

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 32

ANTONIO DE PAIVA PORTO*

Como já é do conhecimento geral, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram em 11 de setembro último a Emenda Constitucional n. 32.

Referida Emenda alterou substancialmente a sistemática legal pertinente às Medidas Provisórias, tanto na forma quanto na essência, sendo estas alterações o objeto precípuo dos nossos comentários.

Antes porém, é necessário apresentar, ainda que em rápidas linhas, o regime jurídico que regeu os decretos-lei e as medidas provisórias, aqueles até o advento da Constituição Federal de 1988 e estas até a promulgação da Emenda Constitucional n. 32, dada a importância das alterações implementadas e as suas conseqüências no ordenamento jurídico nacional.

DECRETO-LEI

A expressão foi introduzida no léxico constitucional brasileiro pela Carta de 1937, embora utilizada para designar quatro diferentes tipos de atos legislativos: a) decretos-lei autorizados pelo Parlamento, que fixa as respectivas condições e limites (art. 12); b) decretos-lei de necessidade, emitidos nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, excluídas determinadas matérias (art. 13); c) decretos-lei sobre matérias reservadas ao Presidente da República (art. 14); e d) decretos-lei de Governo de fato, expedidos pelo Presidente da República enquanto não se reunir o Parlamento Nacional (art. 180).

Como sabido, a ditadura do Estado Novo se utilizou tão apenas do decreto-lei previsto no art. 180 daquela Constituição, aliás de forma intensa, editando cerca de 9.908 decretos-lei, dentre eles o Código Penal, o Código de Processo Penal e quase toda a legislação trabalhista, posteriormente reunida na Consolidação das Leis do Trabalho.

(*) Oficial de Justiça Avaliador — TRT/15ª Região, Especialista — UNESP, Mestrando — ITE/Bauru.

Após absoluta rejeição pela Carta de 1946, o decreto-lei vai reaparecer após 1964, primeiramente no Ato Institucional n. 2, de 27.10.65 e depois no AI n. 4, de 7.12.66, dispositivos estes que vão servir de modelo para a Constituição de 1967 e para Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

Regime Constitucional

Recepcionado o figurino da Constituição de 1967, a Emenda 1/69 trouxe de volta a expressão "decreto-lei".

O artigo 55 assim o apresentou:

"Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-lei sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional;

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III — criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência".

A condição para o exercício da competência legislativa do Presidente da República — casos de urgência ou interesse público relevante — revelou-se, na verdade, pouco operativa, por duas razões, bem assinaladas pelo professor *Alexandre Mariotti*⁽¹⁾: primeira, pela indeterminação do que se deveria entender por urgência e por interesse público relevante; segunda, e mais importante, por ter o Supremo Tribunal Federal entendido que a verificação dos pressupostos fugia ao controle jurisdicional.

Lembremos da manifestação do Ministro *Aliomar Baleeiro*⁽²⁾, acatada por seus pares:

"Não me parece duvidoso que a apreciação da "urgência" ou "interesse público relevante" assume caráter político: é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso."

(1) *MARIOTTI, Alexandre. "Medidas Provisórias". São Paulo: Saraiva, 1999, p. 09.*

(2) *Op. cit.*, p. 59.

No que tange aos limites materiais ressalta notar que a Constituição de 1967 restringiu o seu cabimento à disciplina de assuntos de segurança nacional e finanças públicas, tendo a EC n. 69 acrescentado a criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, além de explicitar que no âmbito das finanças públicas estavam incluídas as normas tributárias.

Na visão de *Mariotti*⁽³⁾, a interpretação amplíssima que a jurisprudência do STF deu ao conceito de segurança nacional, ensejou a proliferação de decretos-lei no regime constitucional de 1967/1969, em cujo ambiente encontravam campo fértil e respaldo legal, com a colaboração complacente do Congresso Nacional (aprovação por "decorso de prazo").

Com relativa facilidade, o que era provisório tornava-se definitivo.

Neste tópico, as palavras do referido autor bem elucidam o momento histórico:

"A assinalada elasticidade dos termos utilizados pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, somada à passividade de um Congresso Nacional em que a maioria governamental foi mantida por mudanças autocráticas das regras eleitorais, e a uma jurisprudência constitucional que, além de limitada por um sistema de controle de constitucionalidade predominantemente difuso, traçou para si mesma um campo de atuação muito restrito, resultou numa utilização bastante intensa do decreto-lei.

Em tais circunstâncias, "o decreto-lei tornou-se a forma normal de legiferação, em manifesta distorção da finalidade constitucional do instituto, implicando, por conseqüência, uma concentração de poderes nas mãos do Presidente da República que era "denunciada como um dos abusos inomináveis do regime militar"."

