

A MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CLEUSA APARECIDA DA COSTA MAIA¹

RESUMO

O artigo aborda a figura da medida provisória frente à Separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Demonstra que a medida provisória, que é uma das espécies normativas relacionadas no artigo 59 da Constituição Federal de 1988, por ser ato legiferante de competência do Poder Executivo só será legítima se para sua edição estiverem presentes os requisitos da relevância e da urgência. É norma primária, pois tem raiz constitucional – art. 62 – porém, é função atípica do chefe do Poder Executivo, razão de sua excepcionalidade. Portanto, o seu uso deve ser comedido e totalmente vinculado aos ditames constitucionais, pois, *a contrario sensu* afrontar-se-á o sistema estruturante da República Federativa do Brasil, fundamentado que está no princípio da Separação das Funções Estatais e no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: medida provisória; separação dos Poderes; Estado Democrático de Direito; funções típicas e funções atípicas dos Poderes.

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

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	03
2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES	05
3. FUNÇÃO TÍPICA E FUNÇÕES ATÍPICAS DOS PODERES.....	08
4. MEDIDA PROVISÓRIA: FUNÇÃO ATÍPICA DO PODER EXECUTIVO.....	13
5. ATUAÇÃO DO EXECUTIVO NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI.....	15
6. CRIAÇÃO DE ESPÉCIE NORMATIVA PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.....	17
7. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	20
8. CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A medida provisória é um 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.

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 (a Emenda Constitucional nº 32/01 alterou este prazo para 60 dias)

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 Brasil² 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 (oriunda da proposta de emenda constitucional – PEC nº 472-F), que trouxe importantes mudanças no texto original do art. 62 da Constituição

² 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 Approbato, na solenidade de posse do Ministro Marco Aurélio de Mello na presidência do Supremo Tribunal Federal.

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”.

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 1.959³, pois os comandos da Constituição de um país só adquirem força normativa na medida em que lograr realizar essa pretensão de eficácia.

Assim, através deste trabalho será focado o princípio da Separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito, aspectos centrais que envolvem o tema, pois apesar de considerada como espécie normativa (art. 59 da CF/88) a medida provisória origina-se do exercício de uma atividade atípica do Poder Executivo, que só se legitima se presentes os pressupostos da relevância e da urgência na adoção da medida.

³ 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. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes (em essência, divisão do exercício do poder, posto que o poder do Estado é uno e indivisível⁴) é oriunda das lutas contra o Estado absolutista, onde a concentração do poder estatal estava em uma só pessoa e/ou órgão.

No absolutismo, as normas eram editadas de acordo com a vontade do rei. Era ele quem dizia, aplicava e decidia o direito, sem qualquer limitação. O indivíduo era submetido ao soberano, ao seu poder ilimitado, sem condições de se opor.

Conforme explicita Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, “investido de poder, o soberano não pode ser destituído, punido ou morto. Tem o poder de prescrever as leis, de julgar, de fazer a guerra e a paz, de recompensar e punir, de escolher os conselheiros”⁵.

Enfim, todas as funções do Estado eram desempenhadas pela mesma pessoa sem que fosse possível imputar responsabilidade ao soberano, que se confundia com o próprio Estado, sendo sua vontade o centro irradiador de todas as atividades estatais.

E da necessidade de superar-se e prevenir-se o arbítrio, de suprimir-se a opressão, de limitar-se o poder em si, é que surge a limitação do poder, operada através de um processo técnico, qual seja o da divisão do poder⁶

Vários foram os estudiosos sobre o assunto⁷, dentre os quais destacamos Montesquieu, considerado o responsável pela divisão orgânica e funcional clássica dos poderes – consoante sua célebre obra *O Espírito das Leis* - fórmula presente até hoje nos Estados democráticos.

⁴ “Vale, entretanto, notar que, qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder. Daí ser incorreto afirmar-se a tripartição de poderes estatais, a tomar essa expressão ao pé da letra. É que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida. Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais”(Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, **Comentários à Constituição do Brasil**, pp. 430-431).

⁵ **Filosofando: introdução à filosofia**, pp. 241-242.

⁶ Cf. Rosah Russomano, *in* **Dos Poderes Legislativo e Executivo**, p. 15.

⁷ **Origem da teoria da separação dos poderes**: “Podem ser catalogados Platão e Aristóteles, na antiguidade; Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, no Medievo; Bodin e Locke, na modernidade (Anderson Menezes, **Teoria Geral do Estado**, p. 246).

Através de sua teoria buscou dividir as funções estatais, criando órgãos de competência executiva, legislativa e judiciária, todos independentes entre si e especializados em suas funções.

