MEDIDA PROVISÓRIA: O CONTROLE DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PELO CONGRESSO NACIONAL E PELO STF

PROVISORY MESURE: CONTROL OF CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS OF RELEVANCE FOR URGENT BY NATIONAL CONGRESS AND THE STF

FELIPE PENTEADO BALERA*

Recebido para publicação em julho de 2009.

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar a origem, evolução e atual dimensão da Medida Provisória. O principal foco do estudo será os requisitos constitucionais de relevância e urgência, verificando o controle de tais critérios pelo Congresso Nacional e pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: I Direito Constitucional; II. Medida Provisória; III. Controle; IV. Relevância e urgência.

ABSTRACT: This work studies the origin, evolution and current size of the Provisional Measure. The main focus of the study will be the constitutional requirements of relevance and urgency, checking the control of such criteria by Congress and the Supreme Court.

KEY-WORDS: I Constitutional Law; II Provisional Measure, III. Control, IV. Relevance and urgency.

Introdução

Mesmo após o fim da Ditadura Militar, que governou o Brasil por mais de 20 anos, admite-se hoje, que o Presidente da Republica, de forma autoritária, por um simples ato normativo edite medidas, com força de lei, que entram em vigor de imediato.

Esses atos normativos, aptos a restringir direitos dos cidadãos, foram denominados, pelo constituinte de 1988, como Medidas Provisórias. Todavia, trata-se de nomenclatura nova a vestir o antigo Decreto-Lei, que esteve presente no ordenamento jurídico pátrio apenas nos dois regimes ditatoriais do século passado – o do chamado Estado Novo (entre 1937 a 1945, instituído pela Constituição de 1937, que subsistiu com alterações até a redemocratização do país com a edição da Constituição de 1946) e o da Ditadura Militar (entre 1964 a 1985, instituído pelo Ato Institucional nº 2 e mantido sob a vigência da Constituição de 1967).

A competência para a edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República é prevista no artigo 62, da Constituição de 1988, 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.

* Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Pelo texto constitucional, verifica-se a exigência de dois requisitos fundamentais para edição de Medidas Provisórias, que devem ser de imediato submetidos à apreciação do Congresso Nacional, são eles: relevância e urgência. Portanto, as Medidas Provisórias só poderão ser editadas em caráter excepcional quando houver relevância e urgência.

O principal foco da monografia será a análise desses requisitos de relevância e urgência, exigidos no artigo 62 da Constituição Federal para a sua edição pelo Presidente da República.

Para tanto, é de fundamental importância tratarmos do princípio constitucional de separação de funções e da atuação do Poder Executivo na elaboração das Leis, visto que na clássica tripartição de poderes, a função legislativa cabe ao Poder Legislativo e a Medida Provisória é ato normativo editado pelo Poder Executivo.

Cuidar-se-á também da origem da Medida Provisória e do Decreto-Lei, que a antecedeu, bem como de sua evolução desde a promulgação da Constituição de 1988 até hoje.

Adentrando mais ao foco do trabalho, o significado das expressões *relevância* e *urgência* utilizadas pela Constituição Federal será examinado, bem como a extensão desses pressupostos.

O artigo 62 da Constituição Federal exige que o Presidente da República submeta, de imediato, as Medidas Provisórias ao Congresso Nacional para o respectivo controle. O Poder Legislativo poderá rejeitá-las por considerar que não estão previstos os requisitos de admissibilidade (relevância e urgência). A forma pela qual o Congresso Nacional realiza tal controle também será objeto de análise no presente trabalho, através de pesquisa de casos concretos em que houve rejeição de Medidas Provisórias por não serem consideradas urgentes ou relevantes.

Pretende-se, ainda, verificar a possibilidade ou não de o Supremo Tribunal Federal controlar a edição de Medidas Provisórias pelo Presidente da República por violação dos citados requisitos de relevância e urgência e como se efetuaria o controle de constitucionalidade nesses casos. Nessa etapa, decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema serão abordadas, bem como o seu desenvolvimento doutrinário ao longo dos anos.

Por fim, o trabalho irá apresentar as conclusões alcançadas com a pesquisa.

1. A separação de funções e a atuação do Poder Executivo na elaboração das leis

É comum a classificação do poder como uno e indivisível, pois de fato o poder é um só. Como ensina Sahid Maluf:

> A soberania é realmente, necessariamente, una e indivisível. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só, uno e indivisível na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania1.

Não só pode haver a manifestação do poder por órgãos diversos, mas tal manifestação é necessária para que não haja concentração de poder em um só indivíduo, o que inviabilizaria a liberdade.

A divisão da manifestação dos poderes é antiga e tem como fundamento mais remoto o pensamento de Aristóteles, que já entendia que o poder deveria ser dividido por considerar injusto e perigoso atribuir a uma só pessoa o exercício do poder. No entanto, foi Montesquieu quem aprimorou a idéia de Aristóteles em sua obra: *"Do Espírito das Leis"*, dando embasamento à separação de poderes seguida pelos Estados modernos.

Para Montesquieu, há em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário[2]. O primeiro tem como função elaborar leis para certo tempo ou para sempre e retificar ou ab-rogar aquelas produzidas. O segundo é responsável pela produção de paz ou de guerra, enviar ou receber embaixadores, estabelecer a segurança e prevenir invasões. Já o terceiro pune crimes e julga as diferenças entre indivíduos[3].

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 2º[4], adotou a divisão de funções idealizada por Montesquieu, assim como todas as outras constituições do país, exceto a Constituição do Império de 1824 que previa a existência de quatro poderes incluindo o Poder Moderador entre os poderes legislativo, executivo e judiciário já imaginados por Montesquieu.

---

1 Sahid Maluf. *Teoria Geral do Estado;* 25ª edição; São Paulo-SP; Saraiva; 1999; p. 211.

2 Em Do Espírito das Leis, Montesquieu divide primeiramente os poderes em poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Depois chama o segundo de poder executivo do Estado e o terceiro de poder judiciário.

3 Montesquieu (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis – tradução Edson Bini;* Bauru-SP; Edipro; 2004; p. 189.

4 **Art. 2º -** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Todavia, os poderes em nosso ordenamento constitucional não são estanques, podendo um exercer as funções de outros. Esta divisão se faz necessária para que se mantenha a independência e harmonia dos poderes também preconizadas na Constituição Federal.

Com isso, observa-se dentro de cada poder do estado a existência de funções típicas e atípicas. São funções típicas *"as que guardam uma relação de identidade com o Poder por que são desempenhadas"*[5] e atípicas *"aquelas que não guardam nota de identidade e, por isso mesmo, são originariamente desincumbidas pelos outros órgãos de poder"*[6].

