

A NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

CLEUSA APARECIDA DA COSTA MAIA¹

GENEVIEVE ALINE ZAFFANI GRABLAUSKAS GOMES²

RESUMO

O artigo aborda a controvertida natureza jurídica da medida provisória, que não encontra consenso na doutrina, por mesclar procedimentos de ordem administrativa e legislativa, pois, apesar de ser ato de competência originária do chefe do Poder Executivo, tem força de lei, figurando como espécie normativa no art. 59 da Constituição Federal. De qualquer forma, depende da aprovação do Poder Legislativo para se estabelecer como lei, pois sua vigência até então é precária. Nossa proposta é trazer à colação os vários posicionamentos doutrinários acerca do tema e, ao final, apresentar a classificação que, sob nossa ótica, melhor se adequa à medida provisória.

Palavras-chave: função atípica; medida provisória; natureza jurídica.

¹ Procuradora Nível VI do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da Universidade Bandeirante Anhanguera, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito Constitucional.

² Procuradora Nível III do Município de Diadema, Especialista em Direito Municipal e Políticas Públicas.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	03
2. MEDIDA PROVISÓRIA:- FUNÇÃO ATÍPICA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.....	06
2.1. Atuação do Executivo no Processo de Elaboração da Lei.....	08
2.2. Atividades Normativas Primárias do Chefe do Poder Executivo.....	09
3. A MEDIDA PROVISÓRIA.....	13
4. PRESSUPOSTOS PARA A EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA.....	15
5. MOTIVAÇÃO DA MEDIDA.....	19
6. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA.....	21
7. CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	28

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A medida provisória é instrumento inserido no sistema constitucional brasileiro através da atual Constituição Federal que, em seu artigo 62, possibilita ao Presidente da República expedi-la, quando diante de situações excepcionais, tidas como relevantes e urgentes, e que não possam ser resolvidas através de outros mecanismos jurídicos. Tem força de lei, mas do ponto de vista formal não é lei, pois não advém do Poder Legislativo, este só a apreciará depois de editada, cabendo-lhe convertê-la em lei ou rejeitá-la.

É aparentada do decreto-lei, que vigorou nas Constituições brasileiras de 1.937 e 1.967. Foi facilmente assimilada pelo Poder Executivo que, sem muito critério, passou a editá-la de forma crescente, desatento aos pressupostos da relevância e urgência, justificadores do exercício da função atípica que tal medida configura.

Consoante dispositivo constitucional, a medida provisória deve ser submetida de imediato à apreciação do Congresso Nacional. Originariamente, fixou o prazo de 30 dias para a vigência da medida, após o qual perderia sua eficácia, alterado posteriormente com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

Ocorre que, na prática, o delineamento constitucional dado ao instituto não foi observado e o que se viu foi a edição aleatória de medidas provisórias, que, não apreciadas pelo Congresso Nacional no prazo estabelecido, passaram a ser reeditadas tantas vezes fossem necessárias para que se mantivessem produzindo efeitos no mundo jurídico.

Registre-se que, a figura das constantes reedições das medidas provisórias não encontra supedâneo constitucional, surgindo simplesmente como um expediente a manter perenes normas cuja vigência é de caráter transitório.

Como não poderia deixar de ser, a postura adotada na utilização das medidas provisórias, às avessas do expressado pelo legislador constituinte, gerou críticas e repúdio por parte de vários segmentos da sociedade, notadamente da Ordem dos Advogados do Brasil³ que, atentos ao Estado democrático de direito e ao princípio da separação dos poderes, preconizados, respectivamente, nos artigos 1º e 2º da Lei Maior, não se mantiveram silentes.

O Congresso Nacional, pressionado pelos reclamos da comunidade jurídica e pela reprovação geral, em 11 de setembro de 2001, promulgou a Emenda Constitucional nº 32, que trouxe importantes mudanças no texto original do art. 62 da Constituição Federal, entre outras, restringindo o campo material e o prazo de vigência das medidas provisórias.

Apesar das insistentes críticas à espécie normativa em comento, havendo inclusive posicionamentos no sentido de extirpá-la definitivamente do ordenamento jurídico, parece-nos não ser esta a solução mais acertada, pois é fato que situações excepcionais e relevantes, que exijam medidas céleres para debelá-las ou amenizá-las, irrompem, e, na hipótese, não faz sentido e não seria razoável que o Chefe Maior do Estado fosse mantido de “mãos atadas”.

³ Merece destaque a participação incisiva da Ordem dos Advogados do Brasil na campanha pela limitação das medidas provisórias, pontificada por célebre discurso proferido pelo seu presidente, Rubens Appabato, na solenidade de posse do Ministro Marco Aurélio de Mello na presidência do Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, há a necessidade de se entender o que deu errado com esse importante instrumento e buscar soluções. Sob nossa ótica, o equívoco não está no Texto Constitucional, pois a vontade do legislador constituinte restou clara, o desvirtuamento reside no momento em que a norma é posta em prática.

Falta *vontade de Constituição*, mencionada por Konrad Hesse desde os idos de 1.959⁴, pois os comandos da Constituição de um país só adquirem força normativa na medida em que lograr realizar essa pretensão de eficácia.