Assim, os atos emanados do Estado não se concentrariam na vontade de um soberano, mas no querer do povo, exercido através da soberania popular.

Dessa forma, ao Monarca, enquanto responsável pelo campo executivo, restava tão somente a atribuição de fazer valer a lei, esta advinda da vontade popular.

Com a desconcentração das funções estatais formava-se o tripé, cujo objetivo era o de garantir os direitos individuais e limitar o poder do Estado, com o legislativo criando as leis, o executivo administrando-as e o judiciário aplicando-as nas hipóteses de contendas⁸.

Segundo Montesquieu “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou o Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”⁹.

O apogeu da doutrina de Montesquieu foi marcado com a Revolução Francesa, em 1.789, ao se consignar no artigo 16, da Declaração dos Direitos do

⁸ “A crença, em termos simplificados, era de que a concepção fundamental da partição do poder, em forma tríade, permitiria que as três funções básicas do poder (executiva, legislativa e judiciária), em sua particular interação, operassem como autênticos *sistemas de freios e contrapesos*, impedindo, pelo menos em tese, que o *soberano*, ainda que legitimamente eleito, se corrompesse, posteriormente, - pela ausência de mecanismos de restrição ao exercício do poder-, desviando-se dos rumos preestabelecidos em sua inicial empreitada política”- destaques do autor – (Reis Friede, **Curso de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**, pp. 207-208).

⁹ **O Espírito das Leis**, pp.167-168.

Homem e do Cidadão, que um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação dos poderes era um Estado sem Constituição¹⁰.

A separação dos poderes figura no sistema brasileiro desde a primeira Constituição, datada de 25 de março de 1.824 (que contemplava um 4º poder, o moderador), sendo atributo de suma importância para o Estado, eis que a Lei Maior encontra-se totalmente estruturada nesse princípio.

Na Constituição Federal em vigor, a tripartição do poder, está prevista no artigo 2º, que enuncia: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Goza, ainda, de tratamento especial, por fazer parte do elenco do artigo 60, § 4º, inc. III, inserindo-se, portanto, entre os seletos institutos protegidos como cláusulas pétreas. Logo, não é passível de emenda constitucional.

Constitui o que se pode chamar “controle-limite” à atuação do Estado, e “(...) foi acolhido por todos os ordenamentos democráticos e representa ainda hoje, não obstante as múltiplas tentativas de eliminá-lo e os claros temperamentos aos quais foi submetido, uma garantia insubstituível para a liberdade dos cidadãos e para o bom funcionamento do aparato estatal”¹¹.

Enfim, a separação das funções estatais se fez necessária, pois teve por escopo conter o arbítrio do Governante, personificado numa única pessoa, o rei ou monarca absoluto. O egoísmo e a impessoalidade presentes no Estado absolutista não podia prevalecer, pois não coaduna com a *liberdade política* de que todos devem desfrutar, definida por Montesquieu como “aquela tranqüilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer o outro”¹².

¹⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 26 de agosto de 1789, art. 16º: “*Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição*”.

¹¹ Vieste, Giuseppe. **II decreto-legge**, p. 5 O original, em língua italiana, tem o seguinte teor: “*(...) fu accolto in tutti gli ordinamenti democratici e rappresenta ancor oggi, nonostante i molteplici tentativi fatti per sradicarlo e i notevoli temperamenti cui è stato sottoposto, una garanzia insostituibile per la libertà dei cittadini e per il buon funzionamento dell'apparato statale*”.

¹² **O Espírito das Leis**, p. 167.

3. FUNÇÃO TÍPICA E FUNÇÕES ATÍPICAS DOS PODERES

Engana-se aquele que atido ao aspecto conceitual da “teoria da separação dos poderes” interpretou que esta, engendrada por Montesquieu, mantivesse-se estanque ao longo dos tempos.

Como se sabe, toda teoria é fruto de momento histórico, filosófico, social, cultural e político, e na medida em que a realidade muda transforma-se também a sociedade, bem como as teorias a ela atreladas, e assim foi com a teoria da separação das funções estatais, que sofreu adequações por força do dinamismo imanente às relações sociais e ao próprio Estado, sem, contudo, se descaracterizar, pois manteve as suas vigas mestras, quais sejam: a soberania do povo, a separação de funções, o controle das funções por órgãos específicos, a independência e a harmonia entre os poderes, o sistema de freios e contrapesos.

Assim, a idéia inicial de uma separação tripartita absoluta do poder, onde simplesmente se atribuía de forma totalmente indelegável as atividades governamentais – legislativa, executiva e jurisdicional – a órgãos específicos que levam as denominações das respectivas funções (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário) foi flexibilizada. Passou-se a entender que cada um dos órgãos, além da função que originalmente lhe foi atribuída, poderia exercer outras, porém de forma secundária¹³.

