



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JULIANA CONCEIÇÃO PIMENTEL NOBRE

**A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS**

São Cristóvão/SE
2021

JULIANA CONCEIÇÃO PIMENTEL NOBRE

**A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS.

Orientador: Prof. Esp. Edmilson da Silva Pimenta
Coorientadora: Mestranda Aline Souza Prado

São Cristóvão, SE
2021

JULIANA CONCEIÇÃO PIMENTEL NOBRE

**A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E
URGÊNCIA NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, sob a orientação do Prof. Esp. Edmilson da Silva Pimenta e coorientação da mestranda Aline Souza Prado.

Aprovada em _____ de _____ de 2021

BANCA EXAMINADORA

Universidade Federal de Sergipe

Universidade Federal de Sergipe

Universidade Federal de Sergipe

“A candeia do corpo são os olhos. De sorte que, se teus olhos forem bons, todo o teu corpo terá luz.”

RESUMO

Este Trabalho de Conclusão de Curso busca traçar uma ligação entre a Medida Provisória, enquanto ato normativo editado no exercício de função atípica do Poder Executivo, e o princípio da legalidade. A ideia surge da intrigante questão que envolve o princípio da legalidade, segundo o qual todos estão sob a vontade Lei (art. 5º, inciso II da CRFB/88) e a sua vinculação à Administração Pública, ou seja, como a Administração que deve se submeter, bem como os particulares, ao império da Lei, pode ao mesmo tempo se insurgir de competência legislativa?

Com o escopo de realizar um diálogo entre essas searas do conhecimento serão utilizados estudos teóricos e jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-chave: Medida Provisória. Relevância e Urgência. Constitucionalidade. Ato Normativo não legislativo. Princípio da Legalidade

ABSTRACT

This Course Conclusion Paper seeks to establish a link between the Provisional Measure, as a normative act edited in the exercise of atypical function of the executive power, and the principle of legality. The idea arises from the intriguing question that involves the principle of legality, according to which everyone is under the law (art. 5, item II of CRFB / 88) and its connection to the Public Administration, that is, as the Administration that must submit, as well as individuals, to the rule of law, can it at the same time rise to legislative competence?

In order to carry out a dialogue between these fields of knowledge, theoretical and jurisprudential studies on the topic will be used.

Keywords: Provisional Measure. Relevance and Urgency. Constitutionality. Non legislative Normative Act. Principle of Legality

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO 7**
- 2 PRINCIPAIS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 9**
 - 2.1 Princípio da legalidade 9**
 - 2.2 O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos e a supremacia das normas constitucionais 12**
 - 2.2.1 Reserva de Plenário 15**
 - 2.2.2 A competência da Justiça comum para afastar normas emanadas pelo Poder Público em demandas trabalhistas 18**
- 3 ASPECTOS RELEVANTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA 20**
 - 3.1 Considerações preliminares sobre as medidas provisórias 20**
 - 3.2 Princípio da separação dos poderes 24**
 - 3.2.1 A emenda constitucional nº 32 de 2001 e o impacto sobre as medidas provisórias 26**
- 4 CONJUNTURA ENTRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 30**
 - 4.1 O controle de constitucionalidade das medidas provisórias 30**
 - 4.2 O fenômeno da judicialização da política no Brasil 34**
 - 4.2.1 Judiciário e Executivo fazendo suas próprias leis 37**
 - 4.3 Reflexões sobre o exercício do poder discricionário 40**
 - 4.4 O que diz a doutrina e a jurisprudência sobre os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias 45**
- 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 50**
REFERÊNCIAS 51

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a República Federativa do Brasil se caracteriza como um Estado de Direito. Isto significa que todos os indivíduos estão submetidos ao império do direito, que se faz presente através das leis. Falamos aqui em lei de forma genérica, pois sabe-se que é vasto o território das espécies normativas, que juntas servem para dar harmonia ao Ordenamento Jurídico. Todavia, para que cumpram o seu papel, é necessário que tais normas estejam em pleno acordo com a Constituição Federal em sua forma (aspectos formais de edição) e em seu objeto (obediência aos princípios constitucionais), sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ofensa ao Princípio da Legalidade.

Dentre as espécies de atos normativos e atos regulamentares encontra-se a Medida Provisória, cuja competência para a edição pertence ao Presidente da República, ou seja, o Presidente da República. E é justamente sobre esta espécie que iremos nos debruçar no decorrer deste trabalho.

De pronto, pode-se esclarecer que a intenção do constituinte foi conceber uma via extraordinária para situações excepcionais de relevância e urgência cuja espera pelos trâmites do processo legislativo comum seria inviável ou prejudicial à sociedade.

De acordo com o que será visto adiante, o objetivo deste trabalho é analisar a problemática por trás do conceito abstrato de "relevância e urgência" que a Carta Magna trouxe como requisitos necessários para a edição de Medidas Provisórias pelo Poder Executivo Federal. Da simples leitura do artigo 62, caput, da CRFB/88¹, que trata sobre o tema, vê-se que o Constituinte limitou o uso da via normativa ora em análise em caráter subsidiário. Todavia, o conceito intangível de "relevância e urgência" traz à baila a dificuldade em traçar os limites da discricionariedade dada ao Presidente da República.

Embora saibamos que a própria Constituição impõe limites à discricionariedade dos Poderes do Estado através do sistema de Freios e Contrapesos, que dá a cada um dos poderes a liberdade de fiscalizar os demais, não impressiona o fato de que é tênue a linha que separa aquilo que se considera urgente e relevante, do ponto de vista

¹ 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.

social, e a possibilidade de os Poderes Legislativo e Judiciário impedirem a utilização da via provisória por entenderem ausentes os requisitos constitucionais.

Ora, se as Medidas Provisórias foram criadas justamente para servir como uma via mais célere em casos nos quais é inviável a aplicação das regras procedimentais para a elaboração de leis, em razão da urgência que demanda determinadas situações, é intuitivo que não se pode admitir o seu uso em casos em que não há patente relevância e urgência, sob pena de burla ao Princípio da Legalidade. Entretanto, o que explica o grande número de Medidas Provisórias editadas no Brasil? Pode-se considerar que o País vive um constante estado de urgência?

As questões supra serão analisadas no decorrer deste trabalho, que busca, em síntese, ponderar acerca do uso das Medidas Provisórias pelo Presidente da República e até que medida esta via normativa poderia ser utilizada como uma forma supervalorização do Poder Executivo em detrimento do Legislativo e do Judiciário, provocando assim um desequilíbrio na tripartição dos poderes e burla ao Princípio da Legalidade.

Adiante, no segundo capítulo haverá uma contextualização do Princípio da Legalidade com outros temas. Será abordado desde o seu conceito, até a sua conjuntura com os atos normativos não legislativos. No tópico que segue, será destacado o paradoxo que há no fato de a Administração Pública, que deve se submeter, bem como os particulares, ao império da Lei, pode ao mesmo tempo valer-se de competência para legislar. Ademais, a lei *stricto sensu* será conceituada e logo após será feito um adendo acerca da sua capacidade, ou não, de acompanhar as necessidades sociais emergentes.

O terceiro capítulo será o responsável por traçar os aspectos mais relevantes no que diz respeito às Medidas Provisórias, iniciando pelo seu conceito e enquadramento dentro do Ordenamento Jurídico.

No que respeita à metodologia utilizada, devido ao caráter teórico da pesquisa foi predominantemente bibliográfica, buscou-se na literatura brasileira (que embora sabidamente rica na produção da doutrina jurídica), ainda produz muito pouco sobre um tema de tanta relevância jurídica e social. Ademais, foram feitas pesquisas nos sites da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF. No tocante ao estudo de casos,

foram coletados e analisados diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre as matérias, bem como análise das medidas provisórias através do sítio do Planalto.

2 PRINCIPAIS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra em seu inciso II o Princípio da legalidade garantindo, com status de cláusula pétrea, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Neste capítulo, serão analisados os principais aspectos do princípio da legalidade que, em resumo, é a “ base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de "governo das leis", expressão da vontade geral, e não mais "governo dos homens", em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante.” (PAULO e ALEXANDRINO, 2017, p. 120).

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios basilares que abrange todas as esferas, desde particulares até a própria Administração Pública, cada qual no seu respectivo viés.

Já em seu art. 5º a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu inciso II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Enquanto para os particulares é permitido que se faça tudo aquilo não que for proibido por lei, à Administração é permitido fazer só e tão somente o que a lei estabelecer. Percebe-se o caráter muito mais restritivo do princípio da legalidade para a Administração que para o particular.

A Carta de 1988 não estabeleceu um enunciado específico para o princípio da legalidade administrativa. Não obstante, é lícito afirmar, a partir do que se expôs até este ponto, que, no âmbito do direito administrativo, a legalidade traduz a noção de que a administração pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que assim determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária). Deve sempre o administrador público obedecer

estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação nela prevista, observar os termos, condições e limites autorizados na lei. Desse modo, a principal diferença entre o princípio da legalidade aplicável aos particulares (CF, art. 5º, II) e o princípio da legalidade a que se sujeita a administração pública (CF, art. 37, caput) pode ser assim resumida: aqueles têm liberdade para fazer tudo o que a lei não proíba; a esta só é dado fazer o que a lei determine ou autorize. Quando não houver previsão legal, não há possibilidade de atuação administrativa. (ALEXANDRINO E PAULO, 2017, p. 233)

O art. 37 da CRFB/88² traz expressamente em seu *caput* a sujeição da Administração Pública direta e indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Abrange, assim, os Poderes Públicos, as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

A Lei Maior nomeia explicitamente os princípios norteadores da Administração Pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²

Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, em sua obra “Princípios Gerais de Direito Administrativo” esclarece que a Constituição serve para coordenar o Estado, que, uma vez estruturado, poderá usar do seu poder para levar a efeito o seu fim, a razão de sua existência, qual seja promover o bem comum de toda a sociedade (1969, pp. 15-16). Sobre a atuação do Estado em suas relações internas ele aduz:

A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de forma unilateral, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição a outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é de caráter estatutário. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes, isto é, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, estabelecendo as normas adequadas e conferindo os poderes próprios para atingir o seu fim de realização do bem comum. Essa é a ordem natural do direito interno, nas relações com outras entidades políticas menores ou com os particulares. (BANDEIRA DE MELO, 1969, p. 25)

² BRASIL. 1988.

Inobstante a liberdade política dos administradores em suas decisões, estes devem sempre agir de acordo com os preceitos supra.

Acima da vontade do administrador público sempre estará o interesse coletivo, vejamos as didáticas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo:

O segundo princípio, o da indisponibilidade do interesse público, faz contraponto ao primeiro. Ao mesmo tempo em que tem poderes especiais, exorbitantes do direito comum, a administração sofre restrições em sua atuação que não existem para os particulares. Essas limitações decorrem do fato de que a administração não é proprietária da coisa pública, não é proprietária do patrimônio público, não é titular do interesse público, mas sim o povo. Em linguagem jurídica, dispor de alguma coisa é, simplificada, poder fazer o que se queira com ela, sem dar satisfações a ninguém. A disponibilidade é característica do direito de propriedade. Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe, a rigor, a ideia de "vontade autônoma" da administração, mas sim de "vontade" da lei, que é o instrumento que legitimamente traduz a "vontade geral", vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo. Além disso, toda a atuação da administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle. (ALEXANDRINO, 2017, p. 53)

Importante ressaltar, ainda, que o termo "lei" deverá ser entendido em sentido amplo, pois abarca quaisquer diplomas normativos, inclusive infralegais, a exemplo das portarias, instruções normativas, resoluções e outros atos normativos expedidos pela Administração, bem como abrange os princípios.