O tema é rico e envolve vários aspectos polêmicos. Contudo, este artigo estará restrito à abordagem da controvertida natureza jurídica da medida provisória, que tem recebido especial atenção da doutrina, que aponta posicionamentos diversificados ao classificá-la. O estudo será feito por compilação, para, ao final, assumirmos posição que, sob nossa ótica, melhor se afina ao emblemático instituto.

⁴ Em discurso proferido em aula inaugural na Universidade de Freiburg – RFA, em 1.959, o Professor Konrad Hesse destaca a chamada *vontade de Constituição*, orientando que:- “pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*” – (**A Força Normativa da Constituição**, p. 19).

2. MEDIDA PROVISÓRIA: FUNÇÃO ATÍPICA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

A teoria da divisão das funções estatais postula impedir o arbítrio do Estado. Tem por finalidade, entre outras, a separação da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, para que só o Legislativo, por ser composto por legítimos representantes do povo para ditar as normas gerais de conduta dos governantes e dos governados, crie as leis.

Cabe aqui um esclarecimento no sentido de que o chefe do Poder Executivo ao assumir seu cargo também o faz legitimado pelo povo, porém a distinção está no fato de que os integrantes do legislativo estão aptos a desenvolver a atividade legislativa – originar leis – e é especificamente para esta função que se candidatam e são escolhidos; o Executivo por sua vez se propõe a administrar o Estado – exercer a chefia de Estado e de Governo (sistema presidencialista) - e para este fim é que o povo, via eleições diretas e através do sistema majoritário, o escolhe, não podendo tais atribuições ser confundidas.

A função legislativa sempre assumiu papel de destaque, afinal de contas as leis revelam a vontade do povo e traçam a conduta do homem e do Estado, que a elas se subsumem. Também o exercício das demais funções: administrativa e jurisdicional estão atreladas ao que as leis prescrevem.

Alexandre Mariotti, após afirmar que a lei é a expressão por excelência do direito, justifica sua primazia em três razões: *(I) por ser a mais importante manifestação do poder estatal, pois tanto os governantes como os juízes lhe devem obediência; (II) é o único meio legítimo de limitar os direitos individuais, cuja preservação é o objetivo de toda sociedade política; (III) 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*⁵.

Também John Locke, textualmente, reconhece o destaque do Poder Legislativo, afirmando que: “Num Estado bem constituído, que subsiste por si mesmo e age de acordo com sua natureza, isto é, para a salvaguarda da comunidade, só há certamente um poder supremo – o poder legislativo”⁶.

Esta conotação de relativa supremacia do poder legislativo levou, quando de sua construção, à idéia de sua total indelegabilidade. Nesse sentido destacamos: “E tão relevante era tida a função legislativa, na teoria da tripartição dos poderes, que esta também tinha por princípio a sua absoluta indelegabilidade. Confiado o poder de fazer as leis pelo povo a delegados de sua escolha, estes jamais poderiam, de modo algum, delegar a outrem este poder, que lhes fora confiado. A delegação de função legislativa ao monarca seria considerada uma espécie de burla ao princípio da separação dos poderes. Seria o mesmo que devolver ao monarca os poderes de que ele abusou e por isso lhe foram negados pelo povo, o legítimo titular desse poder, outorgando-o a uma Assembléia, para que esta até dispusesse de instrumentos hábeis para fiscalizar os atos do monarca. A delegação seria considerada, portanto, como uma traição ao titular do poder de legislar, ou seja, o povo”⁷.

Assim, somente a ordem emanada do Parlamento, porque considerado como legítimo representante dos destinatários dessa ordem e detentor dos mecanismos

⁵ **Medidas provisórias**, p. 12.

⁶ *Apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Do processo legislativo**, 4ª ed. atualizada, p. 117.

⁷ *Cf.* Brasilino Pereira dos Santos, *in* **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**, p. 27.

técnicos⁸ para tal fim, é que vincula. Esta é a assertiva oriunda da formulação original de Montesquieu, que, com o passar do tempo sofreu alterações.

A flexibilização ocorrida no modelo inicial conduz a que, excepcionalmente, vários sistemas estatais - não só o brasileiro - admita a atuação legiferante do chefe do Executivo, sem, contudo, atingir a tripartição das funções Estatais.

No Brasil, a competência normativa do Poder Executivo, no sistema da separação das funções estatais, constitui função atípica, e se dá por expressa determinação constitucional, operando-se de duas maneiras:- (I) intervindo no processo de elaboração da lei ou (II) elaborando diretamente o ato normativo.

2.1. Atuação do Executivo no Processo de Elaboração da Lei

A intervenção no processo legislativo não significa propriamente o desempenho de atividade legislativa, porquanto o Executivo não elabora a norma primária, apenas contribui para a formação desta, participando de fases do procedimento de sua elaboração. Traduz-se na participação no curso do processo legislativo, sem implicar a retirada da competência de elaboração do preceito de alçada do legislativo⁹.

O processo de elaboração de uma lei é dotado de várias etapas, e no desenrolar dessa seqüência de atos é que o Poder Executivo, em algumas fases, por expressa autorização constitucional, intervém.

