XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSE EVERTON DA SILVA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Jose Everton da Silva; Liane Francisca Hüning Pazinato. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-657-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com alegria que apresentamos a publicação dos artigos científicos apresentados no grupo de trabalho de Direito Administrativo II do XXX Congresso Nacional do Conselho de Pós-Graduação stricto sensu em Direito realizado no Balneário Camboriu em Santa Catarina.

Os trabalhos reúnem pesquisas que discutem as principais transformações do Direito Administrativo a partir de novos paradigmas incorporados precipuamente através das últimas reformas legislativas e decisões jurisprudenciais que alteraram os marcos na matéria.

A tradicional teoria dos motivos determinantes e sua aplicabilidade no controle da Administração Pública é discutida à luz das transformações dos tribunais superiores a partir das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público trazidas pela lei nº 13.655/2018.

A discussão do regime dos servidores públicos é vista à partir da necessidade do reconhecimento da concessão do intervalo interjornada antes admitido de forma transversa pela Advocacia Geral da União, mas que enseja o debate acerca da possibilidade de responsabilização pela jurisprudência.

O novo marco de proteção de dados é abordada através de um estudo acerca da estruturação e gestão da autoridade nacional de proteção de dados instituído pela lei 13.079/2018, de modo a verificar de forma comparativa, a sua estruturação e a capacidade operacional de gestão das respectivas informações.

A questão organizacional da Administração Pública e o impacto no Direito Administrativo é discutido em artigo que versão sobre a estratégia dos modelos de unificação de ofícios voltados ao usuário de serviços judiciários e a tentativa de implementação de novos valores culturais.

O regime de improbidade administrativa é controvertido à luz dos limites do princípio do "non bis in idem" nas esferas de sancionamento administrativo geral funcional e da lei 8.429 /92, estudo importante em razão da forma da lei nº 14.230/21 que consagra o Direito Sancionador Administrativo na matéria.

Ainda em tema de improbidade administrativa um dos trabalhos discute a responsabilização do advogado público por sua manifestação através de parecer jurídico à luz da jurisprudência dos tribunais superiores em cotejo com os limites estipulados pela nova lei.

A definição do compliance como instrumento preventivo para práticas de corrupção na Administração Pública é debatida em um movimento de ampliação da governança pública alçada desde o decreto nº 9.203/17 que institui a integridade como princípio e ação contínua voltada à gestão estatal de riscos.

O alcance do desenvolvimento sustentável como princípio e objetivo das licitações e contratos administrativos é abordado a partir da previsão dos novos instrumentos de sua implementação na vertente socioambiental pela nova disciplina lei nº 14.133/21.

A implementação da sustentabilidade desta vez pelo viés da Agenda 2030 da ONU, em especial, quanto a adequação do processo administrativo disciplinar ao objetivo nº 16 das suas respectivas ODS, também, igualmente é investigada na busca de um conceito multidimensional e aplicado à Administração Pública.

O exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, em específico, através das medidas provisórias editadas pelo chefe do Poder Executivo são tidas através das principais construções jurisprudenciais nacionais e estrangeiras de forma dar limites a possíveis abuso do exercício do poder.

Os debates demonstram profícuas discussões realizadas no âmbito dos respectivos programas de pós-graduação stricto sensu dos participantes que apontam a necessidade de deslocamento das discussões de Direito Administrativo tradicionalmente voltados ao Estado para a sociedade.

Os novos paradigmas do new public managment ¬e da public governance que se apresentam a disciplina oriundos das reformas legislativas – como sustentabilidade, integridade, gestão de riscos – apresentam desafios na construção de uma ação estatal voltada à boa administração.

A jurisprudência tem revisitado categorias tradicionais – como servidor público e controle da Administração Pública – com uma leitura através de paradigmas constitucionais – como direito sancionador e devido processo legal – reconduzem à um Direito Administrativo Constitucional.

Tais movimentos reforçam não uma necessidade de superação os institutos do Direito Administrativo cunhados no século XIX, em especial, com a profícua atuação jurisprudencial do Conselho de Estado Francês e a produção teórica da matriz romano-germânica, mas de adequação às transformações do século XXI.

Convidamos os leitores a aprofundarem nos respectivos textos que compõem esta obra e apontam as produções contemporâneas na matéria a acompanharem esse movimento de readequação, que busca reconstruir os fundamentos do Direito Administrativo em um Estado Democrático de Direito.

Balneario Camboriu, 07 de dezembro de 2022

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UNIRIO/UFRRJ

Profa. Dra. Liane Francisca Huning Pazinato, UFRG

Prof. Dr. Jose Everton da Silva, UNIVALI

MEDIDA PROVISÓRIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

PROVISIONAL MEASURE IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW

Esmar Custodio Vencio Filho [1]

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a medida provisória prevista nas várias constituições brasileiras e perquirir suas características e especificações o fazendo através de sua inserção no panorama histórico do sistema positivo, seu uso, abuso, finalidades e outros atributos típicos. As informações para o desenvolvimento do artigo reclamou pesquisa exploratório-descritiva (GIL, 2010, p. 27) face à necessidade de se levantar e coletar dados a respeito do tema proposto, com uso de técnicas de coleta pelos métodos de pesquisa bibliográfica e documental, com a arrecadação de informes e elementos junto à doutrina, artigos e ao arcabouço jurisprudencial nacional e alienígena. A coleta de dados foi indireta, através de consultas a livros, artigos, constituições nacionais e estrangeiras e demais normas. Metodologicamente lançamos mão de ferramentas estatísticas especialmente para analisar o crescente uso das medidas provisórias pelo Executivo Federal. Finalmente, acrescenta-se que o procedimento empírico será utilizado para, através do direito constitucional comparado, cotejar experiências de outros países que prevejam institutos semelhantes à medida provisória brasileira. Objetivamos historiar a excepcionalidade legiferante atribuída ao Poder Executivo para edição de medidas provisórias. A proposta do artigo é verificar as peculiaridades deste importante instituto constitucional de governabilidade por vez ou outra utilizado equivocadamente. Como hipótese indaga-se: a medida provisória tem sido usada abusivamente? A Constituição Federal veda esse abuso? O controle de constitucionalidade ocorre em qual momento? Após a conversão da medida provisória em lei, esse controle ainda seria possível?