Na Itália, a utilização indevida dos *decreti legge* por parte dos sucessivos governos, transformou o mecanismo de urgência em legislação-regra, em total desvirtuamento do papel marginal que lhe havia confiado a Constituição.

Concebido que fora para ser exceção, tornara-se regra, operando de fato, à revelia das disposições constitucionais.

Nesse sentido assinala *Mariotti*⁽⁴⁾:

"Como quer que seja, parece certo que a escalada da legislação de urgência não alcançaria alturas tão imponentes sem a complacência do Parlamento. Criou-se entre este e o governo, por conta das circunstâncias destacadas, um círculo vicioso — do ponto de vista constitucional — de edição de decreti legge, não apreciação no

(3) *Op. cit.*, p. 59.

(4) *Op. cit.*, p. 50.

prazo de sessenta dias; reiteração; edição de novos decretos, e assim sim por diante. Embora a reiteração seja responsável imediata pelo acréscimo quantitativo, faz sentido a observação de que a causa primeira desse fenômeno reside alhures, isto é, na utilização do instrumento sem atenção dos requisitos constitucionais."

MEDIDAS PROVISÓRIAS

A expressão — medidas provisórias — não se apresenta como locução extraída do direito comparado e só se explica como expressão do desejo de vincar a ruptura, no particular, com a ordem constitucional anterior.

Inspiradas nos *decreti legge* da Constituição Italiana de 1947, são peculiares do regime parlamentarista, em que o Gabinete é uma dependência do corpo legislativo, podendo cair em face do desacordo com este.

No regime presidencialista em que o Chefe do Executivo não está sujeito à censura que provoque a sua demissão, a medida provisória é uma forma de concentração de poder no Executivo.

Quando da Constituinte de 1988 o debate foi centrado em duas tendências contraditórias: de um lado, a necessidade de se prever um instrumento normativo para situações de urgência; de outro, a repulsa à figura do decreto-lei, tão associado a ditaduras e ao abuso de poder por parte do Poder Executivo.

Introduzidas pela CF/88 como substitutas do decreto-lei, as medidas provisórias em pouco tempo tornaram-se objeto de uma desaprovação generalizada, substituindo o decreto-lei também no papel de alvo preferencial dos críticos da atuação do Poder Executivo.

Como ressalta o professor Mariotti⁽⁵⁾ *"as críticas ao abuso na edição de medidas provisórias já não se limitam aos meios jurídicos, podendo ser rotineiramente encontradas em discursos parlamentares, em artigos jornalísticos, em notas de entidades representativas e até em panfletos variados"*.

Supremacia do Poder Legislativo

Verdadeira garantia da liberdade, representa princípio essencial do Federalismo, na medida em que tipifica a separação de poderes, sob o norte inspirador do princípio da legalidade.

As palavras do autor⁽⁶⁾ bem qualificam o nosso pensamento:

"A lei é entendida como a expressão por excelência do direito, e sua primazia é justificada por três razões principais: primeira, é a mais

(5) *Op. cit.*, p. 09.

(6) *Op. cit.*, p. 12.

importante manifestação do poder estatal, pois tanto os governantes como os juizes lhe devem obediência; segunda, é o único meio legítimo de limitar os direitos individuais, cuja preservação, de acordo com o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é o objetivo de toda sociedade política; terceira, são os próprios cidadãos que, por meio de seus representantes, estabelecem a lei, de forma que seu conteúdo justo está antecipadamente garantido, pois ninguém é injusto consigo mesmo."

Portanto, a primazia da lei carrega consigo, um componente político da mais alta significação, na medida em que sua fonte não é o soberano, mas o Parlamento, depositário da soberania popular.

Atividade Legislativa do Poder Executivo

Ainda segundo o professor citado, as normas jurídicas emanadas do Poder Executivo podem ser normas primárias ou normas secundárias. Aquelas são capazes de inovar originariamente a ordem jurídica, ou seja, atos equiparados à lei formal, como as medidas provisórias; estas se fundamentam na lei e não inovam originariamente a ordem jurídica, como os regulamentos subordinados (decretos regulamentares).

O autor refere-se a regulamentos subordinados para distingui-los dos regulamentos autônomos que, diferentemente, são normas primárias nos sistemas jurídicos que os admitem.

Contudo, salienta o autor, a produção de atos normativos primários pelo Executivo será sempre exceção, nunca regra, a menos que se prescinda inteiramente da separação dos poderes.