⁸ César A. Quintero, ao tecer crítica técnica sobre a função legislativa do Executivo argumenta que: “Por outra parte, a técnica da lei exige não só sabedoria e conhecimento do tipo individual; exige também discussão, troca de opinião, conciliação de pontos de vista, harmonização de interesses e pareceres. A lei, pois, dificilmente surge como mandato exclusivo de uma pessoa. Pelo contrário, quase sempre é o resultado de um concurso de múltiplas vontades. Só excepcionalmente a lei é obra exclusiva de um indivíduo, o normal é que seja produto de vários” (**Los decretos con valor de ley**, p. 200). No original: “*Por otra parte, la técnica de la ley no sólo exige sabiduría y conocimientos de tipo individual; exige también discusión, cambios de opinión, conciliación de encontrados puntos de vista, armonización de intereses y pareceres. La ley, pues, difícilmente surge como mandato exclusivo de una persona. Por el contrario, suele casi siempre ser el resultado de un concurso de múltiples voluntades. Sólo excepcionalmente la ley es obra exclusiva de un individuo; lo normal es que sea el producto de varios*”.

⁹ Cf. Edilson Pereira Nobre Júnior, *in Medidas provisórias – controles legislativo e jurisdicional*, p. 66.

Assim, a Constituição Federal de 1988 atribui, com exclusividade, ao Executivo, a *iniciativa* de algumas matérias, relacionadas no art. 61, § 1º, incisos I e II, alíneas “a” até “f”.

Por força do art. 66 da Constituição Federal é permitido ao Executivo manifestar-se sobre o projeto de lei, através do *veto* ou da *sanção*. Como bem destacado por Clèmerson Merlin Clève “a vontade do Executivo exteriorizada neste momento pode determinar a sorte da produção legislativa”¹⁰.

Também, compete ao Presidente da República “sancionar, *promulgar* e fazer *publicar* as leis (...)”, *ex vi* do art. 84, inc. IV, da Constituição Federal.

Decorre como conclusão do exposto, que no processo de criação da lei, ato típico do Legislativo, é possível a intervenção – atípica - do Poder Executivo, em decorrência de permissivo constitucional. Essa interferência se dá nos seguintes momentos: iniciativa, veto ou sanção, promulgação e publicação da lei.

2.2. Atividades Normativas Primárias do Chefe do Poder Executivo

No sistema vigente, a atuação direta do chefe do Poder Executivo na atividade legiferante decorre da Constituição. Duas são as hipóteses possíveis de criação de uma espécie normativa pelo Poder Executivo:- a lei delegada, prevista no artigo 68, e a medida provisória, inserta no artigo 62, ambos da CF.

Apesar de constituírem espécies normativas oriundas da atuação direta do Poder Executivo, o nascedouro das referidas normas é diferente, pois a lei delegada decorre, como o próprio nome sugere, de uma delegação expressa, via Resolução, da Casa Legislativa, sofrendo, de certa forma, o controle parlamentar prévio.

¹⁰ **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 111.

A Resolução definirá os contornos da futura lei, dispondo, inclusive, se a mesma deverá ou não ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, o que se fará em sessão única, vedada qualquer emenda (art. 68, § 3º, da CF).

Já a medida provisória decorre de competência própria do chefe do Poder Executivo conferida pelo artigo 84, inciso XXVI da Constituição Federal, que estabelece:- “*Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXVI – editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62*”.

As leis delegadas e as medidas provisórias são atividades normativas primárias, porém a primeira decorre de uma delegação e a segunda de uma atribuição ao chefe do Executivo¹¹.

Normas primárias são atos normativos equiparados formalmente à lei de origem parlamentar, e, portanto, igualmente capazes de inovar a ordem jurídica¹². ” (...) São ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição”¹³.

¹¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao se reportar à medida provisória assevera que: “É ela um típico ato normativo primário e geral. Edita-o o Presidente no exercício de uma competência constitucional, de uma competência que, insista-se, lhe vem diretamente da Constituição. Manifesta assim a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação” (**Do processo legislativo**, 4ª ed., p.231) . No mesmo sentido, se posiciona Franco Modugno ao se reportar aos *decreti-legge* : “Não pode haver dúvida que os decretos-lei são expressões de uma autoridade normativa primária ou de um poder normativo primário” No original em língua italiana: “*Non vi può essere dubbio che i decreti-legge siano espressione di una potestà normativa primaria, ossia quodammodo equiparata alla potestà legislativa primaria*” (**Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto**, p. 53). Também, a doutrina espanhola em relação ao *decreto-ley*: “(...) o Governo exerce um poder próprio, sujeito sem dúvida a limites, porém não fruto de uma delegação, nem sequer sujeito a uma delegação prévia (...)”. O original em língua espanhola tem o seguinte teor:” (...) *el Gobierno ejerce un poder propio, sujeto sin duda a límites, pero no fruto de una delegación, ni siquiera sujeto a una autorización previa.*” (Ignácio de Otto, **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**, p. 193).

¹² Cf. Alexandre Mariotti, in **Medidas provisórias**, p. 25.

