a isso, se a Comissão não se pronunciar no período de cinco dias, o Plenário da respectiva Casa passará a ter competência para, em igual prazo, decidir acerca da admissibilidade. Se também não o fizer, a medida provisória reputar-se-á inadmitida.

Outra inovação diz respeito à hipótese de rejeição do ato, oportunidade em que será ele transformado em projeto de lei que tramitará em regime de urgência.

Objetiva, o aludido projeto, adaptar a utilização desta espécie legislativa à sua verdadeira finalidade de servir como meio devotado a amparar situação fática de caráter excepcional, ao mesmo tempo em que pretende equilibrar a relação entre o Executivo e o Legislativo, possibilitando a este último desempenhar, de forma livre e desembaraçada, a tão nobre e imprescindível função típica de criar as regras jurídicas que disciplinam a vida social.

Importante trazer à baila algumas das justificativas que acompanham o projeto de emenda constitucional em referência, por intermédio das quais se enfatiza a necessidade das modificações no atual texto do artigo 62, como se depreende dos trechos a seguir colacionados:

> A presente proposta de Emenda Constitucional, que disciplina a adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República, visa conter as distorções que atualmente se verificam e que, na prática, obstruem e emperram o pleno exercício das atividades do Poder Legislativo.

> As alterações aqui oferecidas procuram restaurar o equilíbrio que deve existir entre o Congresso e o Executivo, até mesmo para cumprir o que estabelece o art. 2º da Constituição em vigor, qual seja, a existência de harmonia entre os Poderes da União.
> Importante ressaltar que a presente iniciativa procurou atender aos reclamos da maioria esmagadora dos parlamentares desta Casa, integrantes das mais diferentes tendências político-partidárias representadas no Congresso Nacional, inclusive de partidos que compõem a base de sustentação do governo, em especial do Partido dos Trabalhadores, e que colaboraram oferecendo valiosas contribuições.

Por fim, saliente-se que o referido projeto já restou aprovado pelo Senado Federal, nos dois turnos de votação, concluída em 08 de fevereiro de 2006, e foi encaminhado, no dia posterior, para apreciação da Câmara dos Deputados, onde atualmente se encontra.

5 CONCLUSÃO

A par de todas as considerações aqui expendidas, procurou-se demonstrar a equivocada utilização das medidas provisórias pelos Presidentes da República empossados após a Constituição de 88, que têm exercido a competência legislativa em prejuízo da atividade de construção do ordenamento jurídico destinada essencialmente ao Poder Legislativo.

Diante dessa realidade, sugerimos a implementação de um mecanismo de controle parlamentar, consistente na antecipação do juízo de admissibilidade dos provimentos provisórios para momento que precede a sua vigência, oportunizando ao Congresso Nacional verificar a presença dos pressupostos constitucionais exigidos antes de o ato produzir efeitos.

Consubstancia-se numa fórmula que pretende conceder às relações formadas uma maior segurança jurídica, já que elas, diante do juízo prévio, ao menos em tese, estariam salvaguardadas dos nefastos efeitos provenientes de medidas provisórias inconstitucionais diuturnamente publicadas.

Evidencie-se que a capacidade legiferante atribuída ao governo deve

munir-se de tantas limitações objetivas quantas lhes exijam a realidade vivenciada no país que a adota, a fim de que seja levada a cabo somente naqueles casos cuja excepcionalidade suplique do Estado uma imediata providência de cunho legislativo.

A democracia brasileira, infelizmente, ainda não se mostra suficientemente evoluída ao ponto de conferir competência normativa primária a órgão diverso do Parlamento, sem que antes lhe sejam minuciosamente traçadas as linhas delimitadoras de seu exercício. Isto porque tem ela se revelado como mecanismo voltado a concretizar a supremacia do Poder Executivo frente ao Legislativo e não, como teoricamente deveria ser, para fornecer à ordem constitucional um meio hábil cujo campo propício de atuação requer situações imprevisíveis e extraordinárias. Daí a necessidade da coexistência de rigorosas limitações.

Por fim, fica aqui o registro alvissareiro de que, com a aprovação da PEC n.º 72/2005 e a consequente implantação do juízo prévio de admissibilidade em momento anterior à vigência das medidas provisórias, este instrumento possa mostrar-se servível ao amparo de circunstâncias que verdadeiramente requeiram uma intervenção estatal imediata, para o bem das instituições democráticas e do sistema constitucional que, a cada dia, se procura aprimorar.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. t.1.

BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2004. t.2.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **As medidas provisórias e a constituição federal de 88**. Curitiba: Juruá, 1991.

CONTRERAS, Ana M. Carmona. **La configuración constitucional del decreto-ley**. Madri, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. **Commentario breve alla costituzione**. Padova: CEDAM, 1990.

DANTAS, Ivo. **Aspectos jurídicos das medidas provisórias**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. **Medidas provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2004. Tomo V.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os pensadores, v.21).

PALADIN, Livio. **Diritto costituzionale**. 3.ed. Padova: CEDAM, 1998.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. **Diritto costituzionale**: Istituzioni di diritto pubblico. 15. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1989.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil.** São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Benedicto; MIRANDA NETTO, Antônio Garcia de et al. **Dicionário de ciências sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale comparato**. 6.ed. Padova: CEDAM, 2004. v. 1.

VIANNA, Luis Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Correspondência | Correspondence:

João Henrique Bressan de Souza
Universidade Potiguar – UnP, Av. Marechal Floriano Peixoto, 295, Petrópolis, CEP 59012-265. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1100.
Email: joaohenriquenatal@yahoo.com.br