É aqui, seguindo o ensinamento de *Michel Temer*⁽⁷⁾, vale deixar bem claro: medida provisória não é lei, é ato que tem força de lei. Não é lei porque não é ato nascido no Poder Legislativo e submetido a um regime jurídico predeterminado na Constituição. Cria direitos e obrigações, também obriga, posto que é ato normativo excepcional, permitido pela Carta Maior.

O artigo 62 da Constituição Federal de 1988, até o advento da Emenda Constitucional n. 32, estava assim redigido:

"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não foram convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas deles decorrentes."

(7) TEMER, Michel. "Elementos de Direito Constitucional". 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

A vinculação com os decretos-lei é inevitável, não só porque ambos — medida provisória e decreto-lei — integram a categoria de atos legislativos de competência originária do Poder Executivo, mas também porque possuem inequívoca identidade na substância, não obstante as diferenças tópicas, que ora apresentamos, em sintático quadro:

| Decreto-Lei | Medida Provisória |
|---|--|
| a) vigência: 60 dias | a) vigência: 30 dias |
| b) ausência de manifestação do Congresso: aprovação por decurso de prazo | b) ausência de manifestação do Congresso: <i>rejeição tácita</i> |
| c) rejeição: efeitos <i>ex nunc</i> (validade dos atos praticados durante a vigência) | c) rejeição: perda da eficácia desde a edição, devendo o Congresso disciplinar as relações jurídicas |
| d) aprovação: vigência com o mesmo número | d) aprovação: conversão em lei |

Todavia, a disciplina das medidas provisórias é inovadora em relação ao Decreto-lei. Exige a Carta Magna a concorrência dos requisitos de relevância e urgência; não há limites materiais explícitos; convocação extraordinária do Congresso Nacional em caso de recesso; redução por metade do prazo de apreciação; perda da eficácia com efeito *ex tunc* no caso de rejeição, com disciplinamento das relações jurídicas pelo Congresso Nacional.

Além disso, não há vedação expressa à possibilidade da edição de Medidas Provisórias por Prefeitos e Governadores, jamais tendo o Supremo Tribunal Federal questionado a sua constitucionalidade enquanto espécie normativa, embora já tenha julgado o conteúdo de Medida Provisória emitida por Governador de Estado (ADIn 425-DF: LEX, JSTF 152/30 e ADIn 691-TO: RTJ 140/797).

Particularmente vislumbramos vedação implícita, presente na própria dicção do art. 62, que outorga a competência expressamente ao Presidente da República e não ao Chefe do Executivo (Estadual ou Municipal).

A nosso ver, a interpretação literal tem acolhida neste tema, por se tratar de emissão de ato normativo de natureza excepcional, cuja interpretação há de ser restritiva.

No Brasil há Constituições Estaduais que prevêm a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Governador do Estado (Acre, Tocantins e Santa Catarina); não tendo havido ainda manifestação da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de tal previsão.

Sobre os pressupostos constitucionais do decreto-lei ("casos de urgência e de interesse público relevante"), releva notar que o Supremo Tribunal Federal, na vigência das Constituições de 1967 e 1969, considerou que o Presidente da República exercia juízo discricionário, sujeito apenas ao controle político do Congresso Nacional.

No pertinente às medidas provisórias, afastou-se parcialmente dessa postura, considerando passíveis de apreciação judicial os pressupostos de relevância e urgência, em caso de abuso manifesto dessa discricionariedade conferida ao Presidente da República pelo Constituinte de 1988.

E não se trata de pressupostos alternativos. A referência constitucional é expressamente cumulativa — relevância e urgência —, sendo oportunas as palavras do professor Mariotti⁽⁸⁾, neste particular:

"Pois é certo que, independente de caracterizá-las como conceitos jurídicos indeterminados ou como balizas de poder discricionários, relevância e urgência são noções cuja verificação no mundo dos fatos é passível de ser determinada in concreto. Como preleciona Bandeira de Mello, "muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, indubitoso que existem. Aceita essa realidade, o controle jurisdicional poderá legitimamente restringir-se a afastar o juízo dos poderes políticos somente nas hipóteses de "certeza negativa", ou seja, quando a ausência de relevância e urgência estiver estreme de qualquer dúvida. Não é preciso, por certo, chegar ao extremo de exigir "arbitrio" ou "abuso manifesto"; basta que se verifique a ausência dos pressupostos de edição."

Com relação aos limites materiais, inexistentes explicitamente para as medidas provisórias até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 5, de 15.08.95, a situação alterou-se com a nova redação do § 2º do art. 25: ("Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulação"), restando patenteada de forma mais abrangente a partir das Emendas ns. 6 e 7, ambas de 15.08.95, as quais acrescentaram o art. 246, com a seguinte redação:

"Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995."