Um princípio que decorre diretamente do princípio da legalidade é o da reserva legal. Esse postulado "consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal". (MORAES, p. 55, 2003). Assim, para matérias que o legislador entenda ser necessário um tratamento específico exige-se lei formal, lei em seu sentido estrito.

Ao editar uma medida provisória, para além dos requisitos exigidos para a sua edição que são os de relevância e urgência, o Presidente da República deverá se atentar aos prazos e, ainda, as vedações que são impostas, a exemplo do rol de matérias vedadas para serem tratadas em sede de medida provisória previstas no art. 62, CRFB/88.

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 [sic] 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.

Disponível

em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 30 jan. 2021.

Percebe-se que as matérias elencadas no artigo citado acima são relativas a casos que gerariam insegurança jurídica com o advento da medida provisória e posterior cancelamento. São matérias que necessitam de um tempo razoável para sua apreciação, e, por mais que se entenda que as medidas provisórias têm força de lei, entende-se que se trata de ato normativo, mas não é lei enquanto não confirmada pela apreciação do Congresso Nacional.

Em suma, ao mesmo tempo em que as medidas provisórias são limitadas pelo princípio da legalidade, este é excepcionado quando, ao invés de se seguir o rito padrão das leis ordinárias, por exemplo, segue-se um processo legislativo diferenciado.

2.2 O princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos e a supremacia das normas constitucionais

O Estado Democrático de Direito busca vincular o Direito à vontade geral (diferentemente dos estados absolutistas marcados pela concentração de poder sob a vontade de um único soberano). Nesse contexto, para concretizar esse ideal liberal, criou-se uma ramificação dentro da estrutura de poderes que compõem o Estado dotado de função normativa, isto é, com a finalidade de representar a vontade do povo

através da criação de leis, este é o Poder Legislativo, que exerce função típica de legislar de forma independente e autônoma, diferentemente do que acontecia durante o absolutismo, onde todos os poderes concentravam-se nas mãos de um único soberano.

Nas palavras de Pedro Lenza (2011, p. 402):

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.

Quando um ato normativo é criado, indiretamente é a vontade de povo que está ali exarada, em razão disto é que a eles é dada presunção de constitucionalidade, por disposição expressa da Carta Magna, que em seu artigo 5º, II, dispõe:

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Para José Afonso da Silva (1998, p. 31), trata-se de um dos dispositivos mais importantes da Lei Maior, pois além de prever a liberdade de ação, confere fundamento jurídico às liberdades individuais, correlacionando liberdade e legalidade.

Por presunção de constitucionalidade existe a absoluta e a relativa, as normas constitucionais estão na esfera da presunção absoluta pois como cediço a Constituição Federal equivale à norma positiva suprema, ou seja, um conjunto de normas que regulamenta todo o ordenamento jurídico, inclusive a edição de outras normas e só pode ser alterada observando-se um procedimento rigoroso e especial. A Constituição se coloca no vértice de todo o sistema jurídico (*Idem, ibidem*).

Tércio Sampaio é cirúrgico em suas palavras quando afirma que:

Num sentido absoluto, dizemos, a Constituição seria um todo unitário, equivalente ao próprio Estado. A constituição nada mais é do que um estado e um Estado é essa unidade, política concreta, onde tudo está e para o que tudo converge. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 231)

Em contrapartida, as normas infraconstitucionais possuem presunção relativa

de constitucionalidade. Isto é, pode sofrer controle de constitucionalidade para que se verifique sua compatibilidade com a Constituição, em respeito ao princípio da compatibilidade vertical simbolizada na “pirâmide normativa” de Hans Kelsen.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Ibidem*):

Kelsen (1960, v. 5:35), vê do seguinte modo: a constituição é a lei fundamental, é a primeira lei posta, é a primeira lei do Estado; mas existe Constituição no sentido material e Constituição no sentido formal. A Constituição no sentido material é aquele conjunto de normas que são constitucionais por sua matéria, por sua matéria específica. E qual é a matéria específica da Constituição? A matéria específica de uma Constituição é dizer como devem ser feitas todas as leis (as normas gerais). Isto é, Constituição no sentido material é um conjunto de normas que são constitucionais, por sua natureza: normas básicas para a elaboração de outras normas gerais. No entanto, há Constituição no sentido formal, pois existem as normas que já disciplinam certos comportamentos imediatamente. Para essas normas devemos dizer que elas são constitucionais, não por sua matéria, mas por sua forma. Isto é, elas são constitucionais não porque sua matéria seja estritamente constitucional, mas porque las estão submetidas a certas formalidades de elaboração e alteração. Assim, toda e qualquer norma que estiver submetida a um processo específico de produção e/ou alteração, disciplinado por outras normas constitucionais (quórum especial) passa a ser constitucional pela forma.

Sendo assim, reitere-se, quando uma norma é inserida no mundo jurídico, pode-se dizer que é a vontade do povo que se faz ali presente e é justamente essa característica de ser expressão da vontade da maioria que justifica a presunção de validade das normas. Isto é, dá-se presunção de validade à vontade do povo. Embora a maioria dos atos normativos seja Legislativo, existem também aqueles que são emanados pelos outros poderes, que o faz de forma extraordinária, por delegação ou competência previstas na Constituição da República, é o que se chama descentralização da atividade normativa.

Conforme dito alhures, tratando-se de normas infraconstitucionais a presunção *iuris tantum* (relativa) e, dessa forma, pode ser afastada, admitindo-se prova em contrário da sua validade, através da via do controle de constitucionalidade, ocasião em que o legitimado interessado poderá impugná-lo, produzindo provas da sua invalidade, não sendo admitido, por óbvio, a mera alegação.

Oswaldo Aranha Bandeira de Melo esclarece:

(...) o ato executivo, além da sua natureza de realização concreta da lei, como participante da ação do Estado-poder, tem o valor formal de presunção de verdade, e que consiste em independêr, em princípio, de prova, e poder ser, desde logo, exigível, o que traz, como consequência, a fôrça jurídico, de

autotutela, ou seja, a possibilidade de auto-executoriedade, quando não obedecido, isto é, de execução de ofício dos atos, sem prévia decisão do Poder Judiciário, apreciando a sua legitimidade e reconhecendo o seu direito de coagir terceiros, na hipótese, bem como de decretação da sua nulidade ou revogação pelos próprios órgãos executivos. (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 33)

Neste aspecto, as normas constitucionais são as únicas que dispõem de presunção absoluta de validade, com ressalva para o fato de que as normas constitucionais derivadas (Emendas Constitucionais) que só terá status de superioridade em relação às normas infraconstitucionais, após aprovada e promulgada, e se no seu processo de criação “houver respeito ao procedimento e às limitações impostos pelo poder constituinte originário (CF, art. 60)” (LENZA, p. 561, 2011).

[...] É relevante enfatizar essa distinção: as normas constitucionais editadas pelo constituinte originário não estão sujeitas a controle de constitucionalidade, ao passo que as normas decorrentes de emendas à Constituição submetem-se ao controle jurisdicional de constitucionalidade, tanto na via difusa quanto na concentrada. Por esse motivo, a mera proposta de emenda à Constituição não é considerada norma constitucional. Enquanto não legitimamente aprovada e promulgada, não se pode falar, sequer, em força normativa da proposta de emenda constitucional. Em verdade, a proposta de emenda à Constituição Federal é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade. Somente após a sua aprovação é que ingressará no ordenamento jurídico, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. As normas constitucionais não têm relação de hierarquia entre si. Tanto as normas constitucionais originárias quanto as introduzidas ou alteradas por emendas à Constituição legitimamente editadas, tanto as normas substancialmente constitucionais quanto as normas só formalmente constitucionais, tanto as normas do corpo permanente da Constituição quanto as do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todas elas situam-se no mesmo patamar hierárquico e todas elas são hierarquicamente superiores às demais normas integrantes do nosso ordenamento jurídico. (LENZA, 2011, p. 562)

De outro canto, a Medida Provisória, como ato executivo normativo infraconstitucional, também possui presunção *iuris tantum*, podendo, portanto, sofrer controle de constitucionalidade. O tema, todavia, será tratado com mais detalhes adiante, em capítulo específico.

2.2.1 Reserva de Plenário

A Carta Magna, em seu artigo 97, definiu que a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos só poderá ser emitida pelo pleno do tribunal, é o que se chama de Reserva de Plenário. Deduz-se que esta restrição é mais

uma maneira de reforçar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, na medida em que dificulta o seu afastamento do mundo jurídico, afinal é muito mais difícil declarar a inconstitucionalidade de uma norma por decisão da maioria absoluta do Tribunal do que por decisão de apenas parte dele. Nas palavras de Pedro Lenza:

Observadas as regras do processo civil, a parte sucumbente poderá devolver a análise da matéria ao tribunal ad quem (nessa hipótese estamos imaginando um processo que começou na primeira instância — juízo monocrático, sendo interposto recurso de apelação para o tribunal competente). No tribunal competente, distribuído o processo para uma turma, câmara ou seção (depende da organização interna do tribunal a ser estabelecida em seu regimento interno), verificando-se que existe questionamento incidental sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, suscita-se uma questão de ordem e a análise da constitucionalidade da lei é remetida ao pleno, ou órgão especial do tribunal, para resolver aquela questão suscitada. Nesse sentido é que o art. 97 da CF/88 estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (LENZA, 2011, P. 107)

O STF já decidiu por diversas vezes sobre o tema, inclusive na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 482.090-1, onde ponderou sobre a impossibilidade de o C. Superior Tribunal de Justiça afastar a aplicação de um dispositivo de lei, ainda que sem redução de texto, por decisão que não seja do pleno. A Suprema Corte entendeu que determinado dispositivo só poderia ter sua aplicação afastada mediante declaração de inconstitucionalidade, o que só é possível por órgão colegiado, em razão do Princípio da Reserva de Plenário embutido no artigo 97 da Lei maior. Vejamos a ementa da referida decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário

conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.³

No mesmo sentido:

EMENTA: Processo civil. Controle difuso da constitucionalidade. Princípio da reserva de plenário. O juiz singular pode deixar de aplicar lei inconstitucional; os órgãos fracionários dos tribunais, não — porque, mesmo no âmbito do controle difuso da constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (CF, art. 97), observado o procedimento previsto no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (CPC, art. 481, parágrafo único). Recurso especial conhecido e provido” (REsp 89.297/MG (1996/0012088-9), DJ de 07.02.2000, p. 151, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.a Turma do STJ — no mesmo sentido, cf. AG 353.520, Min. Gilson Dipp; DJ de 16.02.2001, 5.a Turma do STJ).⁴

Em razão dos diversos julgados sobre o tema, a Suprema Corte editou a Súmula Vinculante 10, homenageando o disposto no artigo 97 da CRFB/88. Vejamos o que dizem os verbetes:

Constituição Federal, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
SÚMULA VINCULANTE 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O STF vedou a possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade das normas sem a observância da reserva de plenário, ainda que não haja redução de texto. Alexandre de Moraes por interpretação conforme sem redução de texto diz o seguinte:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. (MORAES, 2003, pp. 36-37)

³ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917696/recurso-extraordinario-re-482090-sp>. Acesso em: 28 jun. 2020.

⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 28 jun. 2020.

Assim, na interpretação conforme sem redução do texto dá-se à norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna.

2.2.2 A competência da Justiça comum para afastar normas emanadas pelo Poder Público em demandas

Um tema que vale um sucinto debate é o que diz respeito ao Juízo Competente para julgar a validade das normas emanadas pelo Poder Público nas demandas trabalhistas que envolvem o regime jurídico dos servidores públicos que ingressaram nos quadros antes da promulgação da Constituição da República de 1988, isto é, sem a realização de concurso público, se celetista ou estatutário.

O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, por exemplo, vem julgando diversas Demandas sobre o tema, onde os Reclamantes buscam o reconhecimento do vínculo celetista para que o Ente seja condenado ao pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, mesmo havendo, em muitos casos, lei municipal determinando a transmutação de regime de todos os servidores para o estatutário.

O TRT/20 vinha posicionando-se no sentido de afastar as leis que instituíam a transmutação do regime dos servidores públicos para todos os servidores, por entender que, em alguns casos concretos, ela violava o Princípio do Concurso Público. Entretanto, acompanhando o entendimento recentemente emanado pelo Min. Alexandre de Moraes, do E. STF, no julgamento da Reclamação n. 39.068, que ocorrera em 14/02/2020, restou reconhecida a competência da Justiça Comum para afastar a incidência de norma, sob o fundamento de que, se esta diz que o vínculo entre as partes é estatutário, e não celetista, há a presunção de que o vínculo é estatutário, até que se prove o contrário. *In verbis*:

Com relação ao parâmetro pautado na ADI 3.395-MC (Rel. Min. CEZAR PELUSO), assiste razão ao reclamante, pois há norma disciplinando o vínculo entre a Administração Pública e seus servidores (Lei Municipal 6.505/90), o que permite concluir, a princípio, pelo caráter estatutário da relação firmada entre as partes aqui envolvidas e, conseqüentemente, pela incompetência da justiça do trabalho para apreciar a matéria.⁵

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA PRESERVAR A AUTORIDADE DA DECISÃO DO STF NA ADI N. 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APURAR EVENTUAL NULIDADE DO VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO.
1. Não é da competência da Justiça do Trabalho a apuração de eventual

5

Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815402738/reclamacao-rcl-39068-pb-paraiba-0085884-1020201000000>. Acesso em: 28 jun. 2020.

nulidade dos atos administrativos que deram suporte à relação entre os interessados e a Administração Pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (Rcl nº 5.924/CE-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 23/10/09).

Nesse aspecto, vê-se que o entendimento consignado pela Corte Suprema se fundamenta justamente na necessidade de conceder presunção de validade aos atos administrativos, pois, se existe uma norma que diz que a relação jurídico-administrativa é estatutária e o Juízo competente para dirimir a Lide entre o Poder Público e seus servidores estatutário é o Comum, somente este poderá apurar eventual nulidade, em razão da presunção de veracidade do que dispõe naquela norma.

3 ASPECTOS RELEVANTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS E OS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

A sociedade moderna extremamente dinâmica e veloz no que respeita aos acontecimentos e necessidades sociais exige uma Administração igualmente ágil para garantir a execução de políticas públicas de forma eficaz, como se espera de uma boa administração pública. Em razão disto, o Constituinte trouxe à baila uma via normativa capaz de fornecer ao Presidente da República uma saída rápida em casos de relevância do assunto e urgência em sua resolução, ou seja, facultou-lhe o manejo de medidas provisórias com força de lei para dispor sobre determinadas matérias, em situações em que seja inviável a espera por todas as etapas do processo legislativo para a edição das leis *stricto sensu*.

Neste capítulo analisaremos os aspectos mais relevantes das medidas provisórias, juntamente com algumas considerações sobre o princípio da separação dos poderes e outros princípios norteadores da Administração Pública.

3.1 Considerações preliminares sobre as medidas provisórias

As medidas provisórias podem ser compreendidas como uma espécie que juntamente com as leis ordinárias, leis delegadas, leis complementares, emendas constitucionais, resoluções e decretos formam o gênero “atos normativos primários”, conforme prevê o artigo 59 da CRFB/88. Importante ponderar, neste aspecto, que os atos normativos são divididos em primários e secundários, a fim de que se compreenda didaticamente que os atos primários são todos aqueles capazes de inovar o ordenamento jurídico enquanto os secundários são aqueles exarados pelo Poder Executivo e servem para dar execução aos atos primários.

Trata-se de mais uma inovação trazida pelo constituinte de 1988 ao ordenamento jurídico brasileiro. Nasceu como sucessora do antigo decreto-lei que tinha basicamente as mesmas característica, ou seja, um ato normativo executivo no exercício extraordinário de função legislativa. A CRFB/88 dispõe que:

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.

Da leitura do dispositivo constitucional supra extrai-se as principais características das MPs que as diferencia da lei em sentido estrito. Primeiro, quando o texto fala que tem de ser submetida de imediato ao Congresso Nacional expõe a sua precariedade, informando que a qualquer momento ela poderá ser descartada do ordenamento jurídico, a critério das casas legislativas. De outro canto, no caso de ser admitida somente nos casos de relevância e urgência denuncia sua excepcionalidade, traduzindo que não será possível ser utilizada em situações não excepcionais. Da mesma forma, o Art. 62, parágrafo primeiro da Constituição traz os limites materiais impostos às MPs⁶. Por fim, por ser ato emanado pelo Presidente da República, torna-se uma espécie de ato normativo não legislativo, o que lhe retira a característica fundamental das leis estrito sensu, ou seja, o fato de ser ato legislativo.

Em que pese não tenha natureza jurídica de lei a Carta Magna lhe concedeu força de lei, o que significa que “a medida provisória, uma vez editada, está perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que se converta em lei, ou mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face da flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.” (MORAES, 2003, p. 475).

No período em que estiver em vigência a MP produzirá os mesmos efeitos que produziria se fosse uma lei. Por exemplo, digamos que determinada medida provisória verse sobre matéria que era tratada por uma determinada lei então em vigor, pelo fato de não ser lei, dita MP não poderá revogar esta lei, mas poderá suspender seus efeitos no ordenamento jurídico a depender se a medida provisória que ela suspendeu seja ou

⁶ § 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, § 3

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.

não convertida em lei pelo congresso nacional. Caso seja rejeitada (expressa ou tacitamente) a lei então suspensa voltará a produzir efeitos. Caso seja convertida em lei, a lei que foi suspensa será revogada.

Os parágrafos 4º, 7º e 10 do Artigo 62 da Constituição Federal dispõe sobre o prazo de vigência da medida provisória que será de sessenta dias, prorrogável por mais sessenta no caso de sua votação não ser concluída no prazo de vigência normal sendo vedada, entretanto sua reedição na mesma sessão legislativa⁷.

Esse entendimento foi consagrado pela Emenda Constitucional n.º 32/01 que, expressamente, determinou no § 3.º, do art. 62, que as medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. Caso, porém, o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos ex nunc de medida provisória expressa ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo. (MORAES, 2003, p. 451)

Caso não seja nos 45 dias subsequentes à publicação entrará em regime de urgência na Câmara ou no Senado, onde se encontrar. O parágrafo 6º do artigo 62 da Constituição foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal em razão do Mandado de Segurança número 27931 impetrado por parlamentares que se opuseram à interpretação que foi dada ao seu texto pelo então Presidente da Câmara dos Deputados Michel Temer. O objeto da discussão foi o trancamento da pauta da casa ocasionado por ato do poder executivo.

À época, Michel Temer, então presidente da Câmara decidiu que não seriam todos os atos normativos trancados, mas somente aqueles projetos que tivessem ligação com a respectiva medida provisória, ou seja, aqueles projetos cuja matéria fosse passível de discussão por meio de medida provisória. Os deputados, por sua vez, defenderam a literalidade do texto constitucional que não restringe as deliberações legislativas que deverão ser sobrestadas.

⁷ “A sessão legislativa ordinária é o período de atividade normal do Congresso a cada ano, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. Cada quatro sessões legislativas, a contar do ano seguinte ao das eleições parlamentares, compõem uma legislatura. Já a sessão legislativa extraordinária compreende o trabalho realizado durante o recesso (ver verbete) parlamentar, mediante convocação. Cada período de convocação constitui uma sessão legislativa extraordinária”. Fonte: Agência Senado

Assim dispõe o dispositivo em comento:

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.

[...]

§ 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.

Vale também a transcrição do julgamento de mérito proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 2017:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), indeferiu o mandado de segurança e deu, ao § 6º do art. 62 da Constituição, na redação resultante da EC 32/2001, interpretação conforme à Constituição, para, sem redução de texto, restringir-lhe a exegese, em ordem a que, afastada qualquer outra possibilidade interpretativa, seja fixado entendimento de que o regime de urgência previsto em tal dispositivo constitucional – que impõe o sobrestamento das deliberações legislativas das Casas do Congresso Nacional – refere-se, tão somente, àquelas matérias que se mostram passíveis de regramento por medida provisória, excluídos, em consequência, do bloqueio imposto pelo mencionado § 6º do art. 62 da Lei Fundamental, as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de lei ordinária, aqueles que veiculem temas pré-excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias (CF, art. 62, § 1º, I, II e IV). Vencido o Ministro Marco Aurélio. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando do Seminário de Verão 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2017.

Pelo exposto, observa-se que a Administração Pública tem em mãos um importante instrumento de poder, que se por um lado busca atender s necessidades sociais urgentes, do outro acende o sinal de alerta do Estado de Direito, pois todas as vezes que o legislador lança mão de conceitos abertos dá margem à ampla discricionariedade daqueles a quem a norma se dirige, como enfatiza Marcelo Novellino:

Nesse sentido eram as reflexões de Montesquieu, para quem só é possível haver liberdade política onde não houver abuso de poder, o que é um desafio uma vez que todo aquele que tem poder é instintivamente levado a abusar dele. Sendo assim, a única forma de evitar o abuso de poder é freá-lo por intermédio de outro poder.

Em 1748, o francês Charles de Montesquieu publicou a obra "Do Espírito das

Leis", na qual propugnou que as três funções - administrativa, legislativa e judiciária - não podem ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a corromper-se sempre que não encontra limites.² A partir dessa ideia-chave, Montesquieu estruturou de forma racional a concepção de que o poder só pode ser eficazmente contido se o seu exercício for distribuído por diferentes centros independentes entre si, de tal sorte que se obtenha a "limitação do poder pelo poder". Como foram identificadas três funções nucleares na atividade de governo, propôs o pensador francês que cada uma delas fosse atribuída a um órgão, sem que qualquer deles prevalecesse sobre o outro. Desse modo, pregava ele, há de existir um órgão encarregado do exercício de cada uma dessas funções e, ademais, não deverá existir nenhuma subordinação entre eles, o que permitirá um controle recíproco e automático de cada qual pelos demais.