O Poder Executivo tem como funções típicas o exercício das atividades de chefe de estado e chefe de governo e ainda a prática dos atos de administração. O sistema de governo adotado pelo Brasil é o Presidencialismo, como resultante do artigo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa plebiscito para definição do sistema de governo que seria adotado pelo Brasil, plebiscito esse no qual venceu o Presidencialismo[7]. Nesse sistema, o chefe de estado e de governo é o Presidente da República, que exerce o Poder Executivo, auxiliado pelos Ministros de Estado, como prevê o artigo 76 da Constituição Federal. Ademais, cabe mencionar que o artigo 84, da Carta Magna estabelece algumas das atribuições do Presidente da República, entre elas estão especificadas as atividades de chefe de estado e de chefe de governo. Assim, por exemplo, é função do chefe de estado declarar a guerra no caso de agressão estrangeira (inciso XIX), devidamente autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele enquanto que é função do chefe do governo a nomeação de Ministro de Estado (inciso I).

Por outro lado, o Executivo tem funções atípicas de natureza legislativa e de natureza jurisdicional. Entre as de natureza legislativa, se destacam a edição de Medidas Provisórias (artigo 62 da Constituição Federal) e Leis Delegadas (artigo 68 da Constituição Federal). Já entre as funções atípicas de natureza jurisdicional podemos citar o julgamento de recurso administrativo.

O Poder Legislativo tem como função típica legislar. Esta função legislativa é exercida por meio de um processo que a Constituição Federal chamou de processo legislativo. Para José

5 Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*; 9ª edição; São Paulo-SP; Saraiva; 2005; p. 303.

6 Idem.

7 O artigo 2º da ADCT previa a realização de plebiscito para definição da forma (entre Monarquia Constitucional ou República) e do sistema de governo (entre Parlamentarismo ou Presidencialismo) que deveria vigorar no Brasil. O plebiscito realizado em 21 de Abril de 1993 definiu que a forma de governo seria a República e o Sistema o Presidencialismo.

Afonso da Silva, *"processo legislativo é um conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: (a) iniciativa legislativa; (b) emenda; (c) votação; (d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação"*[8].

As Leis Ordinárias e as Leis Complementares seguem exatamente os procedimentos citados, como dispõe os artigos 61 e seguintes da Constituição Federal, diferindo, em sua forma, apenas quanto ao *quorum* de aprovação, que é de maioria simples para a Lei Ordinária (artigo 47 da Constituição Federal) e de maioria absoluta para a Lei Complementar (artigo 69 da Constituição Federal). No devido processo legislativo mencionado, nem todos os atos são praticados exclusivamente pelo Legislativo, tendo o Presidente da República função importante. Primeiramente cabe mencionar que o Presidente da República participa na iniciativa legislativa, pois é competente para apresentar projetos de lei, conforme o artigo 61 da Lei Fundamental, sendo que em algumas matérias[9] tal competência é privativa. Já, a sanção ou veto são atos praticados exclusivamente pelo Presidente da República (artigo 66 da Constituição). Por fim, cabe ao Presidente promulgar e fazer publicar as leis (artigo 84, IV, da Constituição de 1988).

Entretanto, há espécies normativas em que a intervenção do Presidente da República é ainda maior, nas quais se pode dizer que o Poder Executivo atua como legislador. São elas as Leis Delegadas e as Medidas Provisórias.

---

8 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 26ª edição. São Paulo-SP; Editora Malheiros; 2006; p. 524 e 525.

9 O artigo 61, §1º, da Constituição Federal estabelece as matérias em que a iniciativa é privativa do Presidente da República.

Art. 61, §1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I – fixem ou modifiquem os efeitos das Forças Armadas;

II – disponham sobre:

Criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

Organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

Criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

A Lei Delegada está prevista na Constituição de 1988 em seu artigo 68. Dispõe o artigo 68:

> Art. 68 – As Leis Delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

Trata-se de ato normativo elaborado pelo Presidente da República, mediante autorização por resolução do Congresso Nacional. Na Lei Delegada, a função legislativa é exercida pelo Presidente da República. Todavia, o Congresso Nacional participa de sua elaboração, estabelecendo os limites da lei e podendo determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional.

Ocorre que, a Lei Delegada não vem sendo muito utilizada no Brasil, tanto que na vigência da Constituição Federal de 1988 apenas duas Leis Delegadas foram publicadas (Lei Delegada nº 12 e Lei Delegada nº 13). As Leis Delegadas nº 12 e 13 foram publicadas em Agosto de 1992, no uso da delegação constante na Resolução do Congresso Nacional nº 1 de 1992, e tratavam da gratificação de atividade militar para os servidores militares federais e da gratificação de atividade para os servidores civis do Poder Executivo. Apenas a Lei Delegada nº 13 permanece em vigor, pois a Lei Delegada nº 12 foi revogada expressamente pela Medida Provisória nº 2215-10, de 2001.

Já a Medida Provisória é espécie normativa mais comum em nosso ordenamento jurídico. Na Medida Provisória (figura que será analisada mais profundamente no decorrer do trabalho), o Presidente da República expede o ato normativo[10], em caso de urgência e relevância, e depois submete a apreciação do Congresso Nacional.

Esta espécie normativa, que tem origem no Decreto-Lei, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para permitir que o Presidente da República tivesse meios para enfrentar situações de crise, como bem anotou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ainda comentando o Decreto-Lei:

> [...] 'poderes extraordinários' têm sido conferidos ao Executivo, a fim de habilitá-lo a superar essas situações de perigo extremo. Essencialmente, esses poderes extraordinários se resumem num só: o poder de legislar, o poder de editar regras jurídicas novas somente condicionadas pela Constituição. De fato, só estabelecendo novas regras, modificando ou revogando as antigas, é que o Executivo pode realizar a mobilização total

[10] Cabe notar que a Medida Provisória não é Lei, mas ato normativo com força de Lei.

> das forças morais e materiais que a guerra contemporânea, também total exige[11].

No entanto, como a Medida Provisória é a figura em que a função legislativa é exercida de forma mais ampla pelo Poder Executivo, o controle de seus requisitos de admissibilidade é de fundamental importância. A forma que se realiza esse controle será estudada no desenvolver do trabalho.

2. A origem e a evolução do Decreto Lei e da Medida Provisória

A Medida Provisória prevista pelo constituinte de 1988 substituiu o Decreto-Lei previsto na Constituição de 1967, que por sua vez era inspirado no *decreto-legge* italiano.

O Decreto-Lei já havia sido contemplado pelo constituinte brasileiro na Constituição de 1937, todavia era dividido em quatro atos diferentes: os autorizados pelo Parlamento, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização (artigo 12); os expedidos em caso de necessidade nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados (artigo 13); os expedidos livremente sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas (artigo 14); e os expedidos sobre toda matéria de competência legislativa da União enquanto não se reunia o parlamento (artigo 180).

Entretanto, a Constituição de 1937 não era aplicada, pois durante o período ditatorial do Estado Novo o Poder Legislativo não se reuniu. Com isso, o Presidente da República, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo artigo 180 daquele Diploma, legislava por meio de Decretos-Lei sobre toda matéria de competência legislativa da União.

Por sua vez, o *decreto-legge* da Constituição Italiana de 1947 é um instrumento do Governo para legislar nos casos extraordinários de necessidade e urgência[12]. O *decreto-legge*,

---

11 Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 (volume 2). 2ª edição. São Paulo-SP; Saraiva; 1977; p. 11.

