AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Caio Tácito*

1. Introdução. 2. Antecedentes: decreto-lei. 3. Efeitos da conversão. 4. Requisitos de relevância e urgência. 5. Inspiração no modelo italiano. 6. Revogação da lei anterior. 7. Direito de emenda. 8. Renovação da medida provisória.

1. *Introdução*

A lei é, por excelência, ato que, na discriminação de poderes constitucionais, incumbe ao Legislativo. O Parlamento, investido da representação popular, emite, no âmbito traçado na Constituição, os comandos que formam o ordenamento jurídico, a ser acrescido por atos normativos de menor hierarquia, como os regulamentos e os atos administrativos gerais.

O *poder de legislar* é missão precípua do Parlamento que, até mesmo etimologicamente, *fala* em nome do Povo.

Todavia, a complexidade da organização social levou a que o Executivo – co-legislador pela iniciativa privativa de certas leis e pela prática da sanção ou do veto – alcançasse participação maior na criação do direito positivo.

Não se trata apenas, de reforço do poder regulamentar, próprio do Chefe do Poder Executivo, ou de atribuição a órgãos da Administração Pública de competência normativa secundária.

A partir sobretudo da segunda década do século, quando se acentuou a intervenção do Estado no domínio econômico e social, em dois modelos se exprime a exacerbação da presença do Executivo na criação primária da lei material.

De uma parte, mediante *delegações legislativas*, ou *leis de habilitação*, autorizadas ou não em texto constitucional expresso, transferem-se ao Executivo os poderes de criar o Direito com força equivalente ao ato legislativo formal.

A delegação de poderes somente encontrou, entre nós, vedação expressa nas Constituições de 1934 e 1946, como forma de reação à excessiva concentração de poderes que

* Advogado; professor titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

havia marcado os sistemas que imediatamente as antecederam, durante os quais se prolongou o recesso do Poder Legislativo.

A prática das leis delegadas é de larga utilização no plano do direito constitucional comparado, sem que se desmereça a substância democrática na estrutura e funcionalidade do Estado.

Outra espécie de assunção, pelo Executivo, da atividade legislativa nasce diretamente das Constituições que lhe atribuem, a título extraordinário e emergencial, o direto *poder de legislar*, submetido a controle final do Parlamento.

2. *Antecedentes: decreto-lei*

Exemplo típico dessa experiência, que transita pelas modernas constituições, é a faculdade outorgada ao Poder Executivo de emitir *decretos-leis*, ou seja, atos com força e valor de lei, com fundamento em norma constitucional autorizativa.

A aplicação desse mecanismo de outorga ao Executivo de uma parcela da função legislativa primária (que tem precedência na Constituição de Weimar, em 1919) encontra origem, no direito italiano, com as *ordinanze di necessità*, que habilitam à ação normativa do Governo, em emergências que reclamam urgente disciplina. A doutrina do *decreto-legge*, que se consolida na Itália, influenciou, entre nós, a recepção de instituto equivalente que largamente floresceu como fonte de direito na sucessão dos regimes políticos marcados pelo fortalecimento do Poder Executivo.

A Constituição de 1967 deu destaque especial ao decreto-lei, colocando-o no elenco das espécies do processo legislativo (art. 46, V) e a ele dedicando tratamento especial. O Presidente da República fica autorizado a expedir decretos-leis em casos de urgência ou de interesse público relevante, desde que não haja aumento de despesa, limitado, porém, o exercício da competência excepcional a matérias especificamente definidas: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55).

Dotado de vigência imediata, o decreto-lei fica sujeito à aprovação do Congresso Nacional, dentro do prazo de sessenta dias, vedado o direito de emenda. Rejeitado, cessa, a partir de então, a eficácia do decreto-lei, mantidos, porém, os atos praticados durante sua vigência. O silêncio do Congresso opera, contudo, com forma tácita de confirmação, como tal valendo o decurso do prazo, sem deliberação.

De tal modo se expandiu, na vigência da Carta de 1967, o emprego do instrumento do decreto-lei que a Assembléia Constituinte, exprimindo a reação contra a continuidade de seu uso – inclusive pelo governo civil oriundo do processo de restauração democrática, autor de 209 atos dessa natureza – repudiou-lhe a permanência. Ao acervo remanescente, pendente de apreciação, foi dado destino final, nos termos do art. 25, §§ 1º e 2º do Ato das Disposições Transitórias.