Destarte, a “separação” é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada poder, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera¹⁴. Este entendimento é pacífico na doutrina, ninguém cogita, hodiernamente, de uma separação rígida das funções estatais.

¹³ “A assunção de diversificadas tarefas por parte do Estado, as mutações sociais, sobretudo no pós-guerra, a organização de novos grupos sociais e corporações, o incremento dos níveis de consciência e exigências das massas, já não permitiam a manutenção da concepção singela de Montesquieu. A teoria original deu guarida à expansão das **atividades atípicas** de cada poder, não sendo causa de espanto, em todo o mundo contemporâneo, que o Executivo exerça atividades legislativas, ou que o Judiciário se ocupe com questões administrativas, por exemplo”. (Raul de Mello Franco Júnior, **Medidas provisórias editadas por Estados, Distrito Federal e Municípios**, p. 6) – grifo nosso.

¹⁴ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in* **Curso de Direito Constitucional**, p. 133.

Em razão desse novo conceito, que envolve a teoria da separação das funções do Estado, alguns publicistas para diferenciar as atuações do Estado criaram denominações diferentes. As comumente utilizadas são **função típica** e **funções atípicas**.

Típica é a função inerente a determinado poder do Estado, para a qual o órgão (Poder) foi criado e é especializado para exercê-la, e atípicas são as funções desempenhadas de forma subsidiária por cada um dos Poderes, ou seja, aquelas para as quais o Poder não foi originalmente criado para exercer, porém o faz de forma subsidiária¹⁵.

Há autores que adotam outras terminologias. Nesse sentido, Reis Friede denomina-as de funções principais e funções secundárias¹⁶. Jorge Miranda, ao comentar as espécies no Direito português, aponta a existência de funções fundamentais (na concepção brasileira, funções típicas) e funções localizadas em zonas cinzentas denominadas de complementares, acessórias e atípicas, *in verbis*:

“ (...) Mas esta tripartição não esgota, nos nossos dias, as actividades do Estado ou não as reflete com suficiente clareza e homogeneidade. É mister ter em conta zonas de fronteira entre aquelas três funções fundamentais e até funções complementares, acessórias ou atípicas”. E, continua:

“Zonas de fronteira e funções complementares, acessórias e atípicas. I – Os actos próprios de cada função devem provir, em princípio, de órgãos correspondentes a essa função. Todavia, encontram-se – no Direito português como noutros – algumas interpenetrações e inevitáveis zonas cinzentas. (...) Refira-se, por um lado: - A ‘justiça administrativa’ (ou, talvez melhor, a administração jurisdicionalizada), por meio da qual a Administração pública é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material”¹⁷.

Por se tratar de uma construção doutrinária, pois não restou expressado na Constituição Federal e/ou em lei e/ou outro regulamento infraconstitucional as designações para essas formas de exercício das funções do Estado, adotar-se-á neste trabalho as denominações mais usuais que, como já dito, são funções típicas e atípicas.

A forma de atuação dos Poderes – tipicamente ou atipicamente – vem definida na Constituição Federal.

¹⁵ Sobre a definição de função típica e funções atípicas ver: Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, **Curso de Direito Constitucional**, p. 257, Celso Ribeiro Bastos, **Curso de Direito Constitucional**, p. 345.

¹⁶ **Curso de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**, p. 209.

¹⁷ **Manual de Direito Constitucional**, pp. 22 a 34.

Portanto, com base na Lei Maior – *art. 2º* - podemos afirmar que é função típica do Poder Executivo, *administrar*, pois é responsável – em razão de nosso sistema presidencialista de governo – pelas Chefias de Estado e de Governo; do Poder legislativo, *legislar*, por ser “o poder encarregado da elaboração de normas genéricas e abstratas, dotadas de força proeminente dentro do ordenamento jurídico, a que se denominam leis”¹⁸; e do Poder Judiciário, *julgar*, na medida que aplica a lei abstrata ao caso concreto e controvertido, submetido à sua apreciação e decisão.

Além destas, é possível se extrair do Texto Constitucional outras atuações por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além daquelas para as quais foram criados e cuja especialização detém.

Destarte, o Poder Executivo não se limita a editar atos concretos de execução das leis. O art. 68 da Constituição Federal, por exemplo, lhe faculta a edição de leis delegadas; e o art. 84, XII, lhe dá competência para conceder indulto e comutar penas. Essas são atuações, respectivamente, de conotação *legislativa e jurisdicional*.