12 Constituição da República Italiana

Art. 77 - Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

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

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

com força de lei, deve ser apresentado no mesmo dia à Câmara para sua conversão, e perde a eficácia desde o início se não for convertido em lei. Além do controle político pelo Parlamento, estão os *decreti-leggi* sujeitos a um controle jurídico pela Corte Constitucional, nos termos do artigo 134 da Constituição da República Italiana[13].

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 além de reinserir no ordenamento constitucional[14] o Decreto-Lei, trouxe os requisitos de urgência ou interesse público relevante. Dispunha o artigo 58 da Carta de 1967:

> 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.

Os requisitos urgência e interesse público relevante, diferentemente do que prevê a Constituição Federal de 1988 para a Medida Provisória, eram alternativos. Os Decretos que não fossem deliberados pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias eram tidos como aprovados ao contrário do que ocorre com as Medidas Provisórias não aprovadas no prazo de 60 dias, que perdem a eficácia desde a edição.

A Constituição de 1967, como se sabe, foi radicalmente alterada pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969[15]. Entretanto no campo dos Decretos-Leis, a Emenda acrescentou apenas mais uma matéria sobre a qual poderia ser expedido o decreto: a criação de órgãos públicos e fixação de vencimentos[16].

O Decreto-Lei só voltaria a ser alterado na esfera constitucional pela Emenda a Constitucional nº. 22, de 1982, que introduziu os parágrafos 1º e 2º no artigo 55 da Constituição de 1969. A nova redação constitucional fazia com que o decreto-lei fosse incluído na ordem do dia, por dez dias, e caso não houvesse deliberação no prazo de sessenta dias, poderia ser aprovado tacitamente (art. 55, §1º, da Constituição Federal de 1969). Por sua vez,

---

13 Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Do processo legislativo*. 5ª edição. São Paulo-SP; Saraiva; 2002; p. 185.

14 O ato institucional n. 2 de 1965 previa a edição de Decretos-Leis sobre matéria de segurança nacional (artigo 30).

15 Para muitos doutrinadores, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 é uma nova Constituição.

16 Conforme o artigo 55, III, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

o parágrafo 2º do artigo 55 dispunha que a rejeição do decreto-lei não importaria nulidades dos atos praticados durante a sua vigência.

A Constituição Federal de 1988 aboliu o Decreto-Lei, todavia criou a Medida Provisória como figura substitutiva. A Medida Provisória em muito se assemelha ao antigo Decreto-Lei, como se pode extrair do texto primitivo do artigo 62, da Constituição de 1988, transcrito a seguir:

> art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

A Medida Provisória prevista em 1988 e o Decreto-Lei da Constituição de 1969 (quando revogada) embora semelhantes não guardam simetria, apresentando importantes diferenças, que serão tratadas a seguir.

A Emenda Constitucional nº. 32, de 11 de Setembro de 2001, reformou a Medida Provisória, trazendo a seguinte redação ao texto do artigo 62:

> 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.

As principais diferenças entre o Decreto-Lei, a Medida Provisória da Constituição de 1988 e a Medida Provisória após a reforma da Emenda Constitucional nº. 32/01 serão apontadas na tabela[17] a seguir:

Diferenças:	**Decreto-Lei**	**Medida Provisória em 1988**	**Medida Provisória reformada pela EC 32/01**
Critérios autorizadores:	Urgência **ou** interesse público relevante.	Relevância **e** urgência	Relevância **e** urgência
Aumento de despesas públicas:	Não podiam ser expedidos se houvesse aumento de despesas públicas.	Não havia restrição quanto a edição de Medida Provisória que resulte aumento de despesas públicas.	Não há restrição quanto a edição de Medida Provisória que resulte aumento de despesas públicas.
Eficácia temporal:	60 dias.	30 dias.	60 dias, autorizada a prorrogação do prazo, por uma única vez, por mais 60 dias se não houver apreciação pelo Congresso.

[17] Com base nas diferenças apontadas por Clèmerson Merlin Clève em Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho em Do Processo Legislativo.

Critério material:	Os decretos-leis só podiam ser expedidos sobre as seguintes matérias: segurança nacional, finanças públicas e criação de órgãos públicos e fixação de vencimentos.	Na Constituição de 1988 não estavam previstas as matérias suscetíveis de tratamento pela Medida Provisória.	O §1º, do art. 62, trouxe as matérias sobre as quais a edição de medida provisória é vedada.
Se não convertidos em lei e ultrapassado o prazo de vigência:	Era tido como aprovado.	Perdiam a eficácia desde a sua edição (efeitos *ex tunc*).	Perdem a eficácia desde a sua edição, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12.
Possibilidade de ser emendado na deliberação pelo Congresso:	Não podia ser emendado.	Não havia vedação expressa, portanto era admitida a emenda.	O texto original da Medida Provisória pode ser alterado. Neste caso, o Presidente deverá sancionar ou o projeto de lei de conversão.
Os efeitos da rejeição ou não conversão em lei:	A rejeição não importava nulidade dos atos praticados durante sua vigência.	A rejeição ou não conversão em lei implicava em nulidade dos atos praticados na sua vigência, salvo se o Congresso disciplinasse em contrário.	Decreto legislativo deve disciplinar as relações decorrentes da Medida Provisória. No entanto, não editado o decreto legislativo no prazo de 60 dias, as relações decorrentes da MP são mantidas.
Caráter Provisório:	O Decreto-Lei era uma legiferação do Executivo, posta sob controle do Legislativo. Não havia conversão do Decreto em Lei.	A Medida Provisória é uma legiferação provisória, pois reclama uma conversão em Lei.	A Medida Provisória é uma legiferação provisória, pois reclama uma conversão em Lei
Procedimento de Conversão:	O Decreto-Lei não era convertido em Lei, era simplesmente aprovado ou rejeitado.	O texto primitivo da Constituição de 1988 não tratou do procedimento de conversão da Medida Provisória em Lei.	Cabe à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, primeiramente pela Câmara dos Deputados e depois pelo Senado Federal. Deve ser feito por cada casa, juízo prévio dos pressupostos constitucionais (relevância e urgência) antes da deliberação.
Possibilidade de reedição:	O Decreto-Lei rejeitado não podia ser reeditado.	A Medida Provisória rejeitada não podia ser reeditada. Já a Medida Provisória que tenha perdido sua eficácia pelo decurso de prazo podia ser reeditada (conforme interpretação do STF).	O §10, do art. 62, veda a reedição de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Como pudemos observar no quadro anterior, a Medida Provisória apesar de ter origem no Decreto-Lei e no *decretto-legge* italiano, como espécie legislativa para casos extraordinários, apresenta importantes diferenças como as que foram destacadas acima. Cabe notar ainda, que a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de Setembro de 2001, reformou a figura da Medida Provisória, trazendo grande evolução com o intuito de atenuar o caráter

autoritário do instituto. Entre as novidades introduzidas pela Emenda em referência, podemos mencionar a vedação da reedição de Medidas Provisórias que tenham perdido sua eficácia por decurso de prazo, fazendo com que a Medida Provisória tenha realmente caráter provisório diferentemente do que ocorria antes da Emenda.