Deve-se frisar que o ponto relevante da teoria de Montesquieu não está na identificação das três funções (elas já haviam sido indigitadas por Aristóteles, na Antiguidade), mas, sim, na ideia de dividir o exercício dessas funções entre órgãos independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa (ou de um único centro de poder), o que, segundo seu raciocínio, ensejaria um controle automático do exercício do poder estatal. Com efeito, argumentava ele que o simples fato de cada poder (órgão) autônomo exercer suas funções próprias, sem qualquer ingerência dos demais poderes (órgãos), implicaria o automático e recíproco controle de toda a atividade estatal. (ALEXANDRINO E PAULO, 2017, p. 103)

Baseado nesse pensamento é que foi fundado o estado moderno, com a sua característica fundamental que é justamente a separação dos poderes, corolário do Estado Democrático de Direito, conforme veremos a seguir.

3.2 Princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes tem origem remota. Todavia, a concepção que se tem hoje é de distribuição do poder por várias esferas de modo a descentralizar o que competiria em sua totalidade ao Estado. A própria definição "separação de poderes" sofre severas críticas tendo em vista o posicionamento quanto a unicidade do poder.

Tem por objetivo evitar a concentração do poder de forma absoluta em uma única pessoa ou grupo de pessoas.

O critério de divisão funcional consiste em atribuir a órgãos independentes entre si o exercício precípua das funções estatais essenciais. Assim, ao Poder Executivo incumbe, tipicamente, exercer as funções de Governo e Administração (execução não contenciosa das leis); ao Poder Legislativo cabe precipuamente a elaboração das leis (atos normativos primários); ao Poder Judiciário atribui-se, como função típica, o exercício da jurisdição (dizer o direito aplicável aos casos concretos, na hipótese de litígio). Além dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte de 1988 explicitou, no art. 3.º de

nossa Carta Política, objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado Brasileiro. Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro arrolados no art. 3.º da Constituição são: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (ALEXANDRINO e PAULO, 2017, p. 91)

No Brasil esse poder é tripartite. Em seu art. 2º, a Constituição Federal da República de 1988 já declara a independência, mas também a harmonia, entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo⁸. Tal fundamento ostenta status de cláusula pétrea⁹, ou seja, não pode ser modificado senão com o advento de uma nova Constituição.

A rigor, o Poder Legislativo editar leis, o Poder Executivo tem responsabilidade de gerir/administrar e ao Poder Judiciário caberia a função de “apaziguar os conflitos sociais através da aplicação da lei ao caso concreto”. (SANTOS, 2008, p. 13) Entretanto, tais atribuições não são rígidas, pois ao mesmo tempo em que cada Poder tem sua atribuição que corresponde a sua função típica, há ainda a possibilidade de atipicamente exercerem funções que não são originariamente de sua competência, mas que, dentro de determinados limites ajudam no controle mútuo.

A possibilidade de uma determinada função típica ser exercida atipicamente por outro a esfera do Poder sem, contudo, violar a separação dos poderes, consagrada como cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico, deve-se ao sistema de freios e contrapesos. (SANTOS, 2008, p. 13).

O referido sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), para além da limitação que impõe aos Poderes, também auxilia na otimização das atividades estatais, tendo em vista que a descentralização das atividades tira a sobrecarga de cada um deles respectivamente. Mas deverá ser observado se não se estará gerando insegurança jurídica com a falha observância dos limites.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de Poderes", que

⁸ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (BRASIL, 1988)

⁹ [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a **separação dos Poderes**;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "Política", detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2.º da nossa Constituição Federal. (MORAES, 2003, p. 291)

É por meio dessa possibilidade de se exercer função que, em um primeiro momento, não é de sua alçada que o Poder Executivo se vale atipicamente da atribuição de legislar editando as medidas provisórias, desde que atendidos os seus requisitos constitucionais de relevância e urgência.

As medidas provisórias, ainda que inicialmente não sejam lei verdadeiramente, tem a mesma força desta, e por esse motivo estão sujeitas a controle do Congresso Nacional que aferirá o atendimento dos pressupostos e, caso seja perceptível desrespeito por parte do Presidente da República quanto a ultrapassar os limites do que lhe compete na averiguação da urgência e relevância requeridas para a edição da medida provisória, é que o Poder Judiciário averiguará a constitucionalidade da medida.

3.2.1 A emenda constitucional nº 32 de 2001 e o impacto sobre as medidas provisórias

O poder do Presidente da República, concedido pelo constituinte de forma ampla pelo artigo 62 da Carta de 1988, sofreu grande impacto com a aprovação pelo Congresso Nacional da EC 32\2001 que foi, pode-se dizer, a maior intervenção política no instituto, pois foi responsável por diversas alterações no processo legislativo das medidas provisórias.

Referida Emenda surgiu como uma via de escape diante do arbitrarismo que esteve prestes a implodir a democracia brasileira e a separação dos poderes, ainda em recente reconstrução.

Para se ter uma ideia da banalidade como usava-se o ato presidencial, segundo dados encontrados no sítio da Presidência da República na internet, no

período entre a data da promulgação da Carta Cidadã (05 de outubro de 1988) e a data da edição da referida Emenda (11 de setembro de 2001), foram editadas 619 medidas provisórias originárias e 5.491 foram reeditadas. Nessa senda:

Embora não houvesse vedação expressa (como hoje há), a reedição de medida provisória já era manifestamente incompatível com a índole deste instituto, o que poderia ser percebido por qualquer pessoa que dispusesse de inteligência normal e conhecimentos de Direito, em face das disposições do art. 62 e seu parágrafo único, dispositivos estes que eram os reguladores da matéria. De acordo com eles: “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”. Deveras, era evidente - e da mais solar evidência - que medidas provisórias não poderiam ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações. Com efeito, posto que a Constituição as denominou “provisórias” e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro alíquo do Congresso; posto que estabeleceu, ainda, um prazo máximo de trinta dias para que suas disposições adquirissem caráter permanente, “se convertidas em lei”, ou para que perdessem a eficácia desde o início se lhes faltasse este aval parlamentar, resultava cristalina e clara que a falta dele implicava repúdio à medida expedida. Aduza-se que graças atrevidas e disparatadas reedições o Presidente poderia manter vigorante para sempre (e foi o que fez) medidas provisórias que o Congresso recusava converter em lei, bastando para tanto republicá-las a cada trinta dias! Com isto houve completo desnaturamento não só do instituto, mas das funções próprias do Executivo e do Legislativo, e a tripartição do poder - suposta base de nosso sistema - perdeu qualquer significação efetiva. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, pp. 131-132)

Não bastasse o excesso, afinal antes da edição de dita Emenda Constitucional foram nada menos do que 2.230 (duas mil duzentos e trinta) Medidas Provisórias editadas e reeditadas.

Diversas matérias foram tratadas como relevantes e urgentes com base no poder discricionário, a exemplo da MP que incluiu o nome de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no livro dos Heróis da Pátria¹⁰, bem como a MP que disponibilizou um automóvel para o Vice-Presidente da República¹¹.

¹⁰ Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 105, de 1989, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, NELSON CARNEIRO, Presidente do Senado Federal, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei: Art. 1º Em comemoração do bicentenário da Inconfidência Mineira e do centenário da Proclamação da República, são inscritos no Livro dos Heróis da Pátria os nomes de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 11 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

¹¹ **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte medida provisória, com força de lei. Art. 1º O art. 5º da Lei nº 7.800, de 10 de julho de 1989,

Uma questão que foi amplamente discutida pelo Poder Judiciário, no Mandado de Segurança 27.931, foi o trancamento de pauta nas respectivas casas do Congresso Nacional provocado por Medidas Provisórias.

Se por um lado os congressistas pretenderam acabar com o uso irracional da reedição de MP, por outro lado entregou ao Poder Executivo um poder tão grande quão, afinal como afirmam os maiores críticos do trancamento de pauta do Congresso, soa como uma afronta à independência do Poder Legislativo a possibilidade de uma decisão do Poder Executivo suspender toda a sua pauta e obrigá-lo a discutir sobre determinado tema.

Em março de 2009 o Supremo Tribunal Federal acatou o entendimento dado pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, ao Artigo 62, parágrafo 6º, da Constituição Federal, segundo o qual, o sobrestamento de pauta se aplicava apenas às matérias passíveis de tratamento por MP, basicamente apenas os projetos de Lei Ordinária, livrando, portanto, resoluções, lei complementar e os decretos legislativos:

A deliberação emanada do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados parece representar um sinal muito expressivo de reação institucional do Parlamento a uma situação de fato que se vem perpetuando no tempo e que culmina por frustrar o exercício, pelas Casas do Congresso Nacional, da função típica que lhes é inerente, qual seja, a função de legislar. A construção jurídica formulada pelo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, além de propiciar o regular desenvolvimento dos trabalhos legislativos no Congresso Nacional, parece demonstrar reverência ao texto constitucional, pois - reconhecendo a subsistência do bloqueio da pauta daquela Casa legislativa quanto às proposições normativas que veiculem matéria passível de regulação por medidas provisórias (não compreendidas, unicamente, aquelas abrangidas pela cláusula de pré-exclusão inscrita no art. 62, § 1º, da Constituição, na redação dada pela EC nº 32/2001) – preserva, íntegro, o poder ordinário de legislar

passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 5º São vedadas despesas com aquisição e manutenção de veículos de representação, ressalvadas as referentes ao Presidente da República, ao vice-Presidente da República, aos Presidentes dos órgãos do Poder Legislativo, aos Ministros de Estados e dos Tribunais Superiores e às peculiaridades dos Ministérios Militares e das Relações Exteriores". Art. 2º A opção de que trata o Decreto-Lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976, no índice referido no art. 4º da Lei nº 7.706, de 21 de dezembro de 1988, é assegurada: I - aos Ministros de Estado, sem prejuízo da percepção da Representação Mensal e da vantagem pecuniária instituída pela Lei nº 7.374, de 30 de setembro de 1985; e II - ao Secretário-Geral da Presidência da República, ao Chefe do Gabinete Militar, ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, ao Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República e aos Secretários-Executivos. Art. 3º Ficam convalidados os atos porventura praticados, com base na Medida Provisória nº 170, de 17 de março de 1990. Art. 4º Esta medida provisória entra em vigor na data de sua publicação. Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

atribuído ao Parlamento. Mais do que isso, a decisão em causa teria a virtude de devolver, à Câmara dos Deputados, o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir, a essa Casa do Parlamento brasileiro, o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País (...). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Celso de Mello (Relator), indeferiu o mandado de segurança e deu, ao § 6º do art. 62 da Constituição, na redação resultante da EC 32/2001, interpretação conforme à Constituição, para, sem redução de texto, restringir-lhe a exegese, em ordem a que, afastada qualquer outra possibilidade interpretativa, seja fixado entendimento de que o regime de urgência previsto em tal dispositivo constitucional – que impõe o sobrestamento das deliberações legislativas das Casas do Congresso Nacional – refere-se, tão somente, àquelas matérias que se mostram passíveis de regramento por medida provisória, excluídos, em consequência, do bloqueio imposto pelo mencionado § 6º do art. 62 da Lei Fundamental, as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e, até mesmo, tratando-se de projetos de lei ordinária, aqueles que veiculem temas pré-excluídos do âmbito de incidência das medidas provisórias (CF, art. 62, § 1º, I, II e IV). Vencido o Ministro Marco Aurélio. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando do Seminário de Verão 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Recentemente o STF foi novamente instado a se manifestar sobre o trâmite das MPs durante o período da pandemia da Covid-19. Em razão do estado excepcional onde foi cessado o funcionamento normal das casas do Congresso Nacional, o Advogado-Geral da União ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 663 a fim de ver suspenso a contagem do prazo constitucional das Medidas Provisórias (sessenta dias prorrogáveis por mais sessenta).