Palavras-chave: Medidas provisórias, Direito comparado, Elementos jurídicos, Abuso, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the provisional measure provided for in the various Brazilian constitutions and investigate its characteristics and specifications, doing so through its insertion in the historical panorama of the positive system, its use, abuse, purposes and other typical attributes. The information for the development of the article claimed exploratory /descriptive research (GIL, 2010, p. 27) in view of the need to raise and collect data on the proposed theme, using collection techniques through bibliographic and documentary research methods, with the collection of reports and elements together with the doctrine, articles and

---

[1] Juiz de Direito do Estado do Tocantins desde 1996. Há 11 anos atuando na Infância e Juventude. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Professor da ESMAT. Doutorando da UNICEUB/DF.

the national and foreign jurisprudential framework. Data collection was indirect, through consultations with books, articles, national and foreign constitutions and other norms. Methodologically, we used statistical tools especially to analyze the growing use of provisional measures by the Federal Executive. Finally, it is added that the empirical procedure will be used to, through comparative constitutional law, compare experiences from other countries that provide for institutes similar to the Brazilian provisional measure. We aim to chronicle the legislative exceptionality attributed to the Executive Power to issue provisional measures. The purpose of the article is to verify the peculiarities of this important constitutional institute of governability from time to time used wrongly. As a hypothesis, it is asked: has the provisional measure been used abusively? Does the Federal Constitution prohibit this abuse? When does judicial review take place? After converting the provisional measure into law, would this control still be possible?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interim measures, Comparative law, Legal elements, Abuse, Constitutionality control

1 INTRODUÇÃO

A composição de um Estado demanda, dentre tantos outros aspectos, a conjugação de vários fatores. Mesmo que não haja uma harmonia entre os países no que se refere a estes elementos, quando analisamos a gestão governamental de um povo inevitável a menção dos poderes do Estado, seus atributos, correlações e atuações.

É fundamental que os poderes do Estado sejam fragmentados a fim de evitar sua centralização com consequente afastamento do totalitarismo. O filósofo grego Aristóteles (2019, p. 86), discípulo de Platão, foi um dos precursores na ideia da separação dos poderes. Destaca-se, pois, que Aristóteles, na obra Política, dentre vários assuntos, trata da estrutura do estado e as formas de governo sendo indissociável, por exemplo, não relacionar a forma democrática da partição dos poderes.

Dentro deste contexto a medida provisória reveste-se de excepcional delegação do poder legiferante excepcionalmente conferido ao Executivo. No mundo ocidental esta delegação se dá sem ou com previsão constitucional ou através da própria atribuição do poder (CLEVÉ, 2021, p. 22). A adoção da medida provisória pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) visou a correção de distorções e abusos do período militar (LIMA E LIMA, 2013, p. 51). A excepcionalidade da medida provisória decorre da lógica constitucional baseada na eficiência e legalidade com sua inserção dentro de um agir regular (SAMPAIO, 2007, p. 96).

O direito comparado de institutos jurídicos similares à medida provisória indica a necessidade de um título específico justificador do excepcional poder de editar normas primárias pelo executivo (SOBRINHO, 2017, posição 3811). Institutos correlatos à medida provisória são formas de participação atípica do Poder Executivo no processo legislativo verificado em vários países, inclusive de diferentes sistemas de governo (CLEVÉ, 2021, p. 21).

A utilização do direito constitucional para comparar esses institutos é essencial para verificar o reflexo que o direito, especialmente o estrangeiro, exerce na sociedade. Esta comparação internacional reforça a concepção do ideário único de múltiplos textos constitucionais (GODOY, 2006, p. 13).

O direito constitucional comparado é uma ciência desenvolvida por meio da prática advinda do conhecimento lógico e organizado para este fim (BETTINI, 2007, p. 34). Além de todo este direcionamento conceitual, o constitucionalismo comparado foi importante ferramenta de transição democrática para a consolidação da paz mundial pós-guerra fria (COLLAZOS, 2020, p. 3).

Diante de tantos matizes, a medida provisória é um instituto, como se viu, previsto em vários países, tanto no sistema parlamentarista, como no presidencialista ou misto, o que demonstrou ser um instrumento merecedor de análises por vários pontos, perspectivas e vertentes.

2 DIREITO COMPARADO

O direito comparado é enriquecedor das pesquisas históricas e sociológicas e contribui para a melhoria do conhecimento e do direito nacional, além de facilitar a compreensão do direito estrangeiro e aprimorar as relações internacionais (VAINER, 2007, p. 207).

A medida provisória inserida no sistema brasileiro nesta modalidade, já que anteriormente seu similar era o Decreto-lei, foi espelhada em institutos normativos constitucionais estrangeiros e já há muito existentes e em uso.

A atividade comparativa no direito, especialmente o constitucional, evidencia um método que não visa justapor dois ou mais ordenamentos ou institutos jurídicos sem considerar o meio em que as normas jurídicas comparadas vigem ou são aplicadas (NASCIMENTO, 2007, p. 246).

Percebe-se a evolução política/histórica dos países que utilizam desta espécie de instituto jurídico. Em uma análise comparativa e individualizada de algumas previsões constitucionais alienígenas constatam-se ferramentas semelhantes à medida provisória, não somente quanto a sua previsão constitucional, mas especialmente em relação a seu uso.

Locke (2018, p. 116) ao se referir à supremacia e exclusividade de atuação do Poder Legislativo, menciona que "O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou".

No entanto, o que nos parece comum entre todas as permissões constitucionais é que tal se dá como uma exceção ao poder legiferante. Já a forma com que isso se dá e até seu mau uso é que as fazem distintas.

2.1 **Alemanha**

Já inserido no direito alemão desde 1850 o decreto-lei exigia os requisitos de necessidade e emergência. No entanto, após uso indiscriminado e imoderado na era Hitler acabou por evoluir, desta experiência, para o que restou transformado na Constituição Alemã de 1949 (ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949) na "declaração de estado de necessidade legislativa." Também conhecida como a Constituição de Bonn, por ter sido cidade sede para os encontros dos representantes dos estados que compunham a Alemanha para a elaboração do texto constitucional, resultou, por assim dizer, na criação de um Estado novo. Tal se deu, porém, sob a nítida demonstração de divisão da Alemanha efeito esse muito atribuído às consequências pós 2ª Guerra Mundial.

Agora previsto no Artigo 80 da Constituição Alemã de 1949, o decreto já não mais possui as características do antigo decreto-lei posto que na novel versão não há mais os requisitos antes existentes. No lugar do decreto-lei foi inserida no texto constitucional a declaração "do estado de emergência legislativa". Nos dizeres de Abreu Júnior:

> [...] "quando um chanceler não obtém o voto de confiança do Parlamento, que rejeita projeto de lei declarado urgente por ele, o Presidente da República pode mantê-lo no poder se conseguir o apoio do Conselho Federal, composto por representantes das unidades da federação (que corresponde ao nosso Senado Federal), para declarar o estado de emergência legislativa. O projeto é novamente submetido à Câmara dos Deputados. Caso ele seja rejeitado mais uma vez, seja aprovado de forma inaceitável pelo governo ou não seja convertido em lei em quatro semanas, o Presidente da República pode promulgar a lei, se com ela concordarem os representantes do Conselho Federal." (2002, p. 15).