3. Os requisitos de admissibilidade: relevância e urgência

A Constituição Federal admite a edição de Medidas Provisórias em caso de relevância e urgência. Cumpre observar, desde logo, que os requisitos não são alternativos como na Constituição anterior. Portanto é necessária a presença dos dois requisitos simultaneamente para que o Presidente esteja autorizado a adotar Medidas Provisórias.

Convém, de imediato, identificar os conceitos utilizados pelo constituinte.

Relevância, segundo esclarece o Dicionário de Língua Portuguesa Contemporânea, quer dizer: *"Qualidade do que é importante, pertinente; característica do que é relevante"*[18].

Já urgência, conforme define o Dicionário Houaiss da Língua portuguesa, quer dizer: "1. qualidade ou condição de urgência 2. Necessidade que requer solução imediata; pressa 3 situação crítica ou muito grave que tem prioridade sobre outras; emergência"[19].

Relevância e urgência são conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, não são passíveis de identificação imediata. Apesar de indeterminados, tais conceitos só permitem uma única solução no caso concreto ao contrário dos atos discricionários.

Como adverte Alexandre Mariotti, *in verbis:*

> [...] neste 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[20].

Passamos a analisar os requisitos separadamente.

O conceito de relevância está atrelado ao interesse público. A despeito da Constituição de 1988 não utilizar mais a expressão interesse público relevante, devemos entender que

---

18 Academia das Ciências de Lisboa e Fundação Calouste Gulbenkian. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa.* Braga, Portugal; Editora Verbo; 2001; p. 3.174.

19 Antônio Houssais e Marco de Sales Villar. *Dicionário Houssais da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro-RJ; Editora Objetiva; 2001; p. 2.811.

20 Alexandre Mariotti. *Medidas Provisórias.* São Paulo-SP; Saraiva; 1999; p. 74.

apenas o que for de interesse público será considerado relevante, não cabendo a adoção de Medidas Provisórias para a defesa de outros interesses.

No entanto, não é qualquer interesse público que enseja a edição de Medidas Provisórias. Todo e qualquer interesse público é de fato relevante, mas o vocábulo relevância empregado no texto constitucional faz referencia aos casos mais graves, mais importantes e que demandam atuação imediata do Estado.

Além de relevante, a situação deve ser urgente para que o Presidente adote Medida Provisória. A urgência se refere ao momento, a medida deve ser iminente, não podendo ser adiada. Neste mesmo sentido, discursa Celso Antônio Bandeira de Mello, *ipsis litteris:*

> [...] 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 inalcançável ou o dano que se quer evitar consumar-se-á ou, no mínimo existirão sérios riscos de que sobrevenha efeitos desastrosos em caso de demora[21].

A urgência deve existir para que a medida seja adotada, bem como para que entre em vigência. Não se admite Medida Provisória com eficácia diferida, a situação deve exigir que a medida entre em vigor de imediato.

Vale de dizer, que a Constituição Federal de 1988 já estabeleceu um procedimento legislativo sumário para casos que demandem urgência. Os parágrafos do artigo 64[22] conferem ao Presidente a possibilidade de solicitar urgência para os projetos de sua iniciativa. Por este procedimento, solicitada a urgência pelo Presidente, a Câmara dos Deputados e sucessivamente o Senado Federal terão cada um 45 dias para apreciar o projeto. Totalizando um prazo máximo de 90 dias para a aprovação do projeto, desde que não haja emenda pelo

---

21 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo-SP; Editora Malheiros; 2006; p. 118.

22 **Art. 64 -** A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§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.

§3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

Senado Federal, caso em que a Câmara dos Deputados terá mais 10 dias para apreciar as emendas, fazendo com que o prazo não seja superior a 100 dias.

Se há o referido procedimento legislativo sumário para apreciar os projetos de iniciativa do Chefe do Poder Executivo em no máximo 100 dias, a urgência da Medida Provisória deve ser mais iminente. Com isso, não é urgente, para fins de edição de Medida Provisória, a situação que possa aguardar 100 dias sem que se torne inalcançável ou ocasione danos.

4. Exame dos requisitos de relevância e urgência pelo Congresso Nacional

Feita a análise dos requisitos de admissibilidade da Medida Provisória, passamos a analisar a quem compete o controle das Medidas Provisórias no tocante a relevância e urgência.

A Constituição Federal determina que o Presidente da República após a adoção de Medidas Provisórias, as submeta de imediato para a apreciação do Congresso Nacional.

As Medidas Provisórias encaminhadas ao Congresso Nacional são enviadas a Comissão Mista de Deputados e Senadores para exame e emissão de parecer antes que haja votação (artigo 62, §9º, da Constituição Federal). As votações ocorrem primeiramente na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal, conforme dispõe o §8º, do artigo 62, da Constituição de 1988.

O texto original da Medida Provisória pode ser alterado por qualquer das Casas Legislativas durante a deliberação, nesta hipótese o Presidente da República deverá sancionar ou vetar o projeto de conversão (artigo 62, §12, da Constituição).

Se não forem votadas em até 45 dias de sua publicação, as Medidas Provisórias entram em regime de urgência com trancamento de pauta, assim todas as demais deliberações legislativas[23] devem aguardar a votação da Medida Provisória (artigo 62, §6º, da Constituição Federal). Neste caso, a Medida Provisória deve ser incluída em primeiro lugar na ordem do dia, como determina o artigo 163[24], do Regimento Interno do Senado Federal. Vale mencionar que

[23] Conforme entendimento recente da Câmara dos Deputados, confirmado pela decisão do Ministro Celso de Mello do STF no MS 27931/MC DF, só estariam sobrestadas pela Medida Provisória os projetos de lei que tenham por objeto matéria passível de edição de Medida Provisória. O novo entendimento interpretou que as propostas de Emenda Constitucional, os projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resoluções e de lei ordinária sobre matéria cuja Constituição veda a edição de Medida Provisória não se incluem entre as demais deliberações que devem aguardar a votação da Medida Provisória para sua apreciação.

[24] **Art. 163 –** As matérias serão incluídas na Ordem do Dia, a juízo do Presidente, segundo sua antiguidade e importância, observada a seguinte seqüência:

o prazo de 45 dias é contado de uma vez só para as duas casas legislativas, podendo o Senado Federal começar a deliberar sobre a Medida antes da aprovação definitiva da Câmara dos Deputados[25].

A Medida Provisória que não tem sua votação encerrada no prazo de 60 dias, contados da sua publicação, pode ser prorrogada por mais 60 dias, em consonância com o previsto no artigo 62, §7º, da Carta Constitucional.

O Congresso Nacional no processo de conversão da Medida Provisória em Lei, acima descrito, deve exercer sobre ela controle jurídico e político.

O controle jurídico deve ser feito com relação à constitucionalidade da medida, sendo de fundamental importância a verificação da presença dos requisitos de admissibilidade (relevância e urgência). Como se verifica da regra constitucional prevista no artigo 62, §5º, a seguir descrito:

> §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.