A Suprema Corte mais uma vez mitigou a regra constitucional que exige a emissão de parecer por parte de comissão mista, em razão, diz, do estado de excepcionalidade então ocorrente.

4 CONJUNTURA ENTRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Embora saibamos que a própria Constituição impõe limites à discricionariedade dos Poderes do Estado através do sistema de Freios e Contrapesos que dá a cada um dos poderes a liberdade de fiscalizar os demais, não impressiona o fato de que é tênue a linha que separa aquilo que o Presidente da República considera urgente e relevante, do ponto de vista social, e a possibilidade de os Poderes Legislativo e Judiciário impedirem a utilização da via provisória por entenderem ausentes os requisitos constitucionais.

Ora, se as Medidas Provisórias foram criadas justamente para servir como uma via mais célere em casos nos quais é inviável a aplicação das regras procedimentais para a elaboração de leis, em razão da urgência que demanda determinadas situações, é intuitivo que não se pode admitir o seu uso em casos em que não há patente relevância e urgência, sob pena de burla ao princípio da legalidade. Entretanto, o que explica o grande número de Medidas Provisórias editadas no Brasil? Pode-se considerar que o País vive um constante estado de urgência?

Nos dedicaremos neste momento na análise teórica do tema, bem como no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão em voga.

4.1 O controle de constitucionalidade das medidas provisórias

O controle de constitucionalidade é o meio utilizado para garantir a supremacia da Constituição, evitando-se, por exemplo, a edição de leis e atos normativos em desacordo com os seus dispositivos e preceitos. Apesar de ser ato genuinamente do Poder Executivo, a MP não passa despercebida pelos outros poderes do Estado.

Somente o ato estatal de conteúdo normativo, em plena vigência, pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Como a medida provisória tem força de lei, poderá ser objeto de controle, já que ato estatal, em plena vigência. No entanto, sendo ela convertida em lei, ou tendo perdido a sua eficácia por decurso de prazo, nos termos do art. 62, § 3.º, da CF/88 (confira as profundas alterações trazidas pela EC n. 32/2001 em relação à tramitação das medidas provisórias e por nós comentadas no item 9.14.4), considerar-se-á prejudicada a ADI (que questionava a constitucionalidade da MP) pela perda do

objeto da ação. O autor da ADI, na primeira hipótese, deverá aditar o seu pedido à nova lei de conversão. (LENZA, 2011, p. 126)

Como já apontado, os critérios de urgência e relevância podem estar sujeitos a arbitrariedades, tendo em vista a imprecisão em se conceituar o que deverá ser caracterizado como urgente e relevante cumulativamente.

Não há qualquer prejuízo à máxima da tripartição dos Poderes, pois é sabido que todos exercem funções típicas, bem como funções atípicas. Isso quer dizer que, do mesmo modo que o Poder Executivo tem a competência primária voltada para a administração, uma pequena parcela de suas funções poderá vez ou outra legislar, desde criando o próprio regulamento que regerá seus órgãos até a aqui estudada edição de Medida Provisória.

Entende-se como tênue a linha que marca a competência normativa e o abuso de poder na modalidade de excesso, ponto que torna necessária a observância da subjetividade que permeia os critérios para edição de medidas provisórias.

O rito da Medida Provisória perpassa por um controle inicial realizado pelo próprio Presidente da República, já que é a este que compete averiguar se os pressupostos de urgência e relevância são atendidos em determinada situação ao ponto de ensejar a edição da medida.

E, em segundo momento, como aponta SANTOS (2008, p. 39), é realizado o controle pelo Congresso Nacional, sendo “um controle ordinário e político” no sentido em que analisa desde o cumprimento dos requisitos exigidos, bem como valora-se o mérito da questão.

De tal forma, deve-se ao Poder Legislativo, o controle preventivo da constitucionalidade da medida provisória, ou seja, um controle político, sem a carga de eficácia da decisão judicial, onde esse controle, se necessário for, afastará a possível conversão em lei da medida provisória. (SANTOS, 2008, p. 40)

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal,

em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. [ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004.] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 02 fev. 2021.

Por respeito ao princípio da separação dos poderes é que o Poder Judiciário não tem competência para se imiscuir nas hipóteses em que a Administração atua pautada na discricionariedade, pois as próprias normas permitem tal margem em determinados casos.

Entretanto, sendo flagrante que os limites foram ultrapassados, pode o Judiciário, após ser provocado, analisar se os pressupostos legais estão sendo devidamente cumpridos.

Excepcionalmente, o STF decidiu serem passíveis de controle. Assim, “conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2.º da CF) (LENZA, 2011, p. 127)

Tal controle exercido pelo Poder Judiciário decorre ainda do fato de a medida provisória integrar o rol de atos normativos elencados no art. 59 da CRFB/88 3 , sujeitando-se à apreciação dos requisitos para sua edição, desde análises de conteúdo até a sua própria forma, como aponta SANTOS, 2008, p. 39.

Verifica-se que, o Congresso Nacional na aferição dos pressupostos de relevância e urgência, exerce o controle repressivo de constitucionalidade das medidas provisórias, o que não impede ulterior controle pelo Poder Judiciário. (SANTOS, 2008, P. 40)

Tendo em vista a excepcionalidade da providência adotada pelo Presidente da República, faz-se mister que a exigência dos requisitos de urgência e relevância sejam avaliados com devida cautela, já que, mesmo por tempo máximo de 120 (cento e vinte) dias – desde que não venha a se tornar lei -, pode gerar danos aos cofres públicos com sua utilização exacerbada para a liberação de inúmeros créditos extraordinários que

poderiam não ser tão necessários (urgentes e relevantes) em determinado momento, por exemplo.

Ressalte-se o fato de que, apesar da competência inicial partir do Presidente da República, as casas legislativas que compõem o Congresso Nacional detêm legitimidade para aditar a medida provisória proposta, caso seja verificado o atendimento dos pressupostos de relevância e urgência, e, do mesmo modo, têm competência para rejeitá-la, impedindo que venha a permanecer no mundo jurídico por muito mais tempo. Luciene Esteves Santos (2008, p. 41) enfatiza o fato de que

[...] as medidas provisórias são caracterizadas pela reversibilidade de seus efeitos, portanto, não engessam o Legislativo, pois são passíveis [sic] de terem seus efeitos revertidos e conseqüentemente [sic] permitem uma participação do Congresso no seu processo de elaboração, seja através de emendas ou rejeição.

No que diz respeito ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF quanto a essa questão do controle de constitucionalidade exercido sobre as medidas provisórias, vale destacar antes de qualquer coisa que o seu papel é de zelar e assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais. Desse modo, como bem esclarece SANTOS (2008, p. 42)

O controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como cediço, pode ser entendido como a verificação de compatibilidade material e formal das leis, quanto ao conteúdo e ao processo legislativo a que foram submetidas, em relação às regras e princípios estampados na Lex Mater, configurando-se, assim, um limite ao exercício da função legiferante ordinária.

Isso significa que o controle exercido pelo Poder Judiciário é um claro mecanismo decorrente da concepção de freios e contrapesos adotado pela doutrina com vistas a determinar a limitação que um Poder exerce sobre o outro.

No caso em questão, é a discricionariedade do Presidente da República que não deve ultrapassar os limites, por mais que a margem dos conceitos sejam de uma subjetividade imanente aos próprios pressupostos estabelecidos para o ato de ser permitida a edição de medidas provisórias.

Todavia, na análise da discricionariedade, o Poder Judiciário, em respeito ao já conhecido princípio da separação dos poderes, deve era-se “aos aspectos formais do

ato, ou seja, competência, forma, finalidade e principalmente aos motivos ensejadores do ato". (SANTOS, 2008, 42)

E aqui é o ponto em que se percebe a necessária avaliação dos motivos que ensejaram a edição da medida provisória. Pois a teoria dos motivos determinantes 4 aponta que os motivos são autossuficientes para análise da validade de um ato, de modo que, se a exposição dos motivos que caracterizam a urgência e relevância de determinado ato (no caso trata-se de medidas provisórias) não são compatíveis ou bastantes em si justificar a edição de medida de caráter excepcional, não há porque ser dada continuidade a um ato em desacordo com os requisitos exigidos para sua edição.

Com efeito, a Excelsa Corte não pode se escusar de examinar os pressupostos constitucionais das medidas provisórias (relevância e urgência), já que tem a função de garantir os preceitos e premissas insertas da Constituição Federal. (SANTOS, 2008, 43)

O entendimento do STF é no sentido de que essa verificação dos pressupostos discricionários será feita apenas em casos que de fato possam ser verificados abusividade por parte do Presidente da República.

Assim, apenas com vistas a reforçar o todo aqui esposado, o Poder Judiciário é competente, sim, para exercer o controle de constitucionalidade das medidas provisórias com vistas a resguardar os preceitos constitucionais, por mais que seja uma competência limitada para que não se fira a esfera de cada Poder, não se pode permitir que abusos sejam cometidos em nome de situações que possam ser favoráveis àqueles que detêm o condão de fazer uso de medida excepcionalíssima.

4.2 O fenômeno da judicialização da política no Brasil

De partida, é interessante analisar a estrutura jurídica adotada no Brasil e a diferença entre ela e aquela adota em outras grandes democracias. O Brasil utiliza o sistema da civil law, o que significa em síntese que a lei é a principal fonte de direito existente – não excluindo as demais. Neste sistema há uma supervalorização do processo de criação de leis, devendo o legislador prever o máximo de hipóteses de prováveis casos judiciais possíveis. Nesse aspecto, as decisões judiciais são utilizadas como fontes secundárias do direito. Na common law, por sua vez, em que pese a

existência do texto legal, esta serve apenas como base para as decisões judiciais, sendo que elas se baseiam especialmente na jurisprudência. Isto é, aqui pesa mais as decisões judiciais anteriores sobre casos semelhantes, sendo possível ao magistrado uma margem maior de interpretação do caso concreto. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, que pode ser considerado o maior exemplo da Common Law no mundo, juntamente com a Inglaterra, observa-se não somente uma predominância da jurisprudência mas também um endeusamento do Poder Judiciário, colocando-se os juízes como os “heróis” capazes de promover a justiça.