2.2 **Argentina**

Como não poderia deixar de ser, o decreto argentino, correspondente à medida provisória brasileira, também se configura em ferramenta de governabilidade e, especialmente, exteriorizou a ampliação dos poderes do Executivo com natural supressão das atividades típicas do Poder Legislativo. Assim como ocorre na CF88, a exceção ao poder legiferante argentino também se submete a limites. São preservadas matérias que não poderão ser objeto dos decretos de necessidade e urgência. O Artigo 99, inciso 3º, parágrafo 2º da Constituição Argentina veda ao Presidente a expedição de qualquer espécie de ato de natureza legislativa. Veja-se:

> "Artigo 99 - São atribuições do Presidente da Nação:
> 1. [...]. 2. [...]. 3. Participa na formação das leis nos termos da Constituição, promulga-as e publica-as. O Poder Executivo não pode, em qualquer caso, sob pena de nulidade absoluta e intransponível, expedir dispositivos de natureza legislativa. Somente quando circunstâncias excepcionais impossibilitem o cumprimento dos procedimentos ordinários estabelecidos por esta Constituição para a promulgação de leis, e **não se trate de normas que regulem matéria penal, tributária, eleitoral ou de regime partidário**, **<u>poderá expedir decretos por motivos de necessidade e a urgência</u>**, que será decidida por um acordo geral dos ministros que devem endossá-los, juntamente com o chefe do gabinete de ministros." (original sem grifo).

Como mencionado, os requisitos para o chefe do Executivo argêntio editar o decreto são os mesmos da Constituição Italiana, quais sejam, necessidade e urgência. Estes dois requisitos ainda ficam na dependência da ocorrência de "circunstâncias excepcionais tornarem impossível seguir os trâmites ordinários previstos por esta Constituição para a sanção da lei.".

O que distingue o decreto de necessidade e urgência da medida provisória são, essencialmente, os trâmites processuais. Ferraz Júnior menciona que a Constituição argentina estabelece a necessária formação de comissão bicameral permanente de responsabilidade do chefe de gabinete dos ministros. No prazo máximo de 10 (dez) dias o decreto presidencial será submetido

ao plenário de cada Câmara para sanção de lei especial regulamentadora estabelecendo, inclusive, seu alcance (2003, p. 29).

2.3 **Itália**

A Constituição da República Italiana foi promulgada em dezembro de 1947 tendo sofrido, até 2020, 13 alterações. O *Decreti-legge* (decreto com força de lei) encontra-se previsto no artigo 77 da Constituição Italiana e se submete ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional (ITÁLIA, 1947, Art. 134, § 1º).

Como normalmente entende a doutrina italiana o *decreto-legge* é ato normativo primário do governo (PIZZORUSSO e FERRERI, 1998, p. 126). Ele é admitido nos casos de necessidade e urgência, possuindo força de lei, o qual deve ser convertido no prazo de 60 dias desde sua publicação. A Câmara regulamentará as relações jurídicas que surgiram quando da vigência do referido decreto-lei caso não convertido (*IBIDEN,* Art. 77).

Naturalmente e considerando que a medida provisória teve no decreto-lei italiano sua fonte de inspiração, muito há em comum entre os dois institutos. Porém, guardam, em sentido oposto, algumas diferenças as quais são didaticamente elencadas por Cléve:

> "[...] as diferenças mais significativas resumem-se (i) à expressa previsão constitucional das matérias vedadas à legislação de urgência, (ii) à definição dos pressupostos habilitantes, (iii) à atuação normativa do Parlamento na hipótese de não conversão em lei formal (livre ou vinculada), (iv) à caracterização do momento da apresentação da medida ao Legislativo para efeito de conversão e, finalmente, (v) ao órgão constitucional dotado de competência para adotá-la." (2021, p. 44)

Os pressupostos constitucionais autorizadores do decreto-lei italiano, possibilita sua adoção mesmo que não haja, entre o Parlamento e o Executivo, confiança recíproca podendo o referido instrumento ser utilizado até mesmo diante de ceticismo entre estes, mormente quando o requisito fundante for a urgência.

Sobrinho (2017, p. 265) ao falar sobre a relação entre os poderes, aduz que tal não é objetivamente determinável, não sendo de caráter absoluto, ou seja, dependente de uma valoração política confiada ao Governo.

Mesmo que não haja uma previsão objetiva sobre os requisitos por dependerem, obviamente, de diversas situações fáticas e imprevisíveis, a limitação material é clara e prevista no texto constitucional italiano (ITÁLIA, 1947) em seu artigo 74, inciso IV:

> "O procedimento normal de exame e de aprovação direta por parte da Câmara é sempre adotado pelos desenhos de lei em matéria constitucional e eleitoral e por aqueles de

> delegação legislativa, de autorização para ratificar tratados internacionais, de aprovação dos orçamentos previsionais e dos resultados orçamentais."

O Legislativo italiano editou, como forma expressa de limitação material do decreto-lei, a Lei 400/1988 (ITÁLIA, 1988), cujo artigo 15 assim dispõe:

> "[...] 2. O Governo não pode, por decreto-lei:
> a) outorgar procurações legislativas nos termos do artigo 76 do Constituição;
> b) deliberar sobre as matérias indicadas no artigo 72, quarto parágrafo, da Constituição;
> c) renovar as disposições dos decretos-leis de que tenha sido a conversão em lei foi negada pelo voto de uma das duas Câmaras;
> d) regular as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertido;
> e) restaurar a eficácia das disposições declaradas ilegítima pelo Tribunal Constitucional por vícios não relacionados com o método:
> 3. Os decretos devem conter medidas de aplicação imediata e as seu conteúdo deve ser específico, homogêneo e correspondente ao título. [...]"

Portanto, desde já se percebe identidades entre os vários institutos constitucionais semelhantes, mas também se percebe que o abuso desta exceção legislativa tem resultado em uma maior e mais explícita contenção destes instrumentos.

3 A MEDIDA PROVISÓRIA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1 Breve histórico e origem

A historicidade da medida provisória no direito brasileiro é essencial para especial análise de seu uso desenfreado cuja oscilação se deu de acordo com os governantes e momentos políticos. O número de medidas provisórias editadas e reeditadas demonstra, dentre outros indicativos, o alinhamento/desalinhamento existente entre o Poder Legislativo e Executivo.

A análise da medida provisória a partir de seu antecessor o decreto-lei é essencial para a compreensão da edição da Emenda Constitucional nº 32/2001 – EC32/2001 (SOBRINHO, 2016, posição 1078). Mesmo que o direito constitucional brasileiro tenha se servido de vários institutos da Constituição Americana, o decreto-lei e posterior medida provisória são de origem italiana.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 marcou a transição da forma de governo monárquico para o republicano. Além de solidificar o presidencialismo, inspirada no sistema federalista americano, essa constituição ressaltou a autonomia dos estados, descentralizou o poder federal e garantiu os direitos individuais (JÚNIOR, 2013, p. 25).