Conforme decorre do preceito constitucional acima citado, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o controle jurídico se expressa através de um *juízo prévio*, por meio do qual o Poder Legislativo concorda ou discorda da avaliação realizada sobre os critérios constitucionais (relevância e urgência) efetuado pelo Presidente da República.

O controle político deve ser efetuado quanto aos critérios de conveniência e de oportunidade da medida, podendo o Congresso Nacional rejeitar a Medida Provisória mesmo que ela preencha todos os requisitos constitucionais exigidos.

I – medida provisória, a partir do 46o (quadragésimo sexto) dia de sua vigência (Const., art. 62, § 6o); 9

II – matéria urgente de iniciativa do Presidente da República, com prazo de tramitação esgotado (Const., art. 64, § 2o);

III – matéria em regime de urgência do art. 336, I;

IV – matéria preferencial constante do art. 172, II, segundo os prazos ali previstos;

V – matéria em regime de urgência do art. 336, II;

VI – matéria em regime de urgência do art. 336, III;

VII – matéria em tramitação normal.

Resolução nº 93, de 1970.

25 Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, "o Senado deverá receber o projeto sem a contagem do curso na Câmara. Só assim não sofrerá prejuízo, com o bloqueio da sua pauta, pela morosidade da Câmara" (Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição; São Paulo-SP; Saraiva; 2005; p. 357.

Os requisitos de admissibilidade da Medida Provisória, relevância e urgência, devem ser analisados antes, para que com a aprovação nesta etapa seja feito o controle político. Não sendo relevante e urgente a medida nada adianta seja ela oportuna e conveniente, pois carece de constitucionalidade.

Todavia, aponta Clèmerson Merlin Clève, *in verbis*:

> [...] lamentavelmente, porém, o Congresso Nacional tem relegado a segundo plano o exercício do controle jurídico das providências normativas de urgência. Conseqüência: medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido, às dezenas, convertidas em lei. Na prática, o controle duplo vem sendo simplificado até sua redução àquela de natureza exclusivamente política (no menor sentido da expressão, infelizmente)[26].

Como observou Clèmerson Merlin Clève, na citação acima, a atuação exclusivamente política do Congresso Nacional faz com que Medidas Provisórias flagrantemente inconstitucionais sejam convertidas em Lei. A apreciação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória e a conversão em Lei não convalida eventuais inconstitucionalidades existentes[27], com isso permanecem em vigor Medidas Provisórias inconstitucionais convertidas em Leis inconstitucionais, causando clara insegurança jurídica.

A Medida Provisória foi criada para que o Presidente da República possa legislar em situações excepcionais e relevantes que exijam urgência do Estado. Entretanto, a Medida Provisória não vem sendo utilizada com este objetivo. Elas são editadas em larga quantidade para casos corriqueiros e que não exigem urgência.

Em face deste quadro, o Congresso Nacional deveria rejeitar a maior parte das Medidas Provisórias, pois não são relevantes nem urgentes. No entanto, isso não ocorre e as Medidas Provisórias, em sua grande maioria, são convertidas em Lei[28].

Examinado o controle pelo Poder Legislativo da Medida Provisória, passemos à análise da constitucionalidade de seu controle pelo Poder Judiciário.

5. Controle dos requisitos de relevância e urgência pelo Supremo Tribunal Federal

26 Clèmerson Merlin Clève. *Medidas Provisórias.* 2ª Edição; Curitiba-PR; Max Limonad; 1999; p. 118.

27 Conforme entendimento do STF nas ADIs 3.090-MC, 3.100-MC e 4.048-MC (entre outras).

28 No ano de 2007, por exemplo, foram editadas 70 Medidas Provisórias e apenas 4 foram rejeitadas, sendo 3 por ausência dos requisitos de admissibilidade – relevância e urgência.

As Medidas Provisórias não são Leis, mas atos normativos com força de lei. Na qualidade de ato normativo estão sujeitas ao controle de constitucionalidade na forma concentrada.

O artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal dispõe que:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O Supremo Tribunal Federal entende que as Medidas Provisórias são suscetíveis de controle por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A ADI-MC/DF 162, julgada em 14 de Dezembro de 1989, foi considerada pela própria Corte como a primeira decisão em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que era possível controlar Medidas Provisórias por Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Tal julgamento foi utilizado como precedente para muitas outras decisões sobre o controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias[29].

Contanto, o entendimento do Supremo se estendia apenas as Medidas Provisórias com efeitos abstratos. Os atos administrativos com efeitos concretos, mesmo que editados sob a forma de Lei não são passíveis de controle concentrado de constitucionalidade[30].

No que tange aos requisitos de admissibilidade da Medida Provisória, a competência para controlá-los judicialmente por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade é controvertida, como era a do Decreto-Lei.

Na vigência da Constituição de 1967, os Decretos-Leis não poderiam ser submetidos ao controle quanto aos critérios de urgência ou interesse público relevante, conforme entendia, então, o Supremo Tribunal Federal[31]. Considerava o STF que a apreciação dos critérios era de caráter político, estando entregue aos juízos de discricionariedade e de valor do Presidente da República.

Na doutrina da época, Pontes de Miranda discursava da seguinte forma, *in verbis:*

> [...] se sobrevém a aprovação (do Decreto-Lei pelo Congresso Nacional), dificilmente se poderia conceber caso de apreciação da

29 É bem verdade que já houve julgamento anterior em sede de ADI. É o que se constata pelo exame da posição firmada na ADI-MC 37 na qual foi considerada parcialmente inconstitucional uma Medida Provisória.

30 ADI 162, ADI 647 e ADI 842 (entre outras).

31 Recurso Extraordinário 62.733.

> inconstitucionalidade da expedição do decreto-lei, ou do ato aprobativo, por se tratar de 'quaestio facti'. Todavia, não há impossibilidade da alegação, com fundamento, contra a aprovação, a despeito da falta por parte do decreto-lei[32].

Note-se que a posição de Pontes de Miranda sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade dos requisitos para a rejeição do Decreto-Lei diverge da posição adotada, à época, pelo STF. Entretanto, a posição do jurista citado se assemelha ao entendimento que viria a ser adotado pela Corte para o controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias quanto aos requisitos de admissibilidade (como veremos).

Por outro lado, Geraldo Ataliba manifestava posição diferente sobre a possibilidade de controle judicial dos requisitos de admissibilidade do Decreto-Lei. Ensinava, o ilustre jurista, que *"o decreto-lei é sujeito ao duplo crivo do Congresso e do Judiciário. Ambos podem impugná-lo, por inobservância dos pressupostos constitucionais. Se entenderem que estes não se verificam, o decreto-lei será 'reprovado' (pelo Congresso Nacional) ou 'declarado nulo' (pelo Judiciário)"*[33].

Já em face da Constituição atual, o assunto foi levado à tona na ADI-MC 162, quando o Supremo Tribunal Federal se considerou apto apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da Medida Provisória quando houvesse excesso do Poder de legislar por parte do Executivo.