¹³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Do processo legislativo**, 4ª ed. atual., p. 203.

Feitas essas breves considerações sobre as espécies normativas de criação do Executivo, cabe registrar que este estudo se fixará na medida provisória.

A medida provisória, como já dito, encontra supedâneo constitucional para sua edição, porém figura como função atípica do chefe do Poder Executivo.

Tratando-se de atividade atípica, e em respeito ao princípio da separação dos poderes, o legislador constituinte se acautelou ao admitir a medida provisória, apenas *em caso de relevância e urgência*.

Destarte, podemos afirmar que, em relação à medida provisória, a relevância do princípio da separação dos poderes se mostra presente no Texto constitucional, pois há a delimitação da atuação do Executivo no uso desse instrumento excepcional (aprimorado com a edição da Emenda Constitucional nº 032/01).

Em que pese este fato, a utilização da medida provisória mostrou-se problemática, pois, na prática, resultou reconhecidamente desvirtuada.

A letra da Lei mostrou-se mecanismo frágil e insuficiente para conter a avalanche de medidas provisórias, comumente não fulcradas nos pressupostos que as legitimam.

Essa situação nos remete às idéias de Ferdinand Lassalle que, em sua obra, *Essência da Constituição*, apresenta dois tipos de Constituições, uma que ele denominou de *Constituição real e efetiva* – que seria aquela integralizada pelos fatores reais do poder que regem a sociedade – e a outra chamada de *Constituição escrita*. Para ele, onde a Constituição escrita não corresponder à realidade, irrompe um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a *folha de papel* - Constituição escrita – sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças do

país. Para ele constitui fatores reais do poder o conjunto de forças que atuam politicamente com base na lei (na Constituição).

Estabelece-se, a partir do momento em que isso começa a acontecer, uma relação de concorrência no exercício da função legislativa entre Administração e Parlamento que relega ao plano puramente teórico o monopólio parlamentar preconizado pela interpretação ortodoxa da doutrina da separação de poderes¹⁴.

Há de se ter claro que em um Estado onde a separação dos poderes constitui vigamestra de sua estrutura, a atividade normativa primária de atribuição do Poder Executivo deve configurar exceção, jamais regra.

¹⁴ Cf. Alexandre Mariotti, *in* **Medidas provisórias**, p. 26.

3. A MEDIDA PROVISÓRIA

A medida provisória é ato emanado do chefe do Poder Executivo, em caráter excepcional e precário, em circunstâncias tidas como relevantes e urgentes, com força provisória de lei, pois necessita da aprovação do Congresso Nacional para que se converta e se estabeleça como lei; caso contrário perde sua eficácia desde o momento de sua criação.

Assim, é permitido ao Executivo, em situações consideradas como urgentes e relevantes, expedir as chamadas medidas provisórias, categorizadas como espécies normativas, nos termos do artigo 59 da Constituição Federal, e por essa razão, aptas a criar direitos e obrigações.

Em que pese a sua força normativa, do ponto de vista formal, não é lei, pois não advém do Poder Legislativo, órgão que representa a vontade popular, consoante o disposto no parágrafo único, do art. 1º, da Carta vigente.

Inspirada no *decreto- legge* italiano e, no direito brasileiro, é quase que uma reprodução do decreto-lei.

Como salientado por Alexandre de Moraes, “apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar essa situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas **medidas provisórias**, espelhando-se no modelo italiano”¹⁵.

¹⁵ Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 1116.

Essas medidas atípicas são exceções constitucionais ao princípio da separação dos poderes do Estado. Em razão dessa excepcionalidade têm eficácia limitada e transitória.

Editada pelo chefe do Poder Executivo, para se efetivar deve receber a aprovação do Poder Legislativo, convertendo-se em lei. Também se submete ao Poder Judiciário, caso haja lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

Esse mecanismo de subsunção da medida legiferante do Poder Executivo aos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) demonstra racionalidade lógica do legislador constituinte na proteção do Estado Democrático de Direito.

Como bem esclarece J. Saulo Ramos, “para prevenir eventuais abusos ou práticas arbitrárias, a nossa Constituição estabeleceu *garantias explícitas* de controle da atividade presidencial, que se resumem a quatro pontos essenciais: (a) convocação extraordinária do Congresso, quando em recesso; (b) imediata apresentação, pelo Executivo, da medida provisória ao Congresso, visando à sua conversação em lei; (c) perda de eficácia *ex tunc* do ato não convertido em lei e (d) possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade da medida, mediante exercício da jurisdição concentrada ou difusa”¹⁶.

¹⁶ Parecer nº SR-92, da Consultoria Geral da República.

4. PRESSUPOSTOS PARA A EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

O enunciado constitucional prescreve que, para a validade da medida provisória, mister se faz, quando de sua criação, a observância de requisitos formais e requisitos materiais.

Classificam-se como formais os seguintes requisitos: (1) edição pelo Presidente da República¹⁷ e (2) submissão imediata deste ao Congresso Nacional; e materiais (1) a relevância e (2) a urgência na adoção da medida¹⁸.