Contudo, a realidade política e social não comporta o retorno ao monopólio da função legislativa pelo Congresso, conforme a posição clássica da rígida separação dos poderes.

3. *Efeitos de conversão*

Extinto o regime dos decretos-leis, a Constituição de 1988 criou um procedimento substitutivo, habilitando o Presidente da República a baixar *medidas provisórias,* com força de lei, que, a título extraordinário, possam atender a necessidade que, pela urgência e relevo da matéria, não possam aguardar os trâmites do processo legislativo ordinário.

O texto do art. 62 da nova Constituição assim preceitua:

"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."

Em confronto com o sistema constitucional anterior, duas características distinguem a medida provisória. A sua eficácia, à semelhança dos decretos-leis, somente se torna plena com a aprovação pelo Congresso Nacional. Tal como seu antecedente, é – para usar a expressão de Pontes de Miranda[1] – "lei sob condição resolutiva (rejeitável dentro do prazo) ou de decreto com eficácia adiantada em relação à deliberação do Congresso Nacional".

Todavia, divergem os dois modelos quanto aos efeitos da rejeição. Na Carta de 1967, com o aditamento da Emenda de 1969, "a rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência". Contrariamente, no regime atual, a inexistência de conversão opera efeitos *ex tunc,* ou seja, a medida provisória perde eficácia desde sua edição, desconstituídos, portanto, os atos emitidos na fase provisória de execução. Ao Congresso Nacional, na hipótese, é atribuída competência para "disciplinar as relações jurídicas decorrentes", mas, em sua omissão, perdura o problema de saneamento da eficácia provisória, possivelmente, em certos casos, de irretratável desfazimento. A composição de danos eventuais colocará em causa o princípio de responsabilidade do Estado por ato lícito, de polêmica aceitação.

4. *Requisitos de relevância e urgência*

Se, como antes exposto, a nova Constituição é mais restritiva no tocante à eficácia das medidas provisórias, de outra parte concede ao Presidente da República, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência, latitude irrestrita para edição do ato emergencial, com força de lei. Abandona-se a qualificação específica da Constituição de 1967. Não mais há limites, em razão da matéria, à iniciativa presidencial, a ser exercida em qualquer das áreas de competência legislativa da União.

A existência dos requisitos elementares de relevância e urgência escapa ao controle judicial, a prevalecer a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao sistema dos decretos-leis. Mal inaugurada a Constituição de 1967, decidiu a Corte Suprema que "a apreciação dos casos de *urgência* ou de *interesse público relevante* assume

[1] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967.* t. 3, p. 138.

caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada a apreciação contrária e também discricionária do Congresso" (acórdão de 23 de agosto de 1967, no Recurso Extraordinário 62.739 – *RTJ*, 44/54). Duas vezes mais, pelo menos, o Supremo Tribunal Federal confirmou o entendimento da faculdade discricionária, na espécie (acórdão de 13 de junho de 1972, no Recurso Extraordinário 74.096, in *RTJ*, 62/819; acórdão de 9 de outubro de 1973, no Recurso Extraordinário 75.935, in *RDA*, 125/89). Somente em caso singular e isolado admitiu-se a inconstitucionalidade de decreto-lei, por abuso do poder de legislar: rejeitou a Egrégia Corte a extensão do conceito de *segurança nacional* (um dos pressupostos da excepcional competência) a decreto-lei que regulava a purgação de mora em locações comerciais. Em julgamento na mesma sessão plenária de 23 de agosto de 1967, dos Recursos Extraordinários 62.731 e 62.739, prevaleceu, por maioria, o voto do Ministro Aliomar Baleeiro no sentido de que "repugna à Constituição que, nesse conceito de *segurança nacional*, seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses miúdos e privados de particulares" (*RTJ*, 44/54 e 45/559). A objeção já agora não prevalecerá, a propósito da edição de medidas provisórias, diante da indeterminação de seu objeto *ratione materiae:* todo e qualquer assunto de competência legislativa da União admitirá o juízo discricionário tanto na emissão da medida provisória pelo Presidente da República como na confirmação, ou rejeição, pelo Congresso.