No julgamento da ADI-MC 162, o Ministro Moreira Alves, Relator do caso, ao tratar do entendimento adotado pelo STF na vigência da Constituição de 1967 adotou o seguinte entendimento, *ipsis litteris verbis*:

> [...] essa orientação, no entanto, tem de ser adotada em termos, pois, levada às suas últimas conseqüências, admitiria o excesso ou o abuso do poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite 'em caso de relevância ou urgência'[34].

Entretanto, cabe registrar que, no julgamento da ADI-MC 162, o Ministro Celso de Mello firmou entendimento diverso do Relator e da maioria dos outros Ministros[35], no sentido de que caberia o controle dos requisitos de relevância e urgência.

---

32 Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969: Tomo III (arts. 32 – 117)*. 2ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1970. p. 161.

33 Geraldo Ataliba. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967.* São Paulo-SP. Editora Revista dos Tribunais. 1967. p. 27.

34 Cf. Voto do Ministro Moreira Alves na ADI-MC 162.

35 Foi acompanhado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

A decisão do STF permitindo o controle judicial dos requisitos de relevância e urgência, nos casos em que há evidente excesso ou abuso de poder pelo Presidente, simbolizou grande avanço em prol da defesa da Constituição Federal e para coibir o autoritarismo com relação ao que se entendia sobre o controle judicial dos Decretos-Leis, mas ainda não foi o entendimento mais correto.

A Constituição Federal de 1988, ao criar a Medida Provisória, disciplinou o ato normativo determinando que ele fosse editado em casos de relevância e urgência. Se não há relevância ou urgência o ato estará violando a Constituição e conseqüentemente caberá ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, apreciá-lo. Certo que os conceitos de relevância e urgência, como já visto neste trabalho, são indeterminados, no entanto servem para delimitar o campo de atuação do Presidente da República na edição de Medidas Provisórias.

Não se pode falar em discricionariedade do Presidente quando, no uso da competência que lhe foi atribuída pelo artigo 62, edita atos normativos com força de Lei quando entender conveniente. A discricionariedade aplica-se quando o autor do ato tem liberdade para escolher, de forma razoável, entre uma ou outra alternativa. No caso da Medida Provisória, o Presidente tem liberdade para escolher editar ou não o ato normativo, mas esta liberdade está restrita apenas aos casos em que haja relevância e urgência. Portanto se a medida não for urgente ou, também, não for relevante haverá violação ao Texto Constitucional porque não expressa o poder discricionário de editar Medidas Provisórias pelo Presidente da República, que pode ser exercido somente nestes casos.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

> [...] o Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discrição administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontrastável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecidos pelo Direito, ele é quem

> decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.[36]

As Medidas Provisórias que tenham sido convertidas em Lei também devem ser controladas pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a vícios nos requisitos de admissibilidade[37].

Como já mencionado neste trabalho, o Congresso Nacional, ao apreciar a Medida Provisória, deve analisar os requisitos de relevância e urgência. No entanto, o controle do Congresso neste aspecto não convalida os vícios existentes, pois o Congresso Nacional, assim como o Presidente da República, devem respeito ao mandamento constitucional de só aprovar Medidas Provisórias quando houver relevância e urgência. Portanto não estando presentes os requisitos da relevância e urgência o vício persistirá, mesmo com a aprovação da Medida pelo Congresso.

Ademais, cabe mencionar que o Congresso, no exercício do controle das Medidas Provisórias, não tem o poder de transformar um ato inconstitucional em constitucional. Desta forma, quando o Congresso converte em Lei uma Medida Provisória, sem atentar para os requisitos de admissibilidade, contraria a Constituição e a Lei aprovada carrega consigo os vícios de sua criação.

Com isso, tudo leva a crer que as medidas provisórias devem ser controladas pelo Poder Judiciário, inclusive quanto aos requisitos de relevância e urgência. O entendimento do Supremo Tribunal Federal não colaborava para esta conclusão.

Ao apreciar a ADI-MC 4048, o STF avançou um pouco mais no exame dos conceitos constitucionais de relevância e urgência, como veremos no próximo capítulo, mas segue mantendo seu ponto de vista.

6. A ADI-MC nº. 4048

Nos dias 17 de abril de 2008 e 14 de maio de 2008, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da Medida Provisória n° 405, de 18 de Dezembro de 2007.

---

36 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo-SP; Editora Malheiros; 2006; p. 120

37 O STF entende que a Lei de conversão não convalida os vícios de existentes na Medida Provisória (ADI-MC 3090 e ADI-MC 3100).

A ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo PSDB, tinha como objeto a MP nº. 405. Como, no decorrer do processo, houve a conversão da Medida Provisória na Lei 11.658/08, o pedido foi aditado para que fosse julgada a inconstitucionalidade da Lei.

A ADI-MC 4048 teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e a decisão foi bastante equilibrada com o placar de 6 a 5 para a concessão da medida cautelar que considerava inconstitucional a Medida Provisória 405 e a Lei 11.658/08.

Dispunham a Medida Provisória nº. 405 e a Lei 11.658/08, resultante do projeto de conversão que nada alterou no texto da Medida Provisória:

> Art. 1º Fica aberto crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R$ 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinqüenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais), para atender à programação constante dos Anexos I e III desta Medida Provisória (Lei).
> Art. 2º Os recursos necessários à abertura do crédito de que trata o art. 1º decorrem de:
> I - superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial da União do exercício de 2006, no valor de R$ 3.995.542.240,00 (três bilhões, novecentos e noventa e cinco milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e quarenta reais);
> II - excesso de arrecadação no valor de R$ 670.252.213,00 (seiscentos e setenta milhões, duzentos e cinqüenta e dois mil, duzentos e treze reais);
> III - anulação parcial de dotações orçamentárias, no valor de R$ 370.837.862,00 (trezentos e setenta milhões, oitocentos e trinta e sete mil, oitocentos e sessenta e dois reais), conforme indicado no Anexo II desta Medida Provisória (Lei);
> IV - ingresso de operação de crédito relativa ao lançamento de Títulos da Dívida Agrária, no valor de R$ 417.115.345,00 (quatrocentos e dezessete milhões, cento e quinze mil, trezentos e quarenta e cinco reais); e
> V - repasse da União sob a forma de participação no capital de empresas estatais, no valor de R$ 1.930.000,00 (um milhão, novecentos e trinta mil reais).
> Art. 3º Esta Medida Provisória (Lei) entra em vigor na data de sua publicação.

A Constituição Federal permite a adoção de Medidas Provisórias que tratem de abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, desde que observado o disposto no artigo 62 (artigo 167, §3º, da Constituição Federal).

O partido político, ao propor a ação direta de inconstitucionalidade, alegava que os créditos extraordinários só poderiam ser abertos para atender despesas imprevisíveis e urgentes. Como a natureza das despesas, descritas na MP 405, não poderia ser classificada

como imprevisível e urgente, deveria ter sido aplicada a vedação do artigo 62, §1º, I, "d"[38], da Constituição Federal.

A primeira questão, a ser apreciada pelo STF, consistia na possibilidade de controle de constitucionalidade de atos de efeito concreto. Entendia o Supremo Tribunal que a ADI só poderia ser admitida para controle de normas jurídicas abstratas. Já os atos de efeito concreto, mesmo que revestidos na forma de Lei, deveriam ser controlados apenas pelo controle de constitucionalidade da via difusa.