Os pressupostos formais são claros e objetivos, dispensando-se assim, maiores elucubrações a respeito. Em sentido contrário, os materiais requerem detida investigação. Contudo, neste trabalho, cujo cerne é a averiguação da natureza jurídica da medida provisória, nos restringiremos a breves comentários sobre o tema.

Os requisitos da relevância e urgência constituem elementos basilares; ou, em outras palavras, a essência da medida, pois esta só se legitima mediante a presença destes, pois a atuação legiferante do chefe do Executivo é providência atípica e, portanto, excepcional.

Diante dessa exigência impõe-se definir o conteúdo semântico das palavras relevância e urgência, sem o que não há como identificar as hipóteses possíveis de serem agasalhadas pelo instrumento provisório.

Canotilho¹⁹ diz que a investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma *operação de determinação* (operação de densificação,

¹⁷ No caso dos Estados-Membros e Distrito Federal, leia-se, como autoridades competentes, respectivamente, o Governador do Estado e o Governador do Distrito Federal; e no caso dos Municípios, o Prefeito Municipal.

¹⁸ Em regra, a doutrina se reporta aos pressupostos para edição da medida provisória, como sendo a urgência e a relevância; não inserindo neste campo os aspectos formais a serem observados para a criação da medida, o que não nos parece ser a abordagem mais completa. Por esta razão, nos filiamos à divisão feita por Clèmerson Merlin Clève, em sua obra **Medidas provisórias**, p. 65.

operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional. Aponta, como uma dessas dificuldades, o fato de alguns enunciados lingüísticos serem *vagos*, os quais ele denomina de conceitos vagos ou conceitos indeterminados.

Os vocábulos “relevante e urgente”, consignados no Texto constitucional, se inserem entre os conceitos indeterminados (ou vagos), logo a missão a ser enfrentada não é das mais fáceis.

Ao discorrer sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello orienta que: “a circunstância de relevância e urgência serem – como efetivamente o são – conceitos ‘vagos’, ‘fluidos’, ‘imprecisos’, não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ocos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado”²⁰.

De fato, todo conceito jurídico indeterminado é portador de um comando (conteúdo), se não o fosse consistiria em “letra morta”, ou seja, sem qualquer função dentro do Texto constitucional, o que, sem maiores delongas, não se afigura razoável em qualquer sistema normativo.

Destarte, embora indeterminado, o enunciado traz em si um conteúdo que será identificado frente o caso concreto, pelo aplicador do direito²¹.

¹⁹ **Direito Constitucional**, p. 218.

²⁰ **Curso de Direito Administrativo**, p. 80.

²¹ José Carlos de Bartolomé Cenzano, ao discorrer sobre a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, em sua obra **El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades**, p. 74, assim se expressa: “Mediante la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley perfila una porción de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados em su enunciado, no obstante lo cual parece claro que intenta delimitar um supuesto concreto. El motivo de que la ley no delimite perfectamente el supuesto de hecho se debe a que se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas. No obstante, como se ha apuntado por la doctrina *iuspublicista*, resulta manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, a pesar de la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”.

O conteúdo semântico de um conceito jurídico indeterminado pode variar ao longo do tempo, sofrendo alterações de significado, pois, recebe influências de caráter social, econômico, político, cultural, entre outros. Logo, uma situação concreta que em dado momento se subsume à lei em tese, num segundo momento pode não mais ser albergada por aquele enunciado, em razão da realidade fática que é outra.

Alerta Márcia Dominguez Nigro Conceição que a “amplitude na interpretação destes conceitos jurídicos indeterminados favorece a ação executivo-política, diante da constante alterabilidade das condições fáticas por ela abrangidas. Esta mutação social demanda do intérprete da norma constitucional em estudo uma qualificação jurídica dos fatos, conduzindo-os a uma seleção do momento, do conteúdo e da conveniência de agir”²².

Como se denota do exposto, a tarefa do exegeta na aplicação da norma não é simples, notadamente quando esta é veiculada por conceito vago. Ademais, revela-se como um trabalho decisivo e de suma importância, especialmente na hipótese em estudo por se tratar de medida atípica e diretamente relacionada a questões fundamentais na estruturação do Estado (como a separação dos poderes).

Os doutrinadores têm buscado delimitar a idéia de urgência e relevância, cuja observância é exigida para a edição da medida provisória. Para nós, a **relevância** mencionada no art. 62 da Constituição Federal é a providência que se impõe em determinada situação para tutelar interesse público, cujas peculiaridades e especificidades da matéria que veicula reclamam especial atenção e excepcional atuação do Estado, e cujo objetivo só será alcançado por meio da medida provisória, inexistindo

²² **Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (artigo 62 CF)**, pp. 98-99.

outro instrumento hábil a fazê-lo. Já a **urgência** referida no citado artigo, consubstancia-se em uma hipótese que requer positividade premente, não sendo possível aguardar o tempo necessário do processo legislativo ordinário, nem mesmo socorrendo-se da alegação de urgência no trâmite, facultada no art. 64, §§ 1º e 2º da Lei Maior, sob pena de ocasionar riscos ou danos à coletividade.