A amplitude ilimitada de cabimento das medidas provisórias tem conduzido, aliás, à freqüência de sua utilização pelo Presidente da República, com intensidade que se equipara, ou mesmo excede, à dos decretos-leis no extinto sistema constitucional.

Em oito meses de vigência da nova Constituição, foram adotadas 66 Medidas Provisórias sobre matérias diversas, sendo que as nove primeiras eram decretos-leis baixados a partir de 3 de setembro de 1989, convertidos em medidas provisórias, conforme o § 2º do art. 25 da ADCT. O Congresso aprovou 30 delas, rejeitou três, 21 perderam eficácia por decurso de prazo e 11 continuam em tramitação. Uma delas – a de nº 33 – foi devolvida ao Presidente da República mediante decisão da Presidência do Congresso Nacional, de duvidosa constitucionalidade, sob o fundamento de que a matéria (dispensa de funcionários e extinção de cargos) independia de lei. Entre as Medidas Provisórias editadas, 14 renovaram matérias de outras que decaíram por decurso de prazo, sem decisão de mérito.

O procedimento de apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias foi regulado em Resolução 1, de 1989, de 2 de maio, emendada pela Resolução 2, de 4 do mesmo mês. E, ainda, respondendo à consulta da Mesa do Congresso sobre a constitucionalidade e juridicidade da reedição da Medida Provisória que tenha perdido a eficácia, o Parecer 1, de 1989, da Comissão Mista, da lavra do Deputado Nelson Jobim, firmou entendimento conclusivo sobre a legitimidade da renovação.

Escassa é a literatura jurídica sobre o tema da inovação constitucional.

Somente temos notícia de dois estudos sobre o novo procedimento legislativo. Saulo Ramos[2] versou a hermenêutica do art. 62 da Constituição de 1988 em breve ensaio sobre medidas provisórias no direito constitucional brasileiro, e Manoel Gonçalves Ferreira Fi-

[2] Ramos, Saulo. Medidas provisórias do direito constitucional brasileiro. *Estado de São Paulo*, 8 maio 1989.

lho[3] dedicou-se ao exame das medidas provisórias com força de lei. Flávio Bauer Novelli anuncia, para breve, monografia especialmente dedicada ao assunto.

5. Inspiração no modelo italiano

A Constituição de 1988, disciplinando as Medidas Provisórias, inspirou-se diretamente no modelo da Constituição italiana de 1948, que prevê a iniciativa do Governo em adotar, sob sua responsabilidade, no sistema parlamentarista, *provvedimenti provvisori con forza de legge* (segunda parte do art. 77).

A transcrição do texto evidencia a identidade do paradigma:

"O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emitir decretos que tenham valor de lei ordinária.

Quando, em caso extraordinário de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, ainda se dissolvidas, serão expressamente convocadas e se reunirão dentro de cinco dias.

Os decretos perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras poderão, todavia, regular em lei as relações jurídicas constituídas com base nos decretos não convertidos."

A edição de provimentos provisórios no direito italiano adota a forma de decretos-leis, filiando-se à tradição constitucional que lhes deu conteúdo. A doutrina elaborada pelos comentadores, nos quatro decênios de vigência da Carta peninsular, certamente oferecerá subsídios valiosos à interpretação do símile nacional, merecendo relevo a monografia com a qual, em 1981, Carlos Fresa aprofundou o estudo sobre *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi.*[4]

As questões que se colocam como desafio ao intérprete perante a norma constitucional brasileira não são estranhas à avaliação crítica do paralelo com o modelo italiano, com os ajustamentos justificados pela diferença de regimes.

Em ambos os sistemas, não há discriminação de matéria para a edição de medidas provisórias, uma vez acolhido o pressuposto de necessidade e relevância. A medida provisória poderá operar tanto para alterar o direito existente como para suprir lacunas da lei, especialmente quando omisso o Congresso na complementação de normas constitucionais.