O *decreto-legge* italiano, idealizador do decreto-lei brasileiro, é admitido nos casos de necessidade e urgência e possuem força de lei, devendo ser convertido no prazo de 60 dias, com regulamentação, pela Câmara, das relações jurídicas originadas do decreto-lei não convertido (ITÁLIA, 1947, Art. 77).

Desta forma, é consectário lógico que os institutos italiano e brasileiro possuam pontos de identidade entre si. A este respeito, Tácito destaca que:

> "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."

Por seu turno, Branco esclarece que:

> "A medida provisória foi talhada pelo constituinte segundo o modelo italiano dos decretos-leis, adotados em casos extraordinários de necessidade e urgência, devendo ser imediatamente, comunicados ao parlamento, que é convocado se não estiver reunido. A edição desses provimentos provisórios, no país europeu, depende da iniciativa do Conselho de Ministros, [órgão colegiado]. O decreto-lei perde efeito se não convertido em lei no prazo de sessenta dias de sua publicação. [...] Algumas dessas soluções italianas foram aproveitadas pelo constituinte originário ao cuidar das medidas provisórias."

Assim como a Constituição de 1891, a de 1934 não previu a possibilidade do chefe do Executivo editar atos com força de lei, mesmo que de forma excepcional. Já a Constituição de 1937, ainda sob a égide da ditadura de Getúlio Vargas, estabeleceu que o Parlamento pudesse autorizar o Presidente da República, mediante situações especiais, a expedir decretos-leis (BRASIL, 1937, Art. 12). Na sequência, os artigos 13 e 14 estabeleceram algumas limitações materiais para expedição desses decretos.

Percebe-se que o Executivo reservou, exclusivamente para si, o poder de legislar com total supressão do Poder Legislativo em todas suas instâncias governamentais, como bem estabeleceram os Artigos 178 e 180 da Constituição Federal de 1937. Nos dizeres de Sobrinho (2017, posição 1090):

> "Consequência desse período de monopólio autocrático da função legislativa pelo Poder Executivo foi sua absoluta rejeição pela Constituição de 1946, que atribuiu o exercício dessa função, com exclusividade, ao Congresso Nacional (artigo 37), chegando ao ponto de proibir expressamente a qualquer dos poderes delegarem atribuições (artigo 36, § 2º)."

A Constituição de 1946, certamente influenciada pela participação do Brasil na 2ª Guerra Mundial e a expansão democrática das nações desde então, redemocratizou o país e retornou ao bicameralismo. Essa Constituição acenou para um avanço democrático, restabelecendo a legitimação dos Poderes, suas independências e atribuições. Tanto é assim que seu texto não previu a possibilidade de expedição de ato com força de lei pelo chefe do Poder Executivo.

Cléve (2021, p. 26) sugere que esta falta de previsão autorizativa e vedação da delegação do poder de legislar se deram pelo abuso em relação às edições anteriores de atos com força de lei pelo Poder Executivo. Nos seus dizeres:

> "No Brasil, já por ocasião da Constituinte de 1946, discutiu-se a possibilidade da adoção da lei delegada. Talvez, como reação ao exagerado número de medidas legislativas editadas no período do Estado Novo pelo Presidente da República, o Constituinte preferiu não autorizar o Executivo a exercer atividade legislativa. Adotou, ainda, de modo imperativo, o princípio da indelegabilidade de atribuições, vedando a delegação legislativa, seja a típica (operada por lei delegada), seja a anômala (decorrente do elastecimento do poder regulamentar)."

No entanto, com o regime militar imposto em 1964 o tempo escureceu novamente. Vários atos institucionais que interferiam no processo democrático/legislativo foram expedidos com rigorosa submissão do Poder Legislativo.

Ao mencionar sobre o decreto-lei, abolido na Constituição anterior de 1946, Sampaio (2007, p. 118) destaca que:

> "Após o golpe de 1964, entretanto, voltou ele com sua carga autoritária, reintroduzindo no ordenamento pelo Ato Institucional n. 2, em seu art. 30, versando sobre segurança nacional. Entretanto, o art. 31, do mesmo ato, possibilitava a edição de decretos-leis sobre todas as matérias previstas no Constituição, uma vez decretado o recesso parlamentar."

Nesta linha autoritária a Constituição de 1967 previu o decreto-lei, cujos requisitos seriam situações de urgência ou interesse público relevante. Não poderia resultar em aumento de despesas e se destinava a regulamentar matérias sobre segurança nacional e finanças públicas (BRASIL, 1967, Art. 58). Na sequencia e na mesma linha construtiva governamental, a Emenda Constitucional 01/1969 ampliou as matérias disponíveis ao Presidente da República, com ressalva para a regulamentação das normas tributárias, criação cargos públicos e fixação de vencimentos (BRASIL, 1969, Art. 55).

Sobre esta expansão de poder legiferante, Tácito (1989, p. 2) destaca que:

> "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)."

Amaral Júnior (2012, p. 97) ao se referir sobre os requisitos do decreto-lei inseridos na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 01/69, também levantou a questão do controle judicial destes requisitos. Menciona que somente na égide da medida provisória prevista na CF88 foi que o Supremo Tribunal Federal (STF) assentou entendimento sobre tal tema:

> "Constam da fórmula de 1967 e da de 1969 os requisitos constitucionais – alternativos – de "urgência" ou de "interesse público

> relevante", bem como a impossibilidade de o decreto-lei resultar aumento de despesa. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que "urgência" e "interesse público relevante" não eram objeto de controle pelo Poder Judiciário, isso em razão da natureza política de ambos, confiados que eram ao juízo discricionário de oportunidade e conveniência do Presidente da República."

Barracho Júnior (2013, p. 30) entende que "Além de fortalecer o Poder Executivo, a Constituição de 1967 consagrou o autoritarismo e a ditadura presidencial." Isto ficou ainda mais evidente com a edição do Ato Institucional n. 5/1968 que acabou por aniquilar as demais instituições e especialmente os poderes. Barracho Júnior acresce que isso concentrou poder estatal arbitrário nas mãos do Presidente da República o que paralisou os efeitos da constituição e causou insegurança jurídica (*IBIDEM)*.

Foi justamente na CF88 que a medida provisória ganhou destaque por estar inserida em um texto constitucional solidamente embasado no princípio democrático. Isso lhe deu ares de plena legitimidade mesmo que ainda represente, particularmente, ingerência no poder de legislar.