[...] parece-nos que, diante da inércia não razoável do legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado. Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade. Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário. Essa a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (LENZA, 2011, pp. 943-944)

A estrutura política de um estado é importantíssima para analisar-se a medida da interferência do Poder Judiciária nas suas decisões políticas. E assim se pode afirmar pois conforme visto alhures a força da jurisprudência nos países que adotaram a Common Law é muito mais forte do que nos países da Civil Law, logo, pode-se afirmar que naqueles países o Poder Judiciário tem uma maior liberdade de decisão, não só do ponto de vista das relações privadas, entre particulares, mas também no âmbito da política. Tal fato reflete diretamente na força da jurisprudência e, portanto, do Poder Judiciário, nas decisões políticas de determinado estado.

Em sua obra "Juízes Legisladores", Mauro Cappelletti aborda brilhantemente o tema da "politização" do Poder Judiciário. O autor esclarece que a separação de poderes é característica de estados democráticos, pois obviamente é insustentável essa divisão de tarefas nos governos autoritário, onde o poder concentra-se em um soberano. Em que pese reconheça a importância da separação de poderes, enfatiza a necessidade da intervenção do Poder Judiciário nos governos contemporâneos, a fim

de concretizar o necessário contrapeso para o fortalecimento da democracia.

O autor responsabiliza o descrédito que a sociedade vem tendo pelos outros poderes como causas do fortalecimento do Judiciário. Argumenta que há um sentimento generalizado de desilusão e desconfiança em face do parlamento e em face do Poder Executivo, o que leva à recorrer-se ao judiciário. Caracteriza como fantasiosa a pretensão do parlamento de efetivar o progresso social através de suas criações legislativas, enfatizando que a mora, a inefetividade e a grande quantidade de leis contraproducentes são as causas que impedem a efetivação desse progresso social. (CAPPELLETTI, p. 44/45).

De outro canto, todavia, problematiza o ativismo judicial no ramo político em razão da falta de representatividade popular do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, pois, como é sabido, os integrantes dos poderes Legislativo e Executivo são representantes legitimamente escolhidos pelo povo. Nas palavras do autor:

E existe, enfim, o problema da legitimação democrática. Realmente é verdade que no estado moderno este problema, como já observei, apresenta-se também com agudeza em face da legislação e ainda mais da função administrativa. Permanece, todavia, o fato de que, segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos (parlamentares) e dos administradores públicos (executivo) há maior grau de "legitimação" do que no "ativismo judiciário", já que a criatividade jurídica da magistratura é caracterizada pela tradição de independência política e isolamento. "(CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?, 1999, p. 50.)

O autor pondera sobre a problemática por trás do que chama de "criação jurisprudencial do direito", afirmando que os opositores deste fenômeno são taxativos em considerá-lo como algo fatal para a democracia, em razão da característica antidemocrática na escolha dos julgadores inseridos dentro do Poder Judiciário. A objeção, no caso, desenvolve-se em cima da independência assegurada aos juízes, que podem decidir livremente sem a necessidade de prestar contas, o que esclarece ser incompatível com o sistema democrático (CAPPELLETTI, p. 93).

Observa-se um imensurável paradoxo entre opositores e defensores do ativismo judicial. De um lado diz-se que Poder Judiciário é visto pela sociedade como via de escape contra a corrupção e a falta de ética dos outros poderes, doutro canto afirma-se que há falta representatividade popular em sua atuação. Ora, se a própria sociedade legitima a atuação Judiciário é porque sente-se representada por ele.

Pensamento contrário geraria a presunção de que a representatividade se justifica tão somente através do voto, quando é sabido que nem sempre há esse sentimento nos administrados sobre os seus representantes eleitos, especialmente naqueles de classes menos favorecidas que necessitam ainda mais da atuação destes para garantir-lhes condições mínimas de sobrevivência e dignidade mas, na realidade, não vê esforços da classe política para aprimorar políticas públicas voltadas para a concretização de direitos das minorias.

Desta maneira, houve a necessidade de conceder um papel intervencionista ao Poder Judiciário a fim de concretizar direitos fundamentais como saúde, educação e mais recentemente, também, direitos civis, como a união homoafetiva (com fulcro nos princípios constitucionais).

Sendo assim, o Judiciário acaba funcionando como o Poder garantidor dos direitos fundamentais e muitas vezes parece até usurpar o papel do Poder Executivo de execução de políticas públicas em prol da sociedade, o que, claramente não é o seu papel.

A tripartição de poderes surge justamente para dividir as tarefas do Estado, quer seja para melhor executá-las, quer seja para impedir a arbitrariedade e o absolutismo. E dentro dessa divisão de tarefas a finalidade é sempre a mesma: promover uma sociedade pacífica e ordenada. Para tanto, o ideal de sociedade que o Estado Democrático de Direito vislumbra é aquela onde os Poderes desempenham com maestria suas funções. Isto é, onde o Legislativo consegue acompanhar as mudanças sociais e produzir normas capazes de suprir demandas emergentes ou não, o Executivo, da mesma forma, promove políticas públicas e executa suas funções observando o Princípio da Boa Administração e suas ramificações presentes expressamente na Carta Magna (artigo 37, caput), bem como Judiciário, julgando com imparcialidade os conflitos sociais existentes.

4.2.1 Judiciário e Executivo fazendo suas próprias leis

A prerrogativa de legislar pertence ao legislativo, para a manutenção e coexistência saudável dos três poderes é necessário que o Executivo e o judiciário se

limitem a debruçar-se sobre suas respectivas funções. Conforme prevê a constitucional “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹², e o ideal de harmonia e independência que se espera é justamente que cada poder respeito a esfera de competência, ou seja, se o ato de criar leis pertence ao legislativo não cabe aos juízes ou administradores públicos criar ou modificar as leis criadas por quem realmente tem poder de criá-las.

São cirúrgicas as palavras de Eros Roberto Grau:

Isto se torna evidente quando nos damos conta, por exemplo, de que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem tomando decisões no sentido de descriminalizar o aborto. O artigo 128 do Código Penal não o pune, se praticado por médico, quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, e se a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Fora dessas hipóteses, é crime. Isso diz a lei, com todas as letras. Não obstante, em abril de 2012, o STF declarou, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é criminosa. Dizendo-o em outros termos, declarou que, embora a lei estipule que o aborto de anencéfalo é crime, nós (o STF) achamos e decidimos que não é! Agora vai além. Alegando que a criminalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez viola os direitos fundamentais da mulher, descriminalizou-o também. Em outros termos, a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação deixa de ser crime! Essa decisão do Supremo consubstancia uma agressão à Constituição, pois ele (o STF) se arroga poder de legislar. Na ADPF 54 acrescentou mais uma hipótese ao artigo 128 do Código Penal - o aborto de anencéfalo - e agora outra mais, a do aborto praticado nos três primeiros meses de gestação. Ora, o nascituro é não apenas protegido pela ordem jurídica - sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento -, mas titular de direitos adquiridos. No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram têm sujeito, apenas não se sabe qual seja. O artigo 2º do Código Civil hoje vigente entre nós afirma, com todas as letras, que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" Fetos são seres humanos que podem receber doações, figurar em disposições testamentárias e ser adotados, de modo que a frustração da sua existência fora do útero materno merece repulsa. Fazem parte do gênero humano, são parcelas da humanidade. Há, neles, processo vital em curso. A proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, aborto é destruição da vida, homicídio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1086825.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2021.

Embora saibamos que a própria Constituição impõe limites à discricionariedade dos Poderes do Estado através do sistema de Freios e Contrapesos que dá a cada um dos poderes a liberdade de fiscalizar os demais, não impressiona o fato de que é tênue a linha que separa aquilo que o Presidente da República ou os Juízes, no caso do

¹² BRASIL, 1988.

judiciário, consideram dentro de sua esfera de poder, sem usurpação de competência.

A separação de poderes é tão sólida no Estado Democrático de Direito que sequer pode ser afastada, nem mesmo por Emenda Constitucional, pois trata-se de Cláusula Pétrea.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.¹³

Além disso, é vedada delegação de competências de competência entre os poderes por força do princípio da indelegabilidade de atribuições. Nesse contexto, um poder (ou órgão) só poderá exercer atribuições de um outro poder por meio de expressa previsão legal, e o faz, assim, de forma atípica e excepcional (LENZA, p. 407).

Na esfera judicial, isso ocorre muito nos casos onde o poder público é inerte na adoção de política públicas para promover os direitos sociais fundamentais, seja no âmbito da saúde, educação, ou políticas sociais afirmativas.

Embora muitas vezes necessária a intervenção, ela é problemática quando vista sob a ótica da legalidade, uma vez que, como é sabido, faz parte da competência primordial do Poder Executivo criar políticas públicas a fim de garantir os direitos sociais fundamentais, bem como cabe ao legislativo criar regras concedendo vantagens a determinados grupos de indivíduos¹⁴.

Neste sentido, é esclarecedora a doutrina de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 166):

[...] É relevante registrar que, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio constitucional da isonomia não autoriza o Poder Judiciário a estender vantagens concedidas a um grupo determinado de indivíduos a outros grupos, não contemplados pela lei, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes (o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, não pode legislar positivamente, criando regras não pretendidas pelo Poder Legislativo; cabe ao Judiciário, tão somente, legislar negativamente, isto é, erradicar normas inconstitucionais do ordenamento jurídico). Assim, não poderá o Poder Judiciário, por exemplo, sob o fundamento de conferir tratamento isonômico, estender aos servidores públicos da categoria "A" vantagem concedida pela lei

¹³ BRASIL, 1988.

¹⁴ Súmula Vinculante 37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

apenas à categoria "B", ainda que tais categorias se encontrem em situação de plena igualdade jurídica.

Todavia, como o interesse público é sempre o que prevalece, é cada vez mais comum a interferência do Judiciário todas as vezes em que se encontra em risco a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos, cláusula pétrea expressa no artigo 5º da Lei Maior.¹⁵

4.3 Reflexões sobre o exercício do poder discricionário

Pelo próprio artigo constitucional (art. 62, CRFB/88) que prevê a possibilidade de edição de medidas provisórias, percebe-se a margem de liberdade dispensada ao Presidente da República, pois a este caberá decidir o que caracterizará uma situação como relevante e urgente. Tal poder decorre de uma função que é típica do Poder Legislativo e é realizado pelo Poder Executivo atipicamente.

Ao mesmo tempo em que atribui tamanho poder ao Presidente da República, a Constituição Federal de 1988 propõe limitações a exemplo da submissão a veredito do Congresso Nacional, pois por ter força de lei e sua aplicação ser plena e imediata, deverá submeter-se a aprovação das Casas Legislativas para determinar se continuará a vigor ou não.

No que diz respeito a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, aponte-se que no ano de 2007¹⁶ houve jugado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a

¹⁵ EMENTA : REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁶ Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. [ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, P, DJ de 23-11-2007.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 18 jan. 2021.

análise de mérito da edição de medida provisória só seria realizada nas hipóteses em que fosse flagrantemente evidente a ausência dos requisitos de urgência e relevância. Decisão essa que foi confirmada no ano de 2012, tendo como respaldo a separação dos Poderes¹⁷.