Como se vê, o Congresso Nacional fixou um marco temporal, a partir do qual tornaram-se insuscetíveis de regulamentação por medidas provisórias, quaisquer artigos modificados por emenda constitucional.

No que tange aos limites materiais implícitos, restou superada a controvérsia inicial quanto à existência e extensão destes, mormente até 1995, havendo hoje consenso doutrinário no sentido de que existem limites implícitos deduzidos do sistema constitucional. São eles: as matérias próprias das leis complementares, as matérias insuscetíveis de delegação e a matéria penal.

E as razões jurídicas podem ser sinteticamente apresentadas: as leis complementares receberam do Constituinte tratamento especial (*quorum*

(8) *Op. cit.*, p. 77.

de maioria absoluta), configurando reserva legal em sentido estrito; as matérias não suscetíveis de delegação estão taxativamente elencadas no § 1º do art. 68, expressando clara "reserva de parlamento"; a matéria penal acha-se igualmente incluída na "reserva" disposta no § 1º do art. 68, porquanto o direito de liberdade situa-se no bojo dos direitos individuais, não sendo passível de delegação, nos termos do inciso II do parágrafo referido.

Neste tópico, vale ressaltar que em matéria tributária, não obstante a acirrada controvérsia que se estabeleceu, a Corte Constitucional manteve-se firme no sentido de que acolher as medidas provisórias, inclusive para criar e majorar tributos, desde que respeitado o princípio de anterioridade e não exigida a veiculação por lei complementar.

Aspecto importante diz respeito à manifestação do Congresso Nacional, que na lição de Mariotti⁽⁹⁾, abrange tanto os aspectos políticos como os jurídicos, cabendo-lhe formular novos juízos sobre os pressupostos de relevância e urgência e sobre o conteúdo da medida provisória.

Desse absoluto domínio parlamentar, a partir da sua edição, decorre a impossibilidade de ser retirada a medida provisória pelo Presidente da República, bem assim ser reeditada uma que tenha sido rejeitada.

De acordo com as normas regimentais do Congresso Nacional (Resolução n.1, de 1989), a aprovação do texto original com modificações, implica no envio do projeto de lei de conversão à sanção do Presidente da República e no caso de aprovação sem modificação, o projeto é encaminhado ao Presidente para simples publicação como lei.

O mecanismo de reedição, de seu lado, é costumeiramente acionado pelo Presidente da República, a fim de manter em vigor a medida provisória até que o Congresso Nacional se pronuncie, exatamente porque ultrapassado o trintídio legal, ocorre a ineficácia *ex tunc* da medida.

Como observa o autor mencionado⁽¹⁰⁾, o vocábulo "reedição", de uso freqüente, transmite uma noção inexata do que realmente ocorre, eis que o *prolongamento temporal que se alcança não se dá por reedição da anterior, mas por edição de nova medida provisória com o mesmo conteúdo normativo, considerando que o prazo de vigência da medida é peremptório, não ensejando prorrogação de qualquer espécie.*

No que respeita à hipótese de simples transcurso *in albis* do prazo constitucional, a jurisprudência da Corte Excelsa passou em lados opostos, primeiramente equiparando as hipóteses de rejeição e simples transcurso (e de consequência julgando prejudicadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra Medidas Provisórias, mesmo que reeditadas) e, mais recentemente, admitindo a reedição, tem negado sistematicamente qualquer ofensa às prerrogativas do Congresso Nacional.

(9) *Op. cit.*, p. 89.

(10) *Op. cit.*, p. 93.

Medidas Provisórias e o Controle de Constitucionalidade

As medidas provisórias como atos legislativos de natureza geral e abstrata são passíveis de controle de constitucionalidade, tanto no controle concentrado quanto no difuso, não havendo dissenso sobre a fiscalização jurisdicional.

Neste âmbito, releva notar que o STF tem permitido o aditamento da ação direta de inconstitucionalidade para acolhimento da medida provisória reeditada, desde que haja identidade substancial de ambas, extinguindo a ação, em contrapartida, quando se tratar de reedição não configuradora de identidade entre as medidas.

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 32

Finalmente chegamos ao objeto precípuo das nossas impressões.

Promulgada no dia 11 de setembro do corrente ano, a Emenda Constitucional n. 32, como já dissemos, introduziu graves modificações na sistemática legal regente das medidas provisórias.