O Poder Legislativo, por sua vez, atipicamente, *administra*, quando, por exemplo, dispõe sobre sua organização, funcionamento, política, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços (art. 51, IV); *jurisdiciona*, quando processa e julga o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I) e *fiscaliza*, ao exercer o controle externo, através do Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71).

Da mesma forma, o Poder Judiciário, secundariamente, *administra* quando concede licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, “f”) e *legisla* ao elaborar seus regimentos internos (art. 96, I, “a”).

As funções atípicas são deferidas a cada um dos Poderes na busca da independência funcional e do controle das atividades entre eles – (*checks and balances*).

Essa independência é manifestada pelo fato de cada Poder extrair suas competências da Constituição Federal. No exercício das próprias atribuições cada um dos Poderes não precisa consultar os outros, nem necessita de autorizações dos

¹⁸ Conforme a clássica definição de Celso Ribeiro Bastos, in **Curso de Direito Constitucional**, p. 348.

demais para atuar, ou seja, na organização das atividades respectivas, cada um é livre, desde que sejam verificadas as disposições constitucionais.

Se assim não fosse, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, por exemplo, para contratar servidores ou para fazer suas compras rotineiras teriam que se socorrer do Executivo, que é o Poder especializado nas atividades administrativas. Referido procedimento, se adotado, geraria uma total dependência entre os Poderes, em desobediência ao comando estabelecido no art. 2º da CF/88. que proclama a independência entre estes. Ademais, estabelecer-se-ia um trâmite dificultoso e moroso, infringindo também o princípio da eficiência, consubstanciado no *caput*, do art. 37, da Lei Maior¹⁹.

Apesar de independentes, os Poderes devem funcionar de maneira harmônica, a luz do art. 2º da CF, o que significa dizer que, apesar de independentes entre si, não são soberanos, pois também devem se portar de forma harmônica, o que pressupõe cooperação recíproca.

José Afonso da Silva orienta que: “os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo) para evitar distorções e desmandos”²⁰.

Marcello Cerqueira esclarece que “a *separação* resolve a questão orgânica dos entes que administram o Estado; enquanto a *independência* vai dizer respeito à autonomia da administração própria de cada Poder. O princípio da *harmonia* é que vai ajustar a zona cinzenta entre a *separação* (mais simples, porque estática) e a *independência entre eles* (mais complexa, por ser dinâmica). A *harmonia* é a chave para resolver conflitos entre os círculos secantes da *separação e da independência*, (...)”²¹.

¹⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.(..)”

O princípio da eficiência foi inserido no ordenamento constitucional através da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e impõe à Administração Pública o dever se realizar suas atividades de forma célere, com qualidade, perfeição e rendimento.

²⁰ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 115.

²¹ **Medida provisória: a miséria da lei**, p.165.

O outro intento das funções atípicas, que é o **controle entre os poderes**, denominado sistema de “freios e contrapesos”²², também deve se dar sem qualquer ofensa ou resistência, por força da harmonia que deve existir entre eles, conforme determina a Constituição Federal.

Esse controle entre os Poderes, que deve se dar de forma assente (harmônica) entre eles, permite, por exemplo, que o Poder Legislativo apure, através de Comissão Parlamentar de Inquérito, eventual conduta lesiva do Poder Executivo no desempenho de suas funções administrativas (CF, art. 58, § 3º²³), ou que o Chefe do Poder Executivo oponha-se a projeto de lei de iniciativa do Legislativo, por considerá-lo inconstitucional (CF, art. 66, § 1º²⁴).

Há, na verdade, uma forte relação entre os Poderes que elide a separação rígida das funções atribuídas a cada um deles. Assim, resta autorizado a cada Poder o desempenho, ainda que secundariamente, das funções designadas aos outros, sem com isso afrontar a Constituição.

Contudo, a “interferência jamais poderá, ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder”²⁵.

A medida provisória reside nesse universo de funções, e é classificada como uma atividade legislativa do Poder Executivo, logo, de atribuição atípica deste.

²² FREIOS E CONTRAPESOS: “expressão usada no direito constitucional, para indicar o controle que exerce cada um dos três poderes do Estado em relação aos outros, estabelecendo equilíbrio no seu relacionamento, sem ferir a autonomia que lhe outorga a Constituição.

Foi a doutrina norte-americana que, sob o nome de *checks and balances*, estabeleceu essa teoria (**Enciclopédia Saraiva do Direito**, vol. 38, p. 427).

²³ “Art. 58. § 3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

²⁴ “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

²⁵ Anna Cândida da Cunha Ferraz, **Conflito entre Poderes**, p.14.