Como requisito preliminar à edição de medida provisória, deve o chefe do Poder Executivo motivar o seu ato, demonstrando de forma clara, inequívoca e objetiva, a presença da urgência e da relevância, requisitos estes justificadores da providência excepcional.

5. MOTIVAÇÃO DA MEDIDA

Buscando elidir eventual critério subjetivo – não calcado no interesse coletivo - na adoção do mecanismo atípico, impõe-se seja motivada a providência a cargo do chefe do Poder Executivo²³.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o “fundamento constitucional da obrigação de motivar está implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste perceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”²⁴.

Ademais, irrefutável o fato de que a excepcionalidade da medida e a imprecisão dos conceitos “relevância e urgência” exigem especial cautela na sua criação.

De outro turno, a motivação servirá de subsídio ao Poder Legislativo na apreciação posterior da medida, bem assim ao Poder Judiciário, se for chamado a atuar.

Sobre o tema, Luís Carlos Martins Alves Júnior, assim se manifesta: “em havendo as circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico, instrumentos legais capazes de solucionar e remediar os efeitos

²³ “E se é verdade que os conceitos de relevância e urgência são fluidos, representam o que a doutrina chamou de conceitos indeterminados ou pragmáticos, não se pode atribuir-lhes indeterminação a ponto de entender que possam vir a ser preenchidos da forma que aprouver aos intérpretes do momento” (Lúcia Valle Figueiredo, **Medida provisória – novas reflexões**, p. 773).

²⁴ **Curso de Direito Administrativo**, p.69.

dos acontecimentos excepcionais, devendo o Estado atuar prontamente, cabe ao chefe do Poder Executivo editar medida provisória com esse desiderato. Para tanto, como garantia de legitimidade constitucional, deve-se fundamentá-la, demonstrando-se a relevância e urgência (...). Expondo a relação de causalidade entre o ato expedido e a finalidade perquirida”²⁵.

No campo da regulamentação, oportuno citar a Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, que no § 1º, do seu art. 2º, faz menção à necessidade da motivação, dispondo: *“No dia da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva Mensagem e de documento expondo a motivação do ato”*.

Nessa linha de raciocínio, perfeitamente possível asseverar que o Executivo ao expedir medidas provisórias deve fundamentar sua conduta, em respeito ao princípio da motivação, ao qual se deve curvar.

²⁵ **A fundamentação da medida provisória: requisitos de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito**, p.4.

6. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

A Constituição Federal ao dispor sobre a medida provisória traz um sistema anômalo, pois, ao mesmo tempo que lhe atribui *força de lei*, lhe empresta caráter transitório e determina que a mesma seja submetida à aprovação do Congresso Nacional. Não bastando, relaciona-a como espécie normativa no artigo 59, inciso V, da Constituição Federal.

Mescla procedimentos de cunho administrativo – já que é ato oriundo do chefe do Poder Executivo; e legislativo – pois tem o poder de inovar o ordenamento jurídico, que se submete aos seus ditames, enquanto vigente.

A doutrina ainda não pacificou o tema. Vários são os posicionamentos e os argumentos tentando identificar o núcleo da medida provisória para localizá-la dentro da seara jurídica.

Alexandre Mariotti atribui natureza legislativa à medida provisória, denominando-a de ato normativo equiparado, em razão dos efeitos que esta produz na ordem jurídica, durante sua vigência²⁶.

Eros Roberto Grau corrobora o entendimento de ser legislativa a natureza da medida provisória, acrescentando, contudo, o adjetivo especial. Para ele, “trata-se de lei especial dotada de vigência provisória imediata”²⁷.

J. Saulo Ramos traduz a medida provisória como “*antecipação cautelar*, de caráter provisório e necessário, de providências materialmente legislativas”²⁸.

²⁶ **Medidas provisórias**, p. 70.

²⁷ **Medidas provisórias na Constituição de 1988**, p. 241.

Marco Aurélio Greco iguala a medida provisória a um ato administrativo, afirmando que esta não difere de um decreto do Executivo; que a competência em que se apóia não é legislativa e que, se acaso fosse, negaria a separação dos poderes. Acresce que, a medida provisória, em si mesma, não é lei, pois se fosse não poderia ser *convertida em lei* ²⁹.

Clèmerson Merlin Clève refuta o posicionamento de Greco, sustentando que a medida provisória não é lei no sentido orgânico, mas é lei no sentido técnico, por tratar-se de ato legislativo capaz de inovar originariamente a ordem jurídica. Destaca que “o conceito de lei, no mundo contemporâneo, vem sofrendo profundas alterações, daí porque é perfeitamente possível, juridicamente, aceitar um ato legislativo com período de eficácia e vigência programados”³⁰, e que estes, cada vez mais, vêm sendo produzidos pelo Executivo, não havendo, apesar disso, ofensa à separação dos poderes, por configurar competência própria do chefe do Poder Executivo (CF., art. 84, XXVI)³¹.

Sérgio de Andréa Ferreira classifica a medida provisória como um ato de governo, ou seja, de conotação executiva e política³².

²⁸ Parecer nº SR-92, Consultoria Geral da República, p. 440.

²⁹ Medidas provisórias, p. 15.