Primeiramente vale lembrar que a EC n. 32 não somente alterou o regime jurídico das medidas provisórias (art. 62/CF), mas igualmente alterou vários dispositivos constitucionais (arts. 48, 57, 61, 64, 66, 84, 88 e 246), alheios ao tema aqui abordado, excetuadas as disposições pertinentes aos arts. 57 e 246 referenciados.

A Emenda Constitucional n. 32 tem 3 (três) artigos, sendo que o art. 1º engloba as alterações implementadas nos artigos mencionados, o art. 2º mantém em vigor as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da presente Emenda, e o art. 3º cuida da entrada em vigor da Emenda na data da sua publicação (11.09.01).

Vamos aos comentários peculiares ao nosso tema:

“Art. 57.....”

§ 7º Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao subsídio mensal.”

Como se denota, há novo comando constitucional derivado da Emenda em comento, pelo qual as medidas provisórias pendentes de apreciação parlamentar, passam a estar incluídas automaticamente na pauta de convocação extraordinária, independentemente de qual autoridade partiu o chamamento excepcional.

A disposição é salutar na medida em que possibilita a apreciação pelo Parlamento de ato normativo provisório, de natureza excepcional, que se acha em vigência e do qual derivam relações jurídicas com força de lei.

"Art. 62....."

A nova redação do art. 62, especificada adiante, surge agora com 12 (doze) parágrafos, que demonstram, já à primeira vista, a preocupação dos Congressistas com o instituto das medidas provisórias, tantas vezes objeto de delongadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

E a nosso ver, não serão os doze parágrafos capazes de estancar ou ao menos minimizar o porte das controvérsias. Ao que tudo indica, veremos novos embates, não só porque a seara é fértil, mas porque o disciplinamento tem de corresponder às expectativas da sociedade no particular, considerando a excepcionalidade da medida e o seu potencial de insegurança no bojo do sistema jurídico pátrio.

"Art. 62. *Caput*

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."

O *caput* traz apenas alteração de redação, visto que o complemento relativo ao Congresso Nacional foi deslocado para um parágrafo específico, estando previsto no § 3º adiante comentado.

"Art. 62, § 1º, inciso I, letra a

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I — relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;"

A vedação à edição de medidas provisórias sobre determinadas matérias (§ 1º) foi sem dúvida um avanço, mormente porque nenhuma limitação material explícita continha o Texto Constitucional de 1988 até o advento da EC n. 5, de 1995.

Trata-se pois da observância do art. 68 da Constituição Federal, que trata das leis delegadas, bem assim das matérias não suscetíveis de delegação, nos termos do § 1º e seus incisos:

"Art. 68. As leis delegadas são serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados o do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial há muito acha-se pacificado sobre a impossibilidade de edição de medida provisória relativa às matérias elencadas no art. 68 da Constituição Federal, posto que não teria sentido excluir determinada matéria da elaboração pelo Presidente da República e, por via oblíqua, permitir a sua regulação por ato excepcional de medida provisória.

O contra-senso seria flagrantemente inconstitucional.

Contudo, há observações a serem feitas.

Com relação à cidadania, a doutrina apresenta duas concepções: a) cidadania em sentido estrito é o direito de participar da vida política do país. É a qualidade própria do cidadão no gozo de direitos políticos; b) cidadania em sentido amplo é o efetivo gozo dos direitos previstos no Texto Constitucional. Nesse sentido, os nacionais identificam-se com os cidadãos do Estado. Trata-se de utilização política do termo.

Pensamos que o legislador não pretendeu dar conotação ampla ao vocábulo, posto que os direitos fundamentais do nacional situam-se no Título II da Constituição Federal, hipótese em que bastaria mencionar a expressão "direitos e garantias fundamentais", que envolvem, como sabemos os 5 (cinco) primeiros capítulos da Carta de 1988.

Ainda com relação à letra a, percebe-se que a nova disposição constitucional subtraiu a expressão "direitos individuais", constante do inciso II do art. 68/CF, o que significa que permanece com o Presidente da República a disposição discricionária de editar medidas provisórias sobre direitos individuais.

O contra-senso aqui é expressamente autorizado pelo Congresso Nacional, que produziu a Emenda Constitucional em apreço.

A redação do disposto na letra a pouco modifica o âmbito material do regime anterior.

"Art. 62, letra b

b) direito penal, processual penal e processual civil,"

A letra b espelha a orientação do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao direito penal, já esboçado linhas atrás, nada mais fazendo do que respeitar a Constituição, tendo em vista a competência da União de legislar sobre direito processual.

Afinal, legislar é tarefa precípua do órgão legislador, ou seja, o Poder Legislativo.