Não há como tratar diversamente a validade da medida provisória quando a matéria versada deve ser objeto de lei ordinária, ou de lei complementar. A nosso ver, caberá tão-somente, na última hipótese, que a conversão em lei ou a rejeição da medida provisória obedeçam, na decisão plenária, à qualificação de *quorum* prevista no art. 69 da Constituição, ou seja, deliberação por maioria absoluta.

6. Revogação da lei anterior

Questão de importância sobre a eficácia da medida provisória se coloca, em termos objetivos, quanto à revogação da lei anterior com ela incompatível. A regra geral aplicável ao conflito de normas no tempo induz a que a eficácia imediata da medida provisória,

[3]Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Medidas provisórias com força de lei. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 5, mar. 1989.

[4]Fresa, Carlo. *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi.*

dotada de força de lei, faz prevalecer a norma legal mais recente. Todavia, como a eficácia desta fica pendente da confirmação pelo Congresso, sem a qual ficam anulados, a partir de seu início, todos os seus efeitos, a doutrina tende a uma solução de compromisso: até ser convertida em lei (o que lhe confere definitividade), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e a eficácia, que se restauram se não subsiste a medida provisória, tanto pela rejeição como pela inércia do Congresso após o vencimento do prazo de apreciação. Fica, por essa exegese, superada a objeção de que a lei, quando revogada, somente é repristinada mediante norma expressa que a restaure.

Este entendimento é abonado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem "a derrogação ou a revogação da lei anterior por uma medida provisória seria apenas aparente. Esta suspenderia a vigência e a eficácia desta lei anterior, sobrepondo-lhe a norma que edita, mas a derrogação ou revogação propriamente ditas apenas viriam da conversão em lei da medida provisória pelo Congresso".[5]

A deliberação do Congresso a respeito da medida provisória será apenas homologatória, ou não, do ato com força temporária de lei, ou este equivale ao poder de iniciativa de projetos em relação aos quais amplamente opera ação do Legislativo, podendo emendar a proposta presidencial?

Carlo Fresa alude, significativamente, à medida de urgência como "uma forma de iniciativa legislativa reforçada",[6] fortalecida pela eficácia imediata, a depender, porém, da ratificação congressual.

Certamente, a manifestação precípua do Congresso, quando examina a medida provisória, se concentra no requisito de admissibilidade, ou seja, na reavaliação dos pressupostos de relevância e urgência que alimentam a competência extraordinária do Presidente da República e são elementares à constitucionalidade do ato.

Mas, ao mesmo tempo, cumpre-lhe apreciar o mérito da proposição, a ela aderindo ou rejeitando-a.

7. *Direito de emenda*

Importa considerar se, na apreciação de fundo, poderá assumir posição de compromisso, emendando a medida provisória, desde que não lhe desnature o objeto ou a substância.

A Constituição de 1967 expressamente vedava, na apreciação dos decretos-leis, o oferecimento de emendas. A Carta Magna atual, compondo o sistema das medidas provisórias, silencia sobre a matéria. A Resolução 1/89, do Congresso Nacional, regulando o procedimento de exame e votação, expressamente admite, no prazo de cinco dias, a apresentação de emendas, vedadas, porém, as que "versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória" (art. 4º).

Esta é, igualmente, a orientação dominante na doutrina constitucional italiana, que admite possa a lei de conversão emendar o provimento provisório editado pelo Governo, atribuindo-se à parte emendada tão-somente efeito futuro (eficácia *ex nunc*), ao passo que a norma confirmada conserva a eficácia imediata que adquiriu desde seu início (ver, nes-

[5] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. op. cit.

[6] Fresa, Carlo. op. cit. p. 152

se sentido, Carlo Esposito,[7] e, ainda, as opiniões de Vittorio Di Ciollo e de Livio Paladin),[8] e, no mesmo sentido, Pietro Virga.[9]

Aprovada na íntegra, a medida provisória se converte em lei, a ser promulgada pelo Presidente do Congresso. Contudo, se for emendada, o projeto de lei de conversão deverá ser submetido à sanção ou veto do Presidente da República, de modo a que prevaleça a comunhão de vontades que é própria da criação da lei. Assim dispõe a referida Resolução do Congresso Nacional, art. 7º e seus parágrafos.