Ao julgar a ADI-MC 4048, o STF entendeu que a Corte, mesmo em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deveria apreciar a Medida Provisória nº 405, que é de efeito concreto[39]. O Ministro Gilmar Mendes conduziu a maioria sob os seguintes raciocínios, *in verbis*:

> [...] ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária[40]
> e
> [...] a corte não pode furtar a análise do tema posto nesta ação direta. Há uma questão constitucional, de inegável relevância jurídica e política, que deve ser analisada a fundo[41].

Neste sentido votaram os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio, Eros Grau e Celso de Mello (todos os que deferiram a cautelar). Os demais Ministros

38 **Art. 62, § 1º** – É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
I – relativa a:
...
d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, §3º

39 A ADI 2925, que teve como Relator para acórdão o Ministro Marco Aurélio, já havia permitido o controle concentrado de Lei Orçamentária (tida para o STF como norma de efeito concreto).

40 Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI-MC 4048, p. 4 e 5.

41 Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI-MC 4048, p. 8.

ou entenderam pela manutenção da posição anterior do STF[42], ou não abordaram o tema e indeferiram a medida com outro fundamento[43].

Após esta etapa, preliminar, de analise da admissibilidade da ação direta de constitucionalidade, os Ministros apreciaram o mérito da questão e, então, se viram diante da possibilidade de controle da relevância e da urgência da Medida Provisória (artigo 62) assim como dos requisitos de imprevisibilidade e urgência das despesas que permitem a abertura de crédito extraordinário (artigo 167, § 3º).

Com efeito, para a abertura de crédito extraordinário, a Constituição Federal exige alem dos requisitos de relevância e urgência, a existência de despesas imprevisíveis e urgentes e prevê situações nas quais haverá essas despesas, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Os Ministros[44] procuraram afastar os requisitos para abertura de crédito extraordinário (imprevisibilidade e urgência) dos requisitos para admissibilidade da Medida Provisória (relevância e urgência), admitindo a possibilidade de controle dos primeiros.

Neste sentido, o voto do Ministro Gilmar Mendes, que assim se posicionou, *in verbis*:

> [...] ao mesmo tempo em que fixa conceitos normativos de caráter aberto e indeterminado, a Constituição oferece os parâmetros para a interpretação e aplicação desses conceitos. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de 'relevância e urgência' (art. 62), que se submetem a um ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de 'imprevisibilidade e urgência' (art.167, §3º) recebem densificação normativa da Constituição. Em outras palavras, os termos 'imprevisíveis' e 'urgentes', como signos lingüísticos de natureza indeterminada, são delimitados semanticamente, ainda que parcialmente, pelo próprio texto constitucional[45].

O Ministro considerou que, em função da Constituição Federal ter estabelecido como parâmetros os casos de guerra, comoção interna e calamidade pública, não haveria discricionariedade do Presidente da República ao apreciar os critérios para a abertura de crédito extraordinário, podendo haver controle pelo STF.

---

42 Neste primeiro grupo se enquadra o entendimento dos Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Menezes Direito (este último não votou na preliminar, mas declarou em seu voto que acompanharia a divergência).

43 Neste grupo se enquadra o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowiski, que entendeu não estar presente o *periculum in mora,* pois os efeitos da medida já haviam se exaurido no tempo.

44 Tal conclusão verifica-se principalmente nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Britto.

45 Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI-MC 4048.

Relativamente aos critérios de admissibilidade da Medida Provisórias, previstos no artigo 62 da Constituição de 1988, o Ministro Gilmar Mendes continuou a considerá-los como discricionários, sem apreciar a possibilidade de controle judicial desse segundo aspecto.

Por seu turno, o Ministro Cezar Peluso sustentou posição distinta. No sentir do Ministro Peluso, tanto os requisitos para abertura de crédito extraordinário, quanto os requisitos de admissibilidade das Medidas Provisórias não são passíveis de avaliação pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Cezar Peluso considera que, se examinasse a conveniência da abertura do crédito extraordinário, o Tribunal violaria a separação dos poderes, porque avançaria na competência específica do Presidente da República e do Congresso Nacional. Divergindo do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, não afastou os requisitos de imprevisibilidade e urgência para abertura de crédito extraordinário dos requisitos de relevância e urgência para edição de Medidas Provisórias.

O Ministro Cezar Peluso fundamentou seu voto com os seguintes argumentos, *ipsis litteris*:

> [...] segundo a jurisprudência assentada da Corte, de regra o Supremo não adentra o campo nem da urgência nem da relevância, por entender que são exclusivos da discricionariedade, tanto do Presidente da República, como do Congresso Nacional, os quais devem avaliar se essas condições estão ou não presentes. Então, o próprio Tribunal se limita, entendendo que não pode avaliar nem a relevância nem a urgência.

Neste caso, porém, estamos avaliando a relevância e a urgência. A diferença está em que, nos outros, elas não são qualificadas por nenhuma situação prevista na Constituição; e aqui, a relevância e urgência são qualificadas mediante técnica de remissão a hipóteses comparativas. O que a Constituição diz, mais ou menos, na conjugação de ambas as normas, é que são necessárias a relevância e a urgência. Só que, em matéria de abertura de crédito extraordinário, urgência e relevância têm de ser comparadas com situações tais e tais"[46].

O modo de pensar dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso diverge da posição adotada pelo Ministro Celso de Mello. Para este, o Supremo Tribunal Federal deve controlar não somente os requisitos de imprevisibilidade e urgência para abertura de crédito extraordinário, como também os requisitos de admissibilidade das Medidas Provisórias, relevância e urgência.

[46] Cf. Voto do Ministro Cezar Peluso, na ADI-MC 4048, p. 4.

A compreensão do Ministro Celso de Mello quanto à possibilidade de controle dos requisitos de relevância e urgência, que já havia sido manifestada em outros votos, sempre foi minoritária no Supremo Tribunal Federal. Os seguintes trechos dos votos do Ministro Celso de Mello na ADI-MC 162 e na ADI-MC 4048 demonstram a linha do seu raciocínio:

> O reconhecimento da imunidade jurisdicional, que pré-excluísse, de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso fosse admitido – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional[47].
>
> Vê-se, pois, que a relevância e a urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados – qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias. Constituem requisitos condicionantes do exercício desse poder extraordinário de legislar que a Carta Política outorgou ao Presidente da República.
>
> Tratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso ocorrente, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias[48].

Na ADI-MC 4048, o Ministro Marco Aurélio de Mello também se manifestou favorável ao controle dos requisitos de relevância e urgência pelo STF[49].

A partir desta última decisão, observam-se, portanto, três posicionamentos diferentes. A possibilidade de controle tanto dos requisitos para a abertura de crédito extraordinário, quanto dos requisitos de admissibilidade da Medida Provisória; a possibilidade de controle apenas dos requisitos para abertura de crédito extraordinário; e a impossibilidade de controle pelo STF desses requisitos.