De outro turno, já passava da hora do Congresso Nacional dar um basta à insegurança jurídica gerada por medidas provisórias de cunho processual.

Doravante, esperamos não mais sermos surpreendidos por medidas provisórias alterando prazos para embargos da Fazenda Pública, impedindo liminares proferidas por Juízes de primeiro grau, sobrestando o andamento de ações coletivas, concentrando poderes na figura do Advogado-

Geral da União, proibindo o acesso à justiça de forma coletiva por associações, sindicatos e do Ministério Público quando as ações tratarem de FGTS, contribuições previdenciárias e outros tributos.

"Art. 62, letra c

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;"

A norma em referência, como não poderia deixar de ser, prestigia a independência dos poderes da República, sendo de todo inconstitucional a edição de medida provisória em matéria de organização do Poder Judiciário e do Ministério Público em face dos arts. 2º, 99 e 127, § 2º da Constituição Federal.

A disposição acima busca igualmente a sintonia com o art. 68/CF.

"Art. 62, letra d

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;"

O artigo 165 da CF/88 tem a seguinte redação:

"Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I — o plano plurianual;

II — as diretrizes orçamentárias;

III — os orçamentos anuais."

Como se vê, o Legislador Constituinte outorgou a iniciativa destas leis ao Poder Executivo, ou seja, ao Presidente da República (art. 166, § 5º), que deverá enviar os projetos de leis para apreciação pelas duas Casas do Congresso Nacional (art. 166, *caput*), sendo inconstitucional, portanto, o manejo de medida provisória para o exercício da iniciativa constitucionalmente outorgada.

Aqui também a nova redação buscou estabelecer compatibilidade com o art. 68 acima referido.

"Art. 62, inciso II

II — que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;"

A norma visa a observância do princípio esculpido no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, porquanto ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Inadmissível as claras a edição de medida provisória com este objeto e, com relação à poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro, ressurge a competência privativa da União para legislar, evidentemente dentro do processo legislativo regular.

"Art. 62, inciso III

III — reservada à lei complementar;"

A matéria reservada à lei complementar, há muito considerada como limitação constitucional implícita, configura reserva legal em sentido estrito, não sendo passível de regulação por medida provisória, em atendimento ao disposto no art. 68 da CF.

“Art. 62, inciso IV

IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Matéria pendente de sanção ou veto do Presidente da República não é suscetível de medida provisória. Parece-nos até despietada a nova regra, eis que a regulação de matéria já submetida ao processo legislativo, restando tão apenas o veto (ou sanção) presidencial, significaria grave afronta ao Poder incumbido da elaboração das leis.

Além disso, o projeto de lei estaria de qualquer forma na iminência de ser concluído (art. 66 e parágrafos da CF), o que afasta por si só a presença de um dos pressupostos de edição da medida provisória (urgência).

“Art. 62, § 2º

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.”

O parágrafo em questão pertine à matéria tributária. Como já enfatizado em linhas passadas, o STF sedimentou entendimento favorável à edição de medida provisória no âmbito do direito tributário, razão pela qual a disposição em tela apenas patenteia a jurisprudência excelsa, respeitado o princípio da anterioridade, qualificado pela conversão em lei até o último dia daquele em que foi editada.

“Art. 62, § 3º

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.”

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”

A disposição contida no § 3º deixa claro que a medida provisória perde eficácia no prazo de 120 dias (vigência de sessenta dias, prorrogável), se não convertida em lei, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12.

A ressalva dá a entender que havendo a incidência do § 11 e do § 12 não ocorre a perda da eficácia da medida provisória.

Contudo, a redação dos §§ 10 e 11 caminham noutro sentido, pois que falam em rejeição ou perda da eficácia da medida provisória, não obstante continuar a reger as relações jurídicas e os atos praticados durante a sua vigência.

A situação parece-nos temerária.

Visando respaldar a morosidade do Congresso Nacional, que não edita o decreto legislativo disciplinador das relações jurídicas no prazo de 60 dias contados da rejeição ou perda de eficácia da medida provisória, determina a regência da medida para aquelas relações, embora não mais eficaz como ato normativo. É a vigência de um ato normativo ineficaz.

Noutras palavras, conserva os efeitos de uma medida provisória não mais aplicável desde o seu nascedouro.

Imagine-se uma Medida Provisória que autoriza o desmatamento de 80% das matas ciliares hoje existentes no país. Após 120 dias perde a sua eficácia desde a edição (por rejeição ou inação), quando já devastadas grandes áreas pelos proprietários de terras.