Mesmo que de modo excepcional, o controle apontado tem sua importância à medida que deve ser observado se o Presidente da República não se encontra exacerbando situações que fogem da sua alçada, agindo com excesso de poder e ferindo o atributo da competência dos atos normativos. Esse foi o entendimento esposado pelo ministro Celso de Mello:

A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. [ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004.]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Há ainda a limitação no que tange ao conteúdo da medida provisória a qual é vedado tratar sobre matérias de nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral, penal e processual penal, processual civil, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, detenção ou sequestro de bens, poupança ou outros ativos financeiros, etc. (art. 62, §1º, CRFB/88).

A edição de medida provisória em si já se trata de uma medida excepcional, por isso justifica-se a tramitação em regime de urgência quando, após 45 (quarenta e cinco) dias, permanece sem análise de seu conteúdo, passando a ter prioridade em relação às demais matérias em cada Casa Legislativa (art. 62, §6º, CRFB/88).

Voltando aos requisitos de urgência e relevância, note-se a subjetividade que permeia esses dois conceitos, principalmente quanto ao que pode ser considerado

¹⁷ Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF). [ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.] = ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 18 jan. 2021.

como relevante, já que a urgência ainda é um pouco mais factível por caracterizar-se “quando é impossível se esperar o tempo do processo legislativo ordinário” (GONÇALVES, 2002).

No ano de 2020, em decorrência da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), pôde-se observar o surgimento de medidas provisórias visando à regularização de determinados setores e das mais diversas situações. Um ano atípico requereu o emprego de medidas excepcionais, e mais que necessárias, com vistas a se amoldar ao “novo normal”, onde pelo menos 90 (noventa) medidas provisórias foram relacionadas ao tema da pandemia¹⁸, desde prorrogações de contratos a aberturas de créditos extraordinários e regulação da situação de estados que atingiram estágio grave de calamidade pública.

Entretanto, em um número tão alto de medidas provisórias editadas, das quais algumas vieram a ser convertidas em Lei, outras foram conclusas, fica o questionamento se foi dada a devida observância aos critérios de urgência e relevância, se não foram concedidos benefícios indevidos a empresas que não necessariamente estariam sofrendo com os males da pandemia, por exemplo.

Um ato especialíssimo acaba sendo usado para os mais diversos motivos, tomando por base uma fase problemática e, muitas vezes, servindo apenas como validação das mais variadas matérias que levam ao favorecimento pessoal de quem o edita. E o controle posterior, para determinar a permanência ou não da medida provisória no mundo jurídico sob a forma de lei, pode levar até 120 (cento e vinte) dias, tempo esse mais que suficiente para se auferir os benefícios advindos da medida dita urgente e de efeitos imediatos.

Mas não só isso. Levando em conta outro viés, em anos passados já se foi registrado o congestionamento do Congresso Nacional com o excesso de medidas provisórias expedidas ao ponto de não poderem ser votadas outras matérias da pauta, muitas vezes matérias essas que poderiam contrariar os interesses do Chefe do Executivo. Veja-se os dados apontados no excerto a seguir:

¹⁸ Como é possível inferir da relação disponibilizada no site do Planalto, cujas emendas de nº 924/2020 a nº 1024/2020 foram todas relacionadas ao processo de regular áreas envolvidas e possivelmente prejudicadas pela pandemia que assolou o mundo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Quadro/_Quadro2019-2022.htm. Acesso em 20 jan. 2021.

[...] entre 2003 e 2006, de cada dez sessões de votação do Congresso, seis não puderam ter nenhuma matéria legislativa própria votada, uma vez que a pauta estava obstruída por MPs não votadas. No ano de 2005, para dar um exemplo extremo, 76% das sessões foram "trancadas" devido às MPs. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/medida-provisoria-um-instrumento-que-permite-ao-executivo-legislar.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

Ressalte-se, ainda, o fato da insegurança que pode ser gerada com a edição de inúmeras medidas provisórias que a cada momento regulam situações de um modo e posteriormente têm sua eficácia finda, prejudicando a uniformidade dos entendimentos jurisprudenciais, por vezes até inviabilizando as demandas judiciais por determinado período, ao passo em que direitos podem ser afetados.

Ademais, mesmo se tendo ciência de todos esses mecanismos limitadores do teor das medidas provisórias, pelo histórico de corrupção no País, quando os governantes não se comprometem com a devida execução dos preceitos constitucionais e encontra respaldo em um Congresso Nacional falho que atende aos ditames do Chefe do Executivo, as consequências não podem ser medidas.

O Presidente da República pode fazer uso de um meio especialíssimo com vistas a usurpar a competência das Casas Legislativas e se beneficiar ao gerar um favorecimento inapropriado a parcelas da sociedade.

A expertise é tanta daqueles que querem a todo custo fazer mau uso da máquina pública que criam projetos com um determinado propósito e embutem ao longo do texto do projeto da medida provisória tópicos completamente destoantes, como é possível notar nos apontamentos feitos por SOUZA, 2005:

[...]

2.4.1. A Medida Provisória nº 238, de 1º/02/2005, institui o “Programa Nacional de Inclusão de Jovens – PROJOVEM”, que se destina aos que se situam na faixa de idade entre 18 e 24 anos, não tenham vínculo empregatício e não tenham ainda concluído a 8ª série do ensino fundamental. Seus artigos 12 e seguintes, no entanto, tratam de questões que nenhuma relação têm com o PROJOVEM, como residência em área profissional da saúde, definida como uma modalidade de ensino de pós-graduação *lato sensu*, programa de bolsas para educação pelo trabalho destinado a estudantes universitários e a profissionais com diploma de curso superior na área da saúde, etc. O que se verifica é que, a par da dificuldade de detectar o fato extraordinário que exigiu a tomada de decisão urgente conducente à criação do PROJOVEM, as outras providências mencionadas nada têm a ver com o fato que teria justificado a edição da Medida Provisória.

2.4.2. A Medida Provisória nº 227, de 06/12/2004, por sua vez, dispõe sobre importação, produção e comercialização de biodiesel e providências correlatas, em seus artigos 1º a 13. O artigo 14, no entanto, dispõe sobre isenção de imposto de importação e de IPI para equipamentos destinados a atletas e a competições desportivas, o que nada tem a ver com o tema essencial da M.P..

2.4.3. Por fim, a Medida Provisória nº 232, de 30/12/2004, embora parcialmente revogada pela de número 243, tratava em sua versão original de temas os mais diversos: atualização das tabelas do IRPF, alterações no processo administrativo tributário e na competência do Conselho de Contribuintes, incidência do Imposto de Renda sobre variação cambial de investimentos no exterior, aumentou a carga tributária sobre as empresas prestadoras de serviço optantes pelo lucro presumido, a par de outras providências. A medida comentada é caso de escola de abuso do poder de legislar. A pretexto de disciplinar situação urgente – de resto, discutível –, acrescenta normas sobre temas os mais diversos, que poderiam perfeitamente aguardar o processo legislativo normal, respeitando a competência do Congresso Nacional.

Percebe-se a nítida intenção de fazer uso indevido da medida provisória para fraudar/contornar o devido processo legislativo, retirando do rito procedimental adequado assuntos que não condizem com a urgência e relevância (requisitos cumulativos) exigida para a edição do ato.

A partir do momento em que deixamos de contar com a existência de uma política que represente verdadeiramente a vontade do povo, que não sabe respeitar os ditames constitucionais, que tenta a todo custo burlar os meios legais para auferir vantagens pessoais, é que perceberemos o quanto a nossa democracia encontra-se fragilizada.

Claro é que há um poder discricionário enorme nas mãos do Presidente da República em âmbito nacional, poder esse que tem a intenção de dar salvaguarda a momentos de crise e situações extraordinárias que exigem um tratamento breve para se evitar danos graves. Para tanto, faz-se necessário que um cargo público de suma importância seja ocupado por pessoas competentes e com valores, pois há sempre quem tente achar “brechas” nas limitações impostas para conter excessos de poder quando lhe convém.

Do mesmo modo, que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal atuem com probidade no exercício de seu cargo político em defesa dos interesses da população, observando se as medidas provisórias, que chegam para apreciação em suas respectivas Casas, estão atendendo aos requisitos exigidos para a sua edição, servindo de barreira à discricionariedade (ou arbitrariedade) do Presidente

da República. Pois urgência e relevância não devem ser meros critérios valorados a bel prazer, mas com a seriedade que as situações que exijam análise requeiram.

4.4 O que diz a doutrina e a jurisprudência sobre os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias

Como não se pode deixar de reforçar, tendo em vista tratar-se de requisitos básicos de validade das medidas provisórias, a relevância e a urgência têm seu destaque nos debates quanto à sua análise.

De pronto é possível destacar que os requisitos supracitados devem ser analisados concomitantemente e não de forma apenas isolada, pois entende-se necessária a soma dos dois atributos para que uma medida provisória venha a ser editada e, posteriormente, venha a tornar-se lei. É o que aponta FIGUEIREDO¹⁹ *apud* TAVARES (2012, p. 1305): “Não se pode isolar e analisar apenas os valores em si — relevância e urgência só podem ser entendidos em cotejo e ‘ao mesmo tempo’ na Constituição”.

Apenas a título de reforço, veja-se a observação a seguir:

Assim, a competência do Presidente da República para elaborar medidas provisórias pressupõe um **caso** qualificado pela nota da **relevância** e da **urgência**. De tal sorte que somente se houver um caso antecedente com tais características poderá ser utilizada a medida provisória. Do contrário, não. (SOUZA, 2008)

No que diz respeito à relevância, parte-se do entendimento de que esta deve visar ao interesse público em sua apreciação e não se refere ao que o Presidente da República exclusivamente entender como relevante em sua esfera pessoal.

“[...] É essencial que sua formulação seja relevante, e que a falta desta acarrete uma situação de desordem, uma iminência de desgoverno ou dano social ou econômico”. (SOUZA, 2015)

Quanto à urgência, faz-se necessária a caracterização de situação cujos danos poderiam vir a ser irreparáveis caso se esperasse o processo legislativo comum. A necessidade deve ser iminente e improrrogável. “Urgente é aquilo em que a abstenção

¹⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **A Medida Provisória na Constituição**. São Paulo: Atlas, 1991

levará a um dano irreparável ou de difícil reparação, não podendo ser adiada”. (SOUZA, 2015)

O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao poder público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo presidente da República, configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos Poderes. [ADI 221 MC, rel. min. Moreira Alves, voto do min. Celso de Mello, j. 29-3-1990, P, DJ de 22-10-1993.] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809#:~:text=Reda%C3%A7%C3%A3o%20Anterior%3A-,Art.,no%20prazo%20de%20cinco%20dias.>>. Acesso em: 30 jan. 2021. (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal vem mitigando a regra da não interferência nas decisões discricionárias do Poder Executivo admitindo “o controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência — exigidos pelo art. 62 da Constituição, para sua edição — apenas nos casos em que esteja objetivamente evidenciado patente excesso de poder por parte do Poder Executivo”. (MENDES, BRANCO, 2012)

A decisão a seguir exarada em sede de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte demonstra a análise dos requisitos de urgência e relevância numa questão que envolvia regularização da economia em nosso País:

(...) o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/2001 **é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.** Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados. [RE 592.377, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 4-2-2015, P, DJE de 20-3-2015, Tema 33.] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809#:~:text=Reda%C3%A7%C3%A3o%20Anterior%3A-,Art.,no%20prazo%20de%20cinco%20dias.>>. Acesso em: 30 jan. 2021. (grifo nosso)

Em decorrência da imprescindibilidade de se evitar abusos por parte do Presidente da República, ainda que não seja unânime, a doutrina é majoritária ao entender pela análise do cumprimento das exigências acima expostas, pois tratam-se de requisitos formais autorizadores da produção de medida provisória.