3.2 Natureza Jurídica da Medida Provisória

Alguns doutrinadores entendem que institutos como a medida provisória configura ato de gestão de negócio do Poder Executivo (CLÉVE, 2021, p. 53). Esta conceituação perdeu espaço após a criação expressa desse instituto na Constituição da República Italiana em 1947. Desde então, em face de sua evidente vertente constitucional, a edição de atos normativos com força de lei é ato de governo, portanto de natureza política.

Branco (2021, p. 1053) menciona que a Constituição brasileira de 1988, ao tratar sobre sua natureza jurídica, enfatiza que:

> "[...] sua índole normativa emergencial, como se percebe do *caput* do art. 62. De outro lado, se ela não for aprovada no prazo constitucional, pelo Legislativo, perde a sua eficácia desde a edição (art. 62, § 3º). Ostenta, portanto, caráter provisório e resolúvel. À medida provisória aplica-se o que disse Pontes de Miranda do decreto-lei: trata-se de uma 'lei sob condição resolutiva'".

Prossegue Branco *(IBIDEM)*, em excepcional resumo conceitual sobre as medidas provisórias destaca sua natureza jurídica:

> "[...] as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta o pode de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante."

Clève (2021, p. 60) entende que as medidas provisórias, diferentemente de parte da doutrina, é lei em sentido técnico, pois, ao menos enquanto vigente, produz um dos mais importantes efeitos legislativos, qual seja, a força vinculante além de inovar o sistema positivo com reflexos na ordem jurídica. Destaco:

> "O fato de as medidas provisórias serem publicadas como Atos do Executivo no Diário Oficial, de produzirem eficácia sujeita à resolução, de produzirem eficácia imediata, sem a intervenção do Congresso Nacional, não descaracteriza a natureza legislativa do instituto nem ofende o princípio da separação dos poderes a partir de uma perspectiva contemporânea. Como se pode perceber, o conceito de lei vem sofrendo profundo processo de mutação."

Em suma, não há exatamente um consenso a respeito da natureza jurídica da medida provisória brasileira, mas o que é certo é que o texto constitucional que a prevê lhe confere força de lei. Pode-se concluir que a mesma possui natureza de lei vinculada a condição resolutiva, limitada materialmente e inserida no sistema jurídico com a mesma força das leis originárias do Poder Legislativo.

3.3 Requisitos e procedimento

A CF88 (BRASIL, 1988, Art. 62) estabelece que "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." (grifamos).

Portanto, mesmo após a edição da EC32/2001, esta parte do dispositivo que já constava do texto original da CF88, foi integralmente mantido. Tal se deu especialmente em relação aos requisitos necessários para a utilização da medida provisória pelo Presidente da República.

Ao discorrer a respeito dos requisitos de urgência e relevância Branco (2021, p. 1054) menciona que o Presidente da República tem larga discricionariedade nas alegações que sustentam esses dois requisitos, mas que os mesmos se submetem ao crivo do Poder Legislativo. Destaco:

> "Esses dois pressupostos estão submetidos à apreciação política do Presidente da República, que goza de larga margem de apreciação sobre a sua ocorrência. O juízo do Presidente da República, porém, está sujeito ao escrutínio do Congresso nacional, que deve rejeitar a medida provisória se vier a entendê-la irrelevante ou não urgente. No §5º do art. 62 d Lei Maior está estabelecido que, antes de decidir sobre o mérito da medida provisória – vale dizer, antes de o Poder Legislativo anuir ou não à disciplina constante do texto da medida provisória -, o Congresso deverá analisar os seus pressupostos constitucionais, entre os quais se encontram os requisitos de urgência e da relevância."

Percebe-se, diferentemente do que restaram previstos nas Constituições italiana e espanhola, que os requisitos de urgência e relevância não foram estabelecidos com melhor precisa.

Por serem típicos de interpretação discricionária e de natureza política, guardam grande dificuldade de definição e alcance.

Face à excepcionalidade ao poder de legislar a verificação dos requisitos da medida provisória é inarredável e imprescindível. Por se tratar de exceção ao poder legiferante a não demonstração destas condições torna desaconselhável e incabível o uso da referida medida.

Já em 1990, o Ministro Celso de Melo, em seu voto na ADI/MC 221-0 (BRASIL, STF, publicação 1993), a qual tratava sobre alegada inconstitucionalidade de medidas provisórias, ao se referir a sua natureza e requisitos, o fez de forma certeira:

> "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 *periculun in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa."

3.4 Matérias passíveis de medida provisória e limites. Emenda Constitucional 032/2001.

O artigo 13 da Constituição de 1937 (BRASIL, 1937) estabelecia limites materiais a serem tratados pelos decretos-leis, mas seu artigo 180 (*IBIDEM)* fixou liberdade total até que o "Parlamento Nacional" se reunisse fato nunca ocorrido. Já a Constituição de 1967 (BRASIL, 1967, Art. 58) previu a edição de decretos com força de lei, estabelecendo, não limitações materiais, mas sim as permissões constitucionais. Destaco:

> "Art. 58" - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas.

A Emenda Constitucional 01 (BRASIL, 1969, Art. 55) passou a se referir ao decreto-lei e não mais como decretos com força de lei com indicação material expressa dos casos de urgência ou interesse público relevante. Com a ressalva de não aumentar despesas, o Presidente da República poderia utilizar do decreto-lei em matéria de segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (*IBIDEM)*.

Finalmente, a CF88 (BRASIL, 1988, Art. 62) previu a expedição de ato presidencial com força de lei, agora nominado de medidas provisórias. Em seu texto original, no entanto, não havia previsão de limitação ou permissivos materiais o que somente veio ocorrer com a edição da EC32/2001 (BRASIL, 2001, Art. 62) cujo texto alterou e acresceu as vedações materiais o fazendo na seguinte forma:

> 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 sequestro 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.

Vê-se que a EC 32/2001, com base em experiências anteriores relacionadas aos decretos-leis, não foi tão severa quanto as restrições matérias da medida provisória. Portanto, resta nítida a evolução da autorização excepcional dada ao Presidente da República na edição de atos normativos com força de lei. Em tempos de autoritarismo esta ferramenta foi utilizada como forma de centralização total de poder, excluindo o exercício ordinário do Poder Legislativo.

Já nas constituições que regulamentaram o mencionado instituto, como forma de governabilidade em situações específicas e improteláveis fizeram-se previsões específicas de autorizações materiais ou as restringiram expressamente. A Constituição de 1988 optou por esta última opção enumerando as vedações materiais como as citadas no artigo acima (Art. 62).

3.5 Abusos nas edições de medidas provisórias.

Como se verá pelos números que serão apresentados adiante, a medida provisória foi utilizada abusivamente por vários períodos governamentais, subvertendo o poder de legislar.