Não editado o decreto legislativo no prazo de 60 dias (180 dias da edição), os fatos consolidados permanecem regidos pela medida provisória não mais vigente desde a sua emissão.

E se a medida provisória nada regulamentou acerca dos efeitos decorrentes do seu comando legal?

E os prejuízos para o meio ambiente?

Qual é a responsabilidade do Presidente da República pelo uso indevido de medidas provisórias?

O simples exemplo serve para a nossa reflexão permanente acerca da prerrogativa legal conferida ao Poder Executivo para editar normas.

O parágrafo em questão também coloca como ressalva o disposto no § 12 da Emenda.

A redação do parágrafo, a meu ver mal formulada, pode suscitar a noção de que manter-se-ia em vigor a medida, independente do prazo de 60 ou 120 dias.

É evidente que deve prevalecer o disposto no § 3º desta Emenda, que outorga às medidas provisórias vigência de 60 dias, prorrogável por mais 60, se antes não for sancionado ou vetado o projeto de lei.

"Art. 62, § 4º

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional."

A suspensão do prazo de vigência de 60 dias durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, não se coaduna com os pressupostos

constitucionais autorizadores da emissão da medida provisória (relevância e urgência) e mostra-se incoerente com o próprio § 6º da Emenda, que determina o regime de urgência para a apreciação do Congresso Nacional, após 45 dias de tramitação.

"Art. 62, § 5º

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais."

O parágrafo enfoca a competência do Congresso Nacional para apreciar previamente o atendimento dos pressupostos constitucionais, de conformidade com o estatuído no art. 6º da Resolução n. 1, de 1989-CN, publicada no Diário do Congresso Nacional de 03.05.89.

"Art. 62, § 6º

§ 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."

A medida provisória só entra em regime de urgência após 45 dias de tramitação no Congresso.

Pergunta-se: Por que somente após 45 dias?

Medida Provisória é ato normativo expedido por força de circunstância de excepcional relevância e urgência, cuja decisão pelo Poder Executivo tem de ser tomada imediatamente. É ato legal, mas de vigência temporária.

O elemento "urgência" é pressuposto de expedição e componente de seu conteúdo material, pelo que não se justifica a tramitação em regime normal.

"Art. 62, § 7º

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional."

A disposição não diz se a prorrogação opera automaticamente uma vez não encerrada a votação nas duas Casas do Congresso Nacional ou depende de reedição pelo Presidente da República.

Entendemos que a prorrogação é automática posto que em se tratando de medida legislativa de exceção, melhor se compatibiliza com a interpretação restritiva, inibidora de desnecessárias e morosas comunicações entre os poderes.

"Art. 62, § 8º

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados."

O início da votação na Câmara dos Deputados segue a linha adotada pelo Constituinte de 1988 (art. 64, *caput*), a partir da iniciativa dos projetos de lei pelos Poderes Executivo e Judiciário.

"Art. 62, § 9º

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional."

A nosso ver, a apreciação nas Casas do Congresso em sessão separada, não tem razão de ser. Deveria constar prazo de 10 dias para a Comissão Mista apresentar o seu parecer e a sessão do Congresso Nacional ser conjunta, em regime de urgência, de modo a evitar a prorrogação.

Não se pode esquecer que a medida provisória é ato normativo de caráter excepcional, cujo comando e efeitos jurídicos devem ser apreciados pelo Poder Legislativo incumbido desse mister.

"Art. 62, § 10

§ 10. É vedada a reedição na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo."

A disposição constitucional confirma o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da vedação à reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada, vedando por igual para aquela que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

O parágrafo é salutar uma vez que impede a "farrá" das reedições, diante da inação do Congresso Nacional.

Entretanto, perderam os Congressistas boa oportunidade para estancar definitivamente as reedições costumeiras, tendo em vista que o Presidente da República pode, na próxima sessão legislativa, reeditar o mesmo ato excepcional.

Realmente não se pode entender porque os membros do Congresso Nacional, representantes do povo, permitem que o Poder Executivo volte a reeditar uma medida de exceção por eles rejeitada.

De que adianta rejeitar uma medida provisória se ela pode ser reeditada no "próximo ano".

Ainda que se vislumbre a eventual presença de outros motivos justificadores de edição na sessão seguinte, a reedição traduz ofensa à autoridade do Poder Legislativo.

Se o objetivo era não retirar do Executivo a possibilidade futura de emitir ato legislativo com o mesmo conteúdo, em face da eventual presença dos pressupostos constitucionais, que isto se faça por edição de nova medida provisória e não por reedição daquela.

"Art. 62, §§ 11 e 12

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto."

Parágrafos já abordados nos comentários ao § 3º acima.