³⁰ As medidas provisórias e a Constituição Federal/88, p. 48.

³¹ O autor, em outra obra de sua autoria - **Medidas provisórias**, p. 60 -, resume o mecanismo jurídico da medida provisória da seguinte forma: “uma espécie de lei (a medida provisória: ato próprio) é convertida em outra espécie de lei (a lei formal, no caso, lei ordinária: ato permanente)”.

³² “A medida provisória é aquilo que se pode chamar de um ato político, executivo, isto é, aquele que, não sendo nem jurisprudencial, nem legal, é um ato vinculado à execução do Direito pelo Poder próprio, que é o Executivo. Não diria, como fazem alguns autores, que se trata de um ato administrativo em sentido estrito (espécie do ato executivo), porque ele é um ato político, no sentido de ato governamental de Direito Constitucional, de órgão do Poder Político, da Chefia do Poder Executivo [...]. Subjetivamente, é ato executivo, eis que seu autor (sujeito ativo) é o chefe do Poder Executivo. Formalmente, isto é, enquanto fonte de efeitos jurídicos e, assim, do ponto de vista eficaz, embora seja uma espécie individualizada, a medida provisória tem, segundo o art. 62 da CF,

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a medida provisória equivale a um projeto de lei, com eficácia antecipada³³. No mesmo sentido se posiciona a doutrina espanhola, ao qualificar o *decreto-ley* como projeto de lei com eficácia normativa antecipada à sua aprovação pelas Cortes³⁴.

Márcia Dominguez Nigro Conceição denomina-a de ato normativo, dizendo tratar-se de uma “espécie privilegiada e excepcional de ato normativo, que se manifesta no desenvolvimento de atividade político-administrativa com a finalidade de melhor gerir os interesses do Estado–Sociedade, em razão da maleabilidade dos pressupostos relevância e urgência”³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello, embora não defina objetivamente a natureza jurídica da medida provisória, chama-a de *providência* a cargo do Presidente da República, a ser expedida em casos relevantes e urgentes; e relaciona cinco diferenças justificadoras da não semelhança desta com a lei, a saber:- (1ª) excepcionalidade; (2ª) efemeridade; (3ª) precariedade; (4ª) perda da eficácia *ex tunc*, caso não seja convertida em lei; (5ª) existência dos pressupostos de relevância e urgência³⁶.

‘força de lei’. Embora ato executivo, a ela é atribuída essa força jurídica. Não é lei, pois que, do contrário, não teria sentido conferir-lhe tal eficácia” (*Apud* Clèmerson Merlin Clève, **Medidas provisórias**, p.52).

³³ **Do processo legislativo**, 4ª ed., p. 234.

³⁴ *Cf.* Ignácio de Otto, *in* **Derecho constitucional: sistema de fuentes**, p. 208.

³⁵ **Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)**, p. 92.

³⁶ **Curso de Direito Administrativo**, pp. 76-77.

Celso de Mello a configura como uma categoria especial de ato normativo primário, que se reveste de força, eficácia e valor de lei³⁷.

Como se vê, a natureza jurídica da medida provisória não se afina com os modelos clássicos, consistindo em uma figura com características autônomas. Para corretamente situá-la no ordenamento jurídico, necessário se faz instituir uma nova classificação, que mescle a função legislativa e a função administrativa, e porque não o ato de governo.

Otto Mayer, jurista alemão, faz menção a uma quarta função, a ser acrescentada às três indicadas por Montesquieu, que denominou de função *sui generis* do poder estatal, que compreende a atividade exercida pelo chefe do Executivo, praticada com fundamento em faculdades deferidas pela Constituição Federal. Segundo ele, esta função não se submetia às normas infraconstitucionais, era um ato que manifestava um poder de autoridade maior. Não se confundia com os atos administrativos que têm sua validade embasada na ordem jurídica infraconstitucional, nem tampouco com a legislativa que se resumia na elaboração da lei pelo órgão competente³⁸. Clélio Chiesa filia-se à tese de Otto Mayer.

A proposta do jurista alemão é interessante, e poderia ser viabilizada, se tomada no sentido de se criar uma nova classificação (nomenclatura) para institutos estranhos como a medida provisória, que não se amoldam aos padrões clássicos existentes. O que

³⁷ STF – “As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Refletem, na concreção de sua existência, uma significativa tendência que se registra no plano do direito constitucional comparado, e no da nossa própria experiência constitucional, no sentido de outorgar – inobstante em bases de excepcionalidade absoluta – competência normativa ao Executivo” (trecho do voto do Min. Celso de Mello, RT 700/223).

³⁸ Apud Clélio Chiesa, in **O regime jurídico constitucional das medidas provisórias**, p. 32

não é possível prosperar é a idéia de se criar um quarto poder³⁹ para albergar tais funções, pois equivaleria, guardadas as devidas proporções, ao restabelecimento do poder moderador, que esteve presente na Constituição Imperial de 1824, através do qual o poder estatal se concentrou na mão do absolutista, o que nem de longe se permite cogitar.