A verificação desse abuso na expedição de medidas provisórias pelo Poder Executivo pode se dar tanto no aspecto procedimental, como material. A seguir restará demonstrado o uso desmedido das medidas provisórias pelo Governo Federal, tanto na sua edição como reedição, o que demonstra o desvirtuamento da essência deste instituto, cuja finalidade precípua era excepcionalizar o poder legiferante em face de situações extremas.

Para conseguir os dados da forma sistematizada e comparada foi necessário enviar solicitação no site da Câmara dos Deputados cuja resposta foi encaminhada via e-mail pelo Sistema de Informações Legislativas (SILEG). O requerimento foi feito em outubro de 2021 e os dados foram enviados em novembro de 2021. Portanto, o período de levantamento foi intermediado entre 1988 a setembro de 2021.

Não há, para a finalidade do presente artigo, necessidade de proceder à atualização dos dados já que o objetivo e a hipótese a serem perquiridos com estas informações fundam-se no abuso do manejo das medidas provisórias, suas reedições, rejeições e revogações, o que os elementos a seguir anexados estão absolutamente aptos a demonstrar.

Quadro 01

Medidas Provisórias por Governo/Ano				
Ano	**Governo**	**Originárias**	**Reeditadas**	**Total**
1988	Sarney	15	9	24
1989		92	11	103
1990 até 14/03		17	3	20
1990 após 15/03	Collor	75	68	143
1991		9	2	11
1992 até 01/10		4	2	6
1992 após 02/10	Itamar	4	0	4
1993		47	49	96
1994		90	314	404
1995	FHC 1	29	409	438
1996		40	609	649
1997		34	686	720
1998		55	748	803
1999	FHC 2	47	1040	1087
2000		23	1088	1111
2001		54	457	511
2002		82	0	82
2003	Lula 1	58	0	58
2004		73	0	73
2005		42	0	42
2006		67	0	67
2007	Lula 2	70	0	70
2008		40	0	40
2009		27	0	27
2010		42	0	42
2011	Dilma 1	36	0	36
2012		45	0	45
2013		35	0	35
2014		29	0	29
2015	Dilma 2	43	0	43
2016 até 12/05		16	0	16
2016 após 13/05	Temer	40	0	40
2017		51	0	51
2018		53	0	53
2019	Bolsonaro	48	0	48
2020		108	0	108
2021 até 16/09		48	0	48
Total		1688	5495	7183

Fontes: Câmara dos Deputados: Sistema de Informação Legislativa/Sileg, Sistema de Legislação/Legin, Banco de Soluções-2545, Relatórios de Estatística Legislativa; Planalto/Legislação Federal; Senado Federal/Pesquisa de Matérias; Congresso Nacional/Medidas Provisórias.

Quadro 02

Medidas Provisórias por Governo			
Governo	**Originárias**	**Reedições**	**Total**
Sarney (até 14/03/1990)	124	23	147
Collor (15/03/1990 a 01/10/1992)	88	72	160
Itamar (02/10/1992 a 1994)	141	363	504
FHC 1 (1995 a 1998)	158	2452	2610
FHC 2 (1999 a 2002)	206	2585	2791
Lula 1 (2003 a 2006)	240	0	240
Lula 2 (2007 a 2010)	179	0	179
Dilma 1 (2011 a 2014)	145	0	145
Dilma 2 (2015 a 12/05/2016)	59	0	59
Temer (13/05/2016 a 2018)	144	0	144
Bolsonaro (2019 a 28/10/2021)	204	0	204
Total	1688	5495	7183

Fontes: Câmara dos Deputados: Sistema de Informação Legislativa/Sileg, Sistema de Legislação/Legin, Banco de Soluções-2545, Relatórios de Estatística Legislativa; Planalto/Legislação Federal; Senado Federal/Pesquisa de Matérias; Congresso Nacional/Medidas Provisórias.

Pelo Quadro 01 percebe-se que os presidentes não editam medidas provisórias de forma uniforme durante seus governos, com variação sensível dos números ano a ano. Porém, dois dados essenciais podem ser destacados no referido quadro, quais sejam, a quantidade de medidas editadas em governos específicos e a quantidade de reedições. As reedições, não possuíam expressa vedação no texto constitucional originário o que somente veio ocorrer com a EC 32/2001 (BRASIL, 2001), certamente em face dos abusos.

Do Quadro 02 extrai-se que o Governo Lula (2003 – 2006) foi o que mais editou medidas provisórias originárias (240), mas não houve qualquer reedição, provavelmente em razão da EC 32/2001 (BRASIL, 2001, Art. 62, § 10). Já em relação às reedições antes do advento da EC 32/2001 (*IDEM)*, o Governo Fernando Henrique Cardoso (1999 – 2002) foi o que mais reeditou medidas provisórias em um total de 2.585 (duas mil, quinhentas e oitenta e cinco) reedições, sendo que apenas no ano de 2000 chegou-se a incrível marca de 1.088 (mil e oitenta e oito) reedições (Quadro 01).

Aliás, percebe-se que a EC 032/2001 surtiu efeito extremamente salutar para a democracia nacional, pois com a cláusula impeditiva do artigo 62, § 10º da CF88 (BRASIL, 1988), desde então não houve qualquer reedição das medidas provisórias (Quadros 1 e 2).

Quadro 03

Governo	Rejeitada	Revogada	Revogada após a EC 32/2001	Sem Eficácia	Transformada em norma	Transformada após a EC 32/2001	Veto total	Total
a) Sarney	9	1		7	107			124
b) Collor	10	5		6	65		2	88
c) Itamar Franco		2		9	71			82
d) FHC1		10		8	132			151
e) FHC2	15	8	14	2	178	3	1	272
f) Lula1	10	2		9	217			240
f) Lula2	8	4		16	149			179
h) Dilma1		1		36	108			145
i) Dilma2	1	1		12	45			59
j) Temer	3	2		55	83		1	144
k) Bolsonaro	2	1		92	91			204
Total	**58**	**37**	**14**	**252**	**1246**	**3**	**4**	**1688**

Fontes: Câmara dos Deputados: Sistema de Informação Legislativa/Sileg, Sistema de Legislação/Legin, Banco de Solu-Ções-2545, Relatórios de Estatística Legislativa; Planalto/Legislação Federal; Senado Federal/Pesquisa de Matérias; Congresso Nacional/Medidas Provisórias.

Do cruzamento dos dados do Quadro 03 com o Quadro 02 extrai-se que das 1688 medidas provisórias editadas desde a Constituição de 1988 até a coleta dos dados (28/10/2021 – aqui incluídas as reeditadas), 1.249 (mil duzentas e quarenta e nove) foram transformadas na norma respectiva. Este número demonstra uma quantidade significativa de conversões (aproximadamente 74%), com destaque para o governo do Presidente Lula (2003 – 2006) com 217 conversões de um total de 240 editadas o que resultou em, ao menos, 90% de aproveitamento. Tal situação se deve, dentre outros fatores, ao alinhamento institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Ainda em relação ao Quadro 03 vale destacar os dados referentes à rejeição e à revogação. A rejeição da medida provisória pode se dar de forma expressa ou tácita. Expressa quando analisada e rejeitada pelo Congresso Nacional ou, tácita quando perder sua eficácia em razão do decurso do prazo para sua apreciação (CLEVE, 2021, p. 151).