"Art. 246

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive."

Artigo já enfocado neste trabalho, o qual recebeu nova redação pela presente Emenda Constitucional.

A vedação de medida provisória na regulação de artigo da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por emenda, já vinha de encontro entendimento pacífico sobre o tema, agora sedimentado pela norma específica (art. 246/CF).

"Art. 2º (da Emenda Constitucional n. 32)

"Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional."

A nova disposição constitucional no primeiro momento causa indignação. Logo a seguir percebe-se que no campo político os limites éticos e jurídicos são irrelevantes, não autorizam nem desautorizam coisa alguma.

Pela redação promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal, verifica-se com certa facilidade que a negociação política envolveu, de um lado, a possibilidade do Presidente da República revogar ou não quaisquer das inúmeras Medidas Provisórias em vigor, e de outro lado, a disposição do Congresso Nacional em deliberar ou não, definitivamente, quaisquer daqueles atos normativos.

Em conclusão, depreende-se que a vontade das partes envolvidas (Presidente da República e Congresso Nacional) foi dar definitividade ao que era provisório, dependendo do interesse de cada qual e do eventual acerto político sobre o objeto de medida provisória em vigência.

Só não sabemos aonde está a vontade do povo.

CONCLUSÃO

As Constituições modernas, sem abrir mão do princípio da separação de poderes, freqüentemente dotam o Poder Executivo de instrumentos legislativos.

Conquanto não se passa descurar das conseqüências da transição do Estado de Direito do modelo liberal adotado no século XIX para modelo social que caracteriza o século XX, o fato é que a dinâmica do mundo moderno exige uma participação cêlere do Estado atual, gestor e jogador, que gerencia, garante as regras do jogo e joga, numa constante atividade de agente de transformação social e econômica.

Como diz Mariotti⁽¹¹⁾ “se no século XIX, sua principal tarefa era estabelecer as regras de convivência social e assegurar a sua observância, garantindo ao indivíduo espaço livre para a perseguição da própria felicidade, no século XX esta felicidade passa a ser, em grande medida, ônus público.”

O fato é que na realidade atual a demanda legislativa é tal que os Parlamentos não têm conseguido produzir legislação em espaços reduzidos, possibilitando o deslocamento de parcela da função legislativa para o Poder Executivo.

Por outro lado, o legislador solitário corre sempre o risco de cometer maiores arbitrariedades e errar, como nos lembra Ives Gandra Martins⁽¹²⁾.

E não é sem razão que o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁽¹³⁾, em recente Encontro Nacional, afirmou que a medida provisória é no Brasil o instituto que mais afeta o princípio da segurança jurídica.

De seu lado, a Dra. Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, Procuradora-Regional da República na 3ª Região, chega a ironizar a conotação dada pelo Executivo Federal aos pressupostos de relevância e urgência, após apresentar o número de medidas provisórias editadas e reeditadas nos dois últimos mandatos presidenciais — 4.158.

Neste número fariamos pequena alteração: não são 4.158 mas 5.295, conforme publicado no jornal Folha de S. Paulo de 07.09.01 (p. A4), que igualmente informa a edição de 10 (dez) medidas provisórias às vésperas da Emenda Constitucional n. 32, promulgada quatro dias depois.

Estamos convencidos de que o Congresso Nacional perdeu uma grande oportunidade de disciplinar convenientemente a questão das medidas provisórias, permitindo-as tão-somente em determinadas hipóteses cuidadosamente discutidas, de modo a não inviabilizar a ação do governo e, de outro lado, vedando definitivamente a sua edição, que permanece praticamente ilimitada.

(11) *Op. cit.*, p. 18.

(12) MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Comentários à Constituição do Brasil”. São Paulo: Saraiva, 1999, 4ª vol. p. 476.

(13) 9º Encontro de Direito Constitucional & 1º Congresso de Constitucionalistas do Mercosul.

A Emenda Constitucional n. 32, na verdade, serviu apenas e tão apenas para dar uma satisfação à sociedade quanto ao seu anseio de ver estabelecidos determinados limites à edição de medidas provisórias, ao tempo em que encampou a jurisprudência já sedimentada relativa aos limites materiais explícitos e implícitos.

Mas foi só. As portas continuam abertas para o ímpeto legiferante do Presidente da República, com a complacência e autorização expressa do Congresso Nacional, expedidor da Emenda Constitucional referenciada.

Mais do que comprometer o princípio da independência dos poderes, a postura dos nossos parlamentares fomenta o descrédito nas instituições e dificulta sobremaneira o cumprimento de todo o conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico nacional.