A aferição da ocorrência desses pressupostos se dará ao analisar o caso concreto e, para parte da doutrina, é de poder discricionário do Poder Executivo, não cabendo controle jurisdicional sobre ela. Outros estudiosos, ao contrário, dizem que o Poder Judiciário pode, ao analisar a constitucionalidade de determinada medida provisória, além de verificar a compatibilidade material entre o conteúdo da MP e aqueles permitidos constitucionalmente, entrar no mérito da existência ou não de situação relevante e urgente. (GONZAGA, 2015)

O posicionamento recorrente do Supremo Tribunal Federal - STF é no sentido de que a primeira análise do cumprimento dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias cabe ao Presidente da República e, após, estará sujeita ao crivo do Congresso Nacional. De modo excepcional e apenas com vistas a assegurar o cumprimento dos ditames constitucionais é o que a Suprema Corte poderia adentrar na análise da discricionariedade do Poder Executivo.

É o que se pode inferir dos excertos de julgados abaixo colacionados:

Se a medida provisória é espécie normativa de competência exclusiva do presidente da República e excepcional, pois sujeita às exigências de relevância e urgência – critérios esses de juízo político prévio do presidente da República –, não é possível tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes. Uma vez estabelecido o tema relevante e urgente, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei se limita e circunscreve ao tema definido como urgente e relevante. Vale dizer, é evidente que é possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que se observe a devida pertinência lógico-temática. De outro lado, editada a medida provisória, compete ao Poder Legislativo realizar o seu controle. Frise-se que este último é, a um só tempo, político e jurídico, pois se debruça sobre a análise das circunstâncias (urgência e relevância) exigidas pela própria Constituição para a sua edição.

(...) O uso hipertrofiado de instrumento excepcional – medida provisória –, ordinarizando-o, deturpa diuturnamente o processo legislativo desenhado pela Constituição, gerando distorções ilegítimas na arena democrática.

Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdos temáticos distintos dos nela versados apresenta fortes complexidades democráticas. Pode, até mesmo, ser vista e explicada como uma possível resposta à atuação do Executivo diante do trancamento das demais deliberações da pauta do Legislativo (art. 62, § 6º) em razão das diversas medidas provisórias editadas (...) a menção à ausência de vedação expressa no texto da Constituição sobre a possibilidade de emenda com conteúdo diverso daquele que originou a medida provisória não afasta qualquer processo de cotejo interpretativo que abranja parâmetros implícitos, decorrentes de sua interpretação sistemática e unitária. Ou seja, não é apenas porque o texto constitucional não veda expressamente essa possibilidade que ela seja permitida, especialmente à luz do princípio democrático e do regular processo legislativo por ele desenhado (estampados, entre outros, nos arts. 1º, *caput*, parágrafo único; 2º, *caput*; 5º, *caput*, LIV, CRFB). [ADI 5.127, voto do rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 15-10-2015, P, DJE de 11-5-2016.] Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809#:~:text=Reda%C>

3%A7%C3%A3o%20Anterior%3A-,Art.,no%20prazo%20de%20cinco%20dias.
Acesso em: 30 jan. 2021. (grifo nosso)

Inexistindo comprovação da ausência de urgência, não há espaço para atuação do Poder Judiciário no controle dos requisitos de edição de medida provisória pelo chefe do Poder Executivo. STF. Plenário. ADI 5599/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 23/10/2020 (Info 996). Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/listar?categoria=1&subcategoria=6&assunto=34>. Acesso em: 30 jan.2021.

A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). **Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. (...) A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. [ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, P, DJ de 23-4-2004.] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809#:~:text=Reda%C3%A7%C3%A3o%20Anterior%3A-,Art.,no%20prazo%20de%20cinco%20dias>. Acesso em: 30 jan. 2021. (grifo nosso)**

É importante reforçar, por fim, que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade “O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas”. (MENDES, BRANCO, 2012)

Em suma, a liberdade que permeia a definição dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância constitui um limite que demonstra a excepcionalidade da medida, no sentido de que se faz necessária a conjugação de ambos requisitos para validade da edição feita pelo Presidente da República.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como relatado, o Estado Democrático de Direito é sustentado pela coexistência de três poderes harmônicos e independentes, com divisão de atribuições pautada no equilíbrio e controle mútuo, de modo a evitar possíveis excessos de poder.

Nesse diapasão, nos termos do artigo 2º, da Carta Cidadã, são o Legislativo, Executivo e Judiciário os três poderes da União independentes e harmônicos entre si, cuja finalidade será manter a organização do Estado, promover o bem comum e pacificar conflitos, cada um na sua respectiva competência.

Com efeito, o modelo pensado por Aristóteles e aprimorado por Montesquieu soa como um ideal capaz de garantir a ordem social e promover as exigências da sociedade. No entanto, para a persistência desse ideal faz-se necessário o controle mútuo, bem como o equilíbrio na divisão de poderes.

Restou demonstrado no decorrer deste trabalho que as medidas provisórias são de extrema importância em uma sociedade tão dinâmica e metamorfofísica, onde muitas vezes as circunstâncias inviabilizam o formalismo e o tempo que exige a edição de leis pelo Poder Legislativo. Isto é, para garantir determinadas necessidades sociais urgentes, mostra-se necessária a intervenção imediata daquele cuja competência é justamente promover políticas públicas para garantir o bem comum.

Todavia, demonstrou-se também o perigo que pode esconder a ampla margem de discricionariedade que possui a Administração Pública, em especial o Presidente da República na análise dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Por consequência, constatou-se que o sistema de freios e contrapesos é indispensável para garantir a harmonia institucional, a separação dos poderes e a manutenção do Estado de Direito.

Asseverou-se que as medidas provisórias sendo um ato normativo com força

de lei pode sofrer controle de constitucionalidade, tal controle será feito não apenas pelo Poder Judiciário, mas sim pelos três poderes, afinal, todos estão submissos à Constituição, ou seja, de início caberá ao próprio Presidente da República averiguar se a medida editada cumpre os requisitos de relevância e urgência, no segundo momento, o Congresso Nacional realizará o controle político da medida provisória, observando-se o cumprimento, ou não, dos requisitos, por fim o Poder Judiciário, uma vez provocado também poderá realizar o controle de constitucionalidade, desde que seja patente o abuso do poder discricionário quanto aos requisitos de relevância e urgência, tudo isso em observância ao sistemas de freios e contrapesos.

Diante do exposto, conclui-se que a medida provisória pode e deve existir sem necessariamente ser uma afronta à separação dos poderes ou ao Estado Democrático de Direito. Isto é, desde que observe-se a sua submissão às regras e limitações constitucionais, cumprindo, assim, sua missão de servir aos anseios emergentes da sociedade, todavia sem colocar em risco as instituições e a separação de poderes.

REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=809>. Acesso em: 18 jan. 2021.

AGU Explica – Medida Provisória. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=CGX8a8WIkAg>. Acesso em: 20 jan. 2021.

AGU Explica – Princípio da Separação dos Poderes. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=jia5lJfkkLY>. Acesso em: 28 jan. 2021.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

Aplicação das Súmulas no STF. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. vol. I, 1. ed., Rio de Janeiro: Livraria Forense, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 164-165.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jan. 2021.

Buscador Dizer o Direito – jurisprudência. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/listar?categoria=1&subcategoria=6&assunto=34>. Acesso em 30 jan. 2021;

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade da Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Entenda a tramitação da Medida Provisória. Disponível em:

<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 20 jan. 2021.

GONÇALVES, Manuela de Oliveira. **Da Medida Provisória**. 2002. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-medida-provisoria/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

GONZAGA, Bruna. **Controle jurisdicional das medidas provisórias** - possibilidade de análise da inconstitucionalidade formal pelo STF. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40038/control-e-jurisdicional-das-medidas-provisorias#:~:text=A%20relev%C3%A2ncia%20e%20a%20urg%C3%AAncia,provis%C3%B3rias%20pelo%20Presidente%20da%20Rep%C3%ABlica.&text=Alegam%20alguns%20doutrinadores%20que%20no,admissibilidade%20foram%20ou%20n%C3%A3o%20cumpridos.> Acesso em: 30 jan. 2021.

LENZA, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 402.

Medidas Provisórias 2019 a 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Quadro/_Quadro2019-2022.htm. Acesso em: 20 jan.2021.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional** – atualizada com a EC nº 30/02. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Medida Provisória** – um instrumento que permite ao Poder Executivo legislar. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/medida-provisoria-um-instrumento-que-permite-ao-executivo-legislar.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que consiste a Teoria dos Motivos Determinantes**. 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/334791492/o-que-consiste-a-teoria-dos-motivos-determinantes>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

SANTOS, LUIENE ESTEVES. **O controle de constitucionalidade das medidas provisórias, quanto aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência**. 55 folhas. Brasília. 2008. Monografia – Curso de Especialização em Direito Legislativo. Universidade do Legislativo brasileiro, Brasília, 2008

SOUZA, Hamilton Dias de. **Medidas Provisórias e o abuso do poder de legislar**. 2005. Disponível em: <https://www.dsa.com.br/destaques/hamilton-dias-de-souza-medidas-provisorias-e-abuso-do-poder-de-legislar/>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SOUZA, Hamilton Dias de. **Medida Provisória nº 413**: inexistência de caso de relevância e urgência. 2008. Disponível em: <https://www.dsa.com.br/destaques/hamilton-dias-de-souza-medida-provisoria-no-413-in-existencia-de-caso-de-relevancia-e-urgencia/>. Acesso em: 30 jan.2021.

SOUZA, Mariana de Moraes. **Medidas Provisórias**: pressupostos de relevância e urgência e controle jurisdicional. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40086/medidas-provisorias-pressupostos-de-relevancia-e-urgencia-e-controle-jurisdicional>. Acesso em: 30 jan. 2021.

Supremo Tribunal Federal STF – RECLAMAÇÃO: Rcl 0085884-10.2020.1.00.0000 PB – PARAÍBA 0085884-10.2020.1.00.0000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/815402738/reclamacao-rcl-39068-pb-paraiba-0085884-1020201000000>. Acesso em: 28 jun. 2020.

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 482090 SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917696/recurso-extraordinario-re-482090-sp>. Acesso em: 28 jun. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.