8. *Renovação da medida provisória*

Outra questão proposta à interpretação do texto constitucional diz respeito à possibilidade de renovação de medida provisória que não tenha merecido aprovação do Congresso Nacional.

Quando o Congresso Nacional tenha rejeitado a medida provisória, parece razoável entender-se que é inadmissível sua renovação nos termos propostos. Outra alternativa que se venha a oferecer terá que se revestir de originalidade, de modo a que não importe tão-somente em alteração de forma.

A indagação se coloca, no entanto, quando a medida provisória decaiu pelo decurso de prazo – aliás, exíguo – sem que o Congresso se manifeste.

A renovação figura em nossa experiência recente e dela tem feito uso o Presidente da República, sem impugnação do Congresso que lhe tem abonado a validade seja pela acolhida do exame do ato renovado, seja mesmo pela aprovação formal, com a promulgação de correspondente lei.

A Comissão Mista do Congresso, em parecer sobre a tese, admitiu a reedição de medida provisória de eficácia extinta pelo decurso do prazo, e também assim conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho.[10]

A própria essência da medida provisória, que se fundamenta na necessidade e urgência do provimento, fortalece a tese de sua renovação, não podendo valer como recusa a inércia do Congresso, ainda que intencional.

Carlos Fresa informa, com apoio em Di Ciolo, Sorrentino e Pizzorusso, que prevalece "a tendência na doutrina a reputar compatível com a previsão constitucional a praxe da reapresentação", antes consagrada na continuidade de renovação dos decretos-leis.[11]

Uma observação final merece ser proposta à criatividade dos intérpretes da Constituição.

[7] Esposito, Carlo. Decreto-legge. In: *Enciclopedia del diritto.*
. *Emendamenti al decretti-leggi, In:*
. Emendamenti ai decretti-leggi. In: *Giuriprudencia costituzionale*, 1956. p. 189.

[8] Apude Ramos, Saulo. op. cit.

[9] Virga, Pietro. *Diritto costituzionale.* 9. ed. p. 298.

[10] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. op. cit.

[11] Fresa, Carlo. op. cit. p. 15

Na medida em que a rejeição da medida provisória opera retroativamente anulando os atos praticados no curso de sua temporária eficácia, a Constituição defere ao Congresso o poder-dever de editar norma regulando as relações jurídicas que se tenham constituído no interregno. Também assim dispõe o art. 77 da Constituição italiana, perante a qual se produz o fenômeno.

Qual será, porém, a solução adequada se o Congresso não legislar sobre a matéria?

Saulo Ramos sugere que a inércia do Congresso Nacional – que terá deixado de adimplir o encargo que lhe impôs a Lei Maior – caracterizará "típica hipótese de comportamento inconstitucional de omissão", passível de controle jurisdicional, afeto ao Supremo Tribunal Federal.[12]

É mister, porém, recordar que a rejeição da medida provisória, tornando inexistentes os seus efeitos, exclui a hipótese de que sua aplicação condicional tenha gerado direito adquirido ou ato jurídico perfeito, que a lei não poderá prejudicar (Constituição, art. 5º, XXXVI).

Restaurada, com a rejeição, a eficácia da lei anterior, à luz dela deverão ser avaliados os atos intercorrentes, inexistindo validade daqueles que com ela foram incompatíveis.

As situações jurídicas eventualmente constituídas terão a mesma precariedade da norma provisória, de eficácia imediata, porém condicionada ao beneplácito do Congresso.

Uma e outras, se não sobrevier à confirmação terão pouco mais de duração que as rosas de Malherbe, a manhã prolongada a 30 dias de existência, se antes mesmo não incidir a rejeição da norma temporária.

Então são algumas das reflexões que o tema suscita a um primeiro exame perante a experiência de pouco mais de um semestre de vida da nova Constituição e a freqüência que tem dado o Executivo a um remédio de exceção que ameaça se tornar rotineiro.

Para reviver o diagnóstico de Afonso Arinos de Melo Franco em outra oportunidade, não estamos diante da crise do Direito, mas do Direito da crise, a desafiar pela realidade dos fatos a ação criativa dos juristas, convidados não somente à interpretação, como à construção da norma jurídica.

[12] Ramos, Saulo. op. cit.