A revogação, mesmo que tenha efeitos diversos, também pode ocorrer de forma explicita quando o Presidente da República revoga a medida provisória anterior com a edição de uma nova com referência ao mesmo tema ou implícita, quando o Congresso Nacional edita lei com matéria idêntica. No entanto, a revogação provocada pelo Executivo não tem condão de excluir a medida provisória ab-rogada a qual permanecerá suspensa até apreciação pelo Congresso Nacional. Esta suspensão se aplica tanto em relação à medida ab-rogante, quando à ab-rogada (Brasil, STF, ADI 221, 1993).

Pelo Quadro 03 percebe-se que a quantidade de medidas provisórias rejeitadas ou revogadas não representa número relevante frente à quantidade editada desde sua inclusão na CF88.

3.6 Controle Judicial das medidas provisórias.

O Poder Judiciário, em uma de suas funções típicas, exerce o controle concentrado ou difuso também das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, seja na sua fase inicial, seja já quando convertidas em leis. Este controle de constitucionalidade também pode ocorrer em face da medida provisória já convertida em lei como adiante veremos.

O STF poderá proceder aos controles abstrato e concreto de constitucionalidade das medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, a depender da ocorrência. Há muito o STF, na ADI 1716 (BRASIL, 1998), já se manifestou no sentido de que o controle de constitucionalidade das medidas provisórias pela via abstrata, somente é possível quando se tratar de atos normativos genéricos.

O STF, quando do julgamento da ADI-MC 162 (BRASIL, 02.8.1993), também se manifestou sobre o controle judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. Firmou-se o entendimento de que, mesmo que tais requisitos orbitem na seara discricionária do Presidente da República, o Tribunal Constitucional exerce o controle de constitucionalidade. Neste mesmo julgamento o tribunal considerou ser necessário relevo jurídico para concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade em face de medida provisória.

Logicamente que, assim como ocorre com todo o processo legiferante, o Poder Legislativo exerce, institucionalmente, o controle prévio de constitucionalidade das medidas provisórias. Tal se dá tanto na sua apreciação para conversão ou não em lei, como via controle cautelar judicial cuja legitimidade de ajuizamento da medida cabível é atribuída aos membros do Congresso Nacional. Percebe-se, pois, que estes controles tem natureza política e jurídica. Cléve (2021, p. 143), ao tratar sobre estes controles menciona que:

> "[...] o Congresso Nacional haverá de formular juízo político, mas também jurídico, no tocante à admissibilidade (concretização dos pressupostos de edição) da medida provisória. É inegável que, neste particular, a dimensão política do controle vai prevalecendo sobre a jurídica. Superada esta fase e apreciado o conteúdo da medida provisória desde a perspectiva de sua compatibilidade com a Constituição, os critérios da conveniência e oportunidade orientarão a manifestação congressual (conversão ou rejeição)."

Havia discussão a respeito da análise pelo STF, via ADI, do controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência exigidos constitucionalmente para expedição de medidas provisórias pelo Presidente da República. O Ministro Ayres Britto ressaltou que a medida provisória inova primariamente a ordem jurídica, pois imbuída constitucionalmente com força de lei o que a equipara, neste particular, à lei ordinária.

Na mesma ADI acima mencionada (4049-MC), o Ministro Relator Ayres Britto destaca parte de julgado proferido na ADI 4.048-MC (BRASIL, STF, 2008) onde ficou consignado que atos

editados em forma de lei, aos moldes da medida provisória não estariam excluídos da apreciação abstrata constitucional. A este respeito, destaco:

> "Ressaltou-se que essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que certos atos, mesmo que de efeito concreto, fossem editados sob a forma de lei. Assim, se a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas."

Inicialmente foi travada no STF discussão a respeito da prejudicialidade ou não da ADI em face de medida provisória se esta tiver sido convertida em lei, o que esvaziaria a referida ação constitucional face ao suprimento da fase legislativa primária. No entanto, a Corte Constitucional entendeu não haver prejuízo, tanto no que se refere à análise da constitucionalidade dos requisitos formais de relevância e urgência, como no tocante às vedações materiais, inexistindo saneamento do vício pela mera transformação da medida provisória em lei (lei de conversão).

Na ADI 3330 (BRASIL, STF, 2012) o Relator, Ministro Ayres Britto, aderiu ao posicionamento da Corte Constitucional. Confirmou que a conversão da medida provisória em lei não obsta a apreciação de seus pressupostos de admissibilidade de quando de sua edição.

Ainda em seu voto, o eminente Ministro Ayres Britto destacou o enfrentamento da questão na ADI 4048 (BRASIL, STF, 2008) da qual foi relator o Ministro Gilmar Mendes e solidificou o entendimento desta não prejudicialidade no exame dos requisitos da medida provisória convertida em lei.

Na referida ADI 3330 o Ministro Gilmar Mendes acresceu que: "[...] o vício inicial da MP não pode ser convalidado por eventual conversão em lei, uma vez que os pressupostos de relevância e urgência devem se fazer presentes na oportunidade da edição do ato normativo pelo Presidente da República." (*IBIDEM)*.

O Ministro Gilmar Mendes citou o *leading case*[1] da corte sobre este tema (ADI 3090, de sua relatoria), onde restou decidido e ementado que "A lei de conversão não convalida os vícios

[1] Traduzido ao pé da letra, *leading case* corresponde, em português, a "caso principal". Esta expressão normalmente utilizada pelo sistema jurídico britânico e americano para indicar um caso concreto, submetido à análise judicial, normalmente das altas cortes da justiça, cuja análise irá influenciar todos os demais casos que se refiram à mesma questão.

formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade." (*IDEM,* 2007).

Desta forma, conclui-se que o STF assentou posicionamento de que tanto é possível o controle judicial de constitucionalidade das medidas provisórias como da respectiva lei de conversão.

4 CONCLUSÃO

A medida provisória inserida no sistema constitucional brasileiro, assim como ocorre em outros países, configura ferramenta de governabilidade. Adotada no sistema brasileiro pelo constituinte de 1987/1988, a medida provisória visava corrigir distorções ocorridas no regime militar (BARACHO JÚNIOR, 2013, p. 51).

De uso específico e dependente de requesitos próprios, esta forma de instituto jurídico configura uma excepcionalidade ao poder legiferante. Autorizada nos casos de relevância e urgência a medida provisória é ato exclusivo do chefe do Poder Executivo.