Pois bem, à parte as idéias sobre novas figuras que permitam ampliar as classificações quanto a natureza jurídica de determinados institutos atípicos; entre os existentes, sob nossa ótica, apresenta-se como mais razoável atribuir à medida provisória *natureza legislativa*.

Tal escolha se justifica, pois é fato que a medida provisória enquanto vigente renova e vincula o ordenamento jurídico. Ademais, não se pode perder de vista que o legislador constituinte expressou, de forma inequívoca, a sua vontade, ao relacioná-la como uma das espécies normativas no art. 59, V, e, ao atribuir, no artigo 84, XXVI, competência privativa ao Presidente da República para editá-la.

Não se vislumbra com isso violação ao princípio da separação dos poderes, pois a atipicidade da medida encontra supedâneo constitucional, motivadamente deferida pelo Constituinte para amenizar ou debelar situações de urgência e relevância que, em

³⁹ A título de ilustração trazemos a lume a idéia de César A. Quintero, também fulcrada na criação de um quarto poder, porém com contornos diferentes do cogitado por Otto Mayer, pois não estaria concentrado nas mãos do chefe do Poder Executivo. É que César Quintero ao tecer críticas técnicas à figura do decreto ley espanhol conclui que, a rigor, nem o Executivo e nem o Legislativo são tecnicamente aptos e idôneos para legislar, propondo para o “Estado moderno” a criação de um quarto poder, ao qual se atribuiria essencial e efetivamente a função de legislar, e seria composto basicamente por um corpo técnico legislativo não comprometido com interesses políticos. Eis a redação original : “De lo dicho parece desprenderse que ni el ejecutivo ni el parlamento son técnicamente idôneos para legislar. Si esto es lo cierto, habría que llegar a la conclusión de que el Estado moderno necesita un cuarto ‘poder’ con la atribución esencial de legislar, efectivamente. Este poder tendría que estar confiado a un órgano que no sufriera las intermitencias ni tuviera las dimensiones de un parlamento; y que, por otra parte, no estuviera sujeto al recargo de actividades concretas ni a los intereses políticos de un gabinete ministerial. Se llegaría, pues, a la solución de los cuerpos ‘técnicos’ legislativos. (**Los decretos con valor de ley**, p. 201).

razão de suas peculiaridades, não podem aguardar o procedimento padrão para a criação da lei, sob pena de ensejar danos ao interesse coletivo.

Assim, de forma única e especial, foi permitido ao Poder Executivo, originariamente e por atribuição, criar normas primárias.

Nessa linha de raciocínio, temos como razoável asseverar que a medida provisória tem *natureza legislativa atípica*.

7. CONCLUSÃO

A medida provisória é espécie normativa criada em substituição ao decreto-lei, que vigorou até o advento da Constituição Federal de 1.988, consoante o disposto no § 2º do art. 25 do ADCT.

Sua criação é de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo, por força de norma constitucional, quando presentes situações tidas como urgentes e relevantes, configurando, portanto, mecanismo atípico.

Daí nasce a controvérsia quanto a definição de sua natureza jurídica, pois criada pelo Executivo assume feição de ato administrativo, ou ato de governo. Por outro lado, tendo “força de lei” remete à idéia de ato legislativo, apresentando-se assim como uma figura híbrida.

Sob a nossa visão, a classificação que melhor se afina com esse emblemático instrumento é a natureza legislativa atípica, pois é fato que, enquanto vigente, gera obediência, não sendo possível esquivar-se da sua imperatividade, como norma que é. Ademais, não se pode perder de vista a sua localização no inc. V do art. 59 da Lei Maior, onde constam relacionadas as espécies normativas vigentes em nosso sistema. De outro turno, sua atipicidade deve ser registrada, pelo fato de nascer de órgão executivo – administrativo – que, originariamente, não dispõe da função legislativa, sendo-lhe deferido fazê-la subsidiariamente e em situações especialíssimas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I – Livros

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

CENZANO, José Carlos de Bartolomé. **El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CHIESA, Clélio. **O regime jurídico-constitucional das medidas provisórias**, Curitiba: Juruá, 1996.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **As medidas provisórias e a Constituição Federal/88**, Curitiba: Juruá, 1991.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Medidas provisórias**, 2ª ed. rev. ampl., São Paulo: Max Limonad, 1999.

CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)**, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. **Medidas provisórias**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas provisórias**, São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 11ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Malheiros, 1999.

MODUGNO, Franco. **Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, São Paulo: Atlas, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Medidas provisórias: controles legislativo e jurisdicional**, Porto Alegre: Síntese, 2000.

OTTO, Ignácio de. **Derecho constitucional: sistema de fuentes**, 2ª ed., 7ª reimpressão, Barcelona: Ariel, 1999.

QUINTERO, César A. **Los decretos con valor de ley**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**, São Paulo: LTR, 1993.

II – Artigos e outros

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos. **A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito**, *site* www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Medida provisória – novas reflexões**, São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, dezembro/1999.

GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 658/241, agosto/1990.

RAMOS, J. Saulo. **Medida provisória – artigo 62 da Constituição Federal de 1988**, Parecer nº SR-92, Consultoria Geral da República, DOU de 23/06/89, Boletim de Direito Administrativo, outubro/89.