Como a maioria dos Ministros considerou a Medida Provisória nº. 405 inconstitucional, porque tal ato normativo não atendera aos requisitos de imprevisibilidade e urgência da abertura do crédito extraordinário, o exame dos requisitos de relevância e urgência para a edição de Medidas Provisórias ficou prejudicado. Todavia, esta decisão foi importante, por ter analisado requisitos antes tidos como discricionários e insusceptíveis de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

---

47 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello, na ADI-MC 162

48 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello, na ADI-MC 4048, p. 15 e 16.

49 O Ministro Marco Aurélio já havia demonstrado tal entendimento nas ADIs 1397, 1516 e 2227(entre outras).

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 previu a Medida Provisória como ato normativo excepcional, que só seria admitida quando ocorressem situações urgentes e relevantes. Trata-se função atípica do Poder Executivo, pois ao Poder Legislativo incumbe a função de legislar.

No entanto, as Medidas Provisórias não vem sendo utilizadas como previu o constituinte de 1988. Em 20 anos de Constituição Federal o número de Medidas Provisórias – incluindo as reedições de Medidas Provisórias, que nada mais eram do que novas medidas – superou 2.670[50], uma média de mais de 11 Medidas Provisórias por mês[51].

Certamente não surgiram tantas situações excepcionais que permitissem o Presidente da República editar tantas Medidas Provisórias. Cabe mencionar que o uso abusivo da competência atribuída para editar Medidas Provisórias não ocorreu somente num dos cinco governos que exerceram o mandato desde 1988, mas é prática presente em todos eles, como se constata na tabela a seguir:

PRESIDENTES	Nº. DE MPs	PERÍODO DE GOVERNO	MÉDIA DE MPs POR MÊS
José Sarney	147	15/03/1985 a 15/03/1990 - 17 meses (após a CF de 1988)	8,6 MPs/mês
Fernando Collor	164	15/03/1990 a 29/12/1992 - 32 meses	5,1 MPs/mês
Itamar Franco	518	29/12/1992 a 01/01/1995 - 24 meses	21,6 MPs/mês
Fernando Henrique Cardoso	1.503	01/01/1995 a 01/01/2003 - 96 meses	15,7 MPs/mês
Lula	338	01/01/2003 a 01/01/2011[52] - 68 meses (até Setembro de 2008)	5,0 MPs/mês

A Medida Provisória é espécie legislativa destinada a situações que exijam uma urgência do Estado, casos em que a demora do processo legislativo prejudicaria excessivamente o que se pretende alcançar. Não serve para regular fatos comuns, que ocorrem mais de 5 vezes ao mês.

50 Até 29 de Agosto de 2008 haviam sido editadas 2641 Medidas Provisórias.

51 Até a EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, quando se admitia a reedição de Medidas Provisórias a média de MPs por mês era de mais de 14. Considerando apenas as MPs editadas após a EC nº 32, a média é de pouco mais de 5 MPs por mês.

52 Data prevista para o término do mandato do Presidente Lula

O Presidente da República deve editar Medidas Provisórias apenas, em casos emergenciais para suprir necessidade inadiável ou evitar grave dano ao país. Esse ato normativo não pode ser utilizado como regra no processo legislativo, como parece vem sendo. Trata-se de providência excepcional a ser usada apenas quando inafastável.

O Presidente, com a sua competência para propositura de projetos de Lei e podendo valer-se de solicitação de urgência para as suas iniciativas no processo legislativo, como previsto no artigo 64, da Constituição Federal, não tem motivo para vulgarizar a edição de Medidas Provisórias.

O processo legislativo de urgência faz com que o projeto de iniciativa do Presidente da República seja aprovado em no máximo 100 dias, como já analisado neste trabalho. A imensa maioria das medidas provisórias editadas tratam de matérias que poderiam aguardar o transcurso desse prazo, portanto o governante deve se abster do uso indevido da Medida Provisória, valendo-se dos meios ordinários que lhe facultam o processo legislativo.

Medidas Provisórias são atos normativos autoritários, que excepcionam o processo legislativo. Elas são editadas pelo Presidente da República, com força de lei, e já produzem efeitos de imediato. O Congresso Nacional só aprecia tais medidas quando já estão produzindo efeitos, e se resolve rejeitá-las, elas perdem eficácia desde sua edição[53], causando insegurança jurídica.

Para melhor controle da edição das Medidas Provisórias, a Constituição determina que sejam submetidas de imediato ao Congresso Nacional. Esse exerce controle político e jurídico em relação a medida e deve rejeitá-la quando ela não atenda aos requisitos constitucionais ou por reputada inoportuna ou inconveniente.

Além do controle pelo Congresso Nacional, a Medida Provisória deve ser submetida a controle jurídico pelo Poder Judiciário, quando houver violação a Constituição Federal. Este controle deve ser realizado inclusive quando a medida provisória desatenda aos requisitos de relevância e urgência, pois se há inobservância de requisitos constitucionais, há inconstitucionalidade.

É verdade que os requisitos de relevância e urgência são indeterminados, mas pelo menos quanto ao critério urgência há um dado objetivo a ser levado em conta. Não é possível

[53] A Constituição Federal autoriza o Congresso Nacional a disciplinar as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória por decreto legislativo. Apesar desta regra constitucional, a Medida Provisória rejeitada continua causando insegurança jurídica.

determinar o que é urgente, mas se a medida poderia aguardar 100 dias ela não é urgente, pois poderia ter sido utilizado o processo legislativo do artigo 64, da Constituição Federal.

Que se cumpra a Constituição para que as Medidas Provisórias sejam realmente a exceção. Cabe ao Congresso Nacional, no exercício da sua função constitucional, rejeitar as medidas sempre que não sejam consideradas relevantes ou urgentes por aquele Poder. Cabe ao Poder Judiciário suspender a vigência declarando a inconstitucionalidade dessas medidas todas as vezes que, provocado, constatar que as mesmas não observam os requisitos constitucionais que justificam a sua edição.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa. Braga, Portugal: Editora Verbo, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional.* 9ª edição. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 20ª edição. São Paulo-SP: Editora Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. 2ª edição. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Medidas Provisórias*. 2ª edição. Curitiba-PR: Editora Max Limonad, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 (volume 2). 2ª edição. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1977.

_____. *Do Processo Legislativo.* 5ª edição. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 2002.

HOUSSAIS, Antônio & VILLAR, Marco de Salles. *Dicionário Houssais da Língua Portuguesa.* Elaborado no Instituo Houssais de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro-RJ: Editora Objetiva, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado.* 25ª edição. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1999.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo-SP: Editora Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis – tradução Edson Bini*. Bauru-SP: Editora Edipro, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969: tomo III (arts. 32 – 117).* 2ª edição. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 26ª edição. São Paulo-SP: Editora Malheiros, 2006.

Sítios eletrônicos:

Supremo Tribunal Federal: Disponível em: <www.stf.gov.br>.

Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Senado Federal. Disponível em: <www.senado.gov.br>.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br>.

Senado da República Italiana. Disponível em: <www.senato.it/istituzione/29375/articolato.htm>.