Fonte normativa primária, a medida provisória é considerada materialmente ato normativo com força de lei de natureza política. Os requisitos constitucionais necessários para a expedição da medida provisória fundam-se nos interesses da sociedade os quais devem ser inevitavelmente protegidos de possível dano (CLÉVE, 2021, p. 76).

Podendo ser considerada ainda como medida de natureza cautelar, posto que manejada em situações que não podem aguardar o regular processamento de formação de leis, a medida provisória tem sofrido histórico abuso. A aparente discricionariedade na motivação dos requisitos da medida de certa forma conduziu a este excesso. A EC 32/2001 (BRASIL, 2001) alterou o texto constitucional nitidamente na intenção de frear a edição e reedição de medidas provisórias dando-lhe maior idoneidade além de preservar a segurança jurídica.

A natureza política da medida provisória conduziu a distorções em seu uso cuja limitação o Poder Legislativo não conseguia impor. Refeito o posicionamento do STF, os pressupostos de urgência e relevância da medida provisória podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade (LIMA e LIMA, 2013, p. 75). Este controle pode se dar inclusive após a conversão da medida provisória em lei (BRASIL, STF, ADI 3330, 2012).

Com clara origem no sistema italiano, a medida provisória evoluiu em nosso direito constitucional. Após ser indevidamente utilizada como ferramenta de autoritarismo ela solidificou-se no texto constitucional de 1988 e aprimorou-se com a edição da EC 32/2001 aparando as arestas do abuso. Em complemento aos critérios constitucionais de controle oriundos dos requisitos e de sua submissão ao Poder Legislativo, a medida provisória se fortaleceu com o controle judicial de constitucionalidade prévio e ulterior.

Portanto, a evolução da medida provisória lhe dá status de verdadeiro e legítimo instrumento de governabilidade apto a remediar situações específicas e urgentes voltadas ao interesse público e mantida a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ABREU JUNIOR, Diogo Alves de. **Medidas Provisórias. O Poder Quase Absoluto.** Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações. 2002. Temas de Interesse do Legislativo, n.1.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949.** Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwih9M6c4sn6AhVVO7kGHbakClYQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.btg-bestellservice.de%2Fpdf%2F80208000.pdf&usg=AOvVaw0OHGN3rJqFDGOqW3ZKSZx7. Acessado em 05 out. 2022.

ARGENTINA**. Constituição da Nação Argentina de 1994.** Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf. Acesso em 30 out. 2021.

ARISTÓTELES. **A Política.** 1ª ed. Coleção Filosofia (e-book). LeBooks Editora. 2019.

BARRACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. (Coord.). **Medidas Provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectiva.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LIMA, Eduardo Martins de; LIMA, Virgínia Silame Maranhão. **Medidas provisórias e sistema de controle.** Medidas Provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectiva. José Alfredo de Oliveira Barracho Júnior e Eduardo Martins de Lima (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. **O direito constitucional comparado: Breve análise das sociedades tribais e suas instituições.** Estudos de Direito Constitucional Comparado. Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim Coord. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021

BRASIL**. Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de Outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional N. 32, de 11 de Setembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI – MC 162/DF, Relator Min. Moreira Alves. Julgamento em 02.8.1993. Publicado em 27.8.1993. Republicado em 19.9.1997. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266229. Acessado em 15.11.2021.

BRASIL**. Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 221- MC. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em 16/09/1993. Publicação em 22/10/1993. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266254. Acesso em 12 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1716. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 19/12/1997. Publicação em 23/03/1998. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741398/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1716-df. Acesso em 14 nov. 2021.

BRASIL**. Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048-MC - Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Requerente partido da Social Democracia – PSDB. Requerido Presidente da República. Julgamento em 14.5.2008. Publicação em: 22.8.2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881. Acessado em 05 nov. 2021.

BRASIL**. Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.049-9 DF. Relator Ministro Ayres Britto. Requerente partido da Social Democracia – PSDB. Requerido Presidente da República. Julgamento em 05.11.2008. Publicado em: 08.5.2009. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=369557&prcID=2602441#. Acessado em 04 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330, Distrito Federal. Relator Ministro Ayres Britto. Requerentes Democratas e outros. Requerido Presidente da República. Julgamento em: 03.5.2012. Publicação em: 22.3.2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112. Acessado em 06 nov. 2021.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias.** Ebook. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais. 2021.

COLLAZOS, María Dolores. **¿Por qué comparar? Propósitos y desafíos del derecho constitucional comparado en el siglo XXI.** Precedente: 2021, Vol. 18, p11-39, 29p. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=149643563&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 4 out. 2022

FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel. **O Controle Constitucional da Atividade Legislativa do Executivo: Brasil e Argentina Comparados.** Dissertação para mestrado em Ciências Sociais, PUC/SP. Caxambu. 2003.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** 5. Ed. São Paulo:Atlas, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Constitucional Comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2006.

ITÁLIA**. Constituição da República Italiana.** Disponível em https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

ITÁLIA. **LEI , n. 400, 23 de agosto de 1988. Disciplina da atividade governamental e organização da Presidência do Conselho de Ministros.** Disponível em https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1988-09-12&atto.codiceRedazionale=088G0458&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=&tabID=0.7663225720566161&title=lbl.dettaglioAtto. Acesso em 05 out. 2022.

JÚNIOR, José Levi de Mello Amaral. **Medida Provisória: Edição e Conversão em Lei. Teoria e Prática.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Eduardo Martins de; LIMA, Virgínia Silame Maranhão. **Medidas Provisórias e Sistemas de Controle.** Medidas Provisórias no Brasil. Origem, evoluções e perspectivas. José Alfredo Baracho Júnior e Eduardo Martins de Lima Coord. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** 1ª ed. LeBooks. 2018.

MORTATI, Constantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**, Padova : Cedam. 1962.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. **O Ministério Público nos ordenamentos jurídicos brasileiro e cubano.** Estudos de Direito Constitucional Comparado. Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim Coord. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro; FERRERI, Silvia. **Le fonti del diritto italiano 1**: **le fonti scritte**. Trattato di diritto civile. Torino: Utet, 1998.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda: 2007.

SOBRINHO, Osvaldo. **Medida Provisória. Um paralelo entre os direitos brasileiro, italiano e argentino, sob a perspectiva da Segurança Jurídica.** Edição digital. Cuiabá: Carlini & Caniano Editorial. 2017.

TÁCITO, Caio. **As Medidas Provisórias na Constituição de 1988.** Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46083/44241. Acesso em: 25 out. 2021.

VAINER, Bruno Zilberman. **A influência do sistema Romano-germânico e do sistema de *common Law* no direito brasileiro.** Estudos de Direito Constitucional Comparado. Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim Coord. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2007.