4. MEDIDA PROVISÓRIA: FUNÇÃO ATÍPICA DO PODER EXECUTIVO

Como já dito, 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 serem 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: (1) por ser a mais importante manifestação do poder estatal, pois tanto os governantes como os juízes lhe devem obediência; (2) é o único meio legítimo de limitar os direitos individuais, cuja preservação é o objetivo de toda sociedade política; (3) 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 mesmo²⁶.

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”²⁷.

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

²⁶ **Medidas provisórias**, p. 12.

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”²⁸.

Assim, somente a ordem emanada do Parlamento, porque considerado como legítimo representante dos destinatários dessa ordem e detentor dos mecanismos técnicos²⁹ 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, se 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.

²⁷ *Apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Do processo legislativo**, 4ª ed. atualizada, p. 117.

²⁸ Cf. Brasilino Pereira dos Santos, *in* **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**, p. 27.

²⁹ 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*”.

5. ATUAÇÃO DO EXECUTIVO NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI

A intervenção no processo legislativo não significa propriamente o desempenho de atividade legislativa, porquanto o Poder 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 legislativo³⁰.

O processo de elaboração de uma lei é dotado de várias etapas, as quais serão a seguir comentadas, de forma sucinta e objetiva :-

(a) *iniciativa*:- é a primeira fase do processo legislativo, corresponde ao ato que deflagra o procedimento objetivando a criação de uma lei, e se dá mediante a apresentação de projetos de lei ao Legislativo. Pode ser parlamentar ou extra-parlamentar e concorrente ou exclusiva (vide Constituição Federal, art. 61 e §§);

(b) *discussão*:- é o debate sobre o projeto de lei. Apresentado o projeto à Casa Legislativa passa-se à discussão do mesmo. A discussão ocorre primeiro no âmbito das comissões permanentes e temporárias, em seguida é remetida ao Plenário para discussão dos parlamentares;

(c) *votação*:- discutido o projeto passa-se à votação, que é o momento em que há a decisão parlamentar sobre o projeto de lei. Será aprovado o projeto que atingir o *quorum* mínimo de votação, que variará de acordo com a espécie de lei pretendida.

A sessão deliberativa só pode ocorrer se houver *quorum*, ou seja, deverá estar presente a maioria absoluta dos membros da Casa;

(d) *sanção*:- é o acolhimento do Presidente da República aos termos do projeto de lei. A sanção pode ser expressa (quando o Presidente manifesta-se concordando, no prazo de 15 dias) ou tácita (quando há o silêncio). A sanção pode ser, ainda, total ou parcial, conforme concorde ou não com a totalidade do projeto;

(e) *veto*:- é a discordância do Presidente da República aos termos do projeto de lei, baseada em dois aspectos: constitucionalidade e/ou interesse público. O veto pode ser total ou parcial e abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea; será exarado no prazo de 15 dias úteis contados da data do recebimento. Em 48 horas comunicará ao Presidente do Senado Federal o motivo do veto.

³⁰ Cf. Edilson Pereira Nobre Júnior, in **Medidas provisórias – controles legislativo e jurisdicional**, p. 66.

(f) *promulgação*: é o ato pelo qual o Executivo atesta a existência da lei, impondo a sua aplicação e cumprimento ³¹.

(g) *publicação*: busca informar – tornar público – que a ordem jurídica foi inovada para que ninguém se escuse de cumprir a lei, sob a alegação de desconhecê-la.

No desenrolar dessa seqüência de atos é que o Poder Executivo, em algumas fases, por expressa autorização Constitucional, intervém.

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” ³².

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 expressa autorização constitucional. Essa interferência se dá nos seguintes momentos: iniciativa, veto ou sanção, promulgação e publicação da lei.

³¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho orienta que “perfeito o ato normativo, qualquer que seja ele, antes que se torne eficaz há de ser promulgado e publicado. Promulgação e publicação constituem no Direito brasileiro uma fase integratória da eficácia do ato normativo” (**Curso de Direito Constitucional**, p. 200).

6. CRIAÇÃO DE ESPÉCIE NORMATIVA PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

No sistema vigente, a atuação direta do chefe do Poder Executivo na atividade legiferante decorre de permissivo constitucional. Duas são as hipóteses possíveis de criação de uma espécie normativa pelo Poder Executivo:- a lei delegada, prevista no artigo 68³³, e a medida provisória, inserta no artigo 62, da Constituição Federal.

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, do Poder Legislativo, sofrendo, de certa forma, um controle parlamentar prévio.

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/88).

Já a medida provisória decorre de competência própria 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 do Poder Executivo, porém a primeira decorre de uma delegação e a segunda de uma atribuição ao Poder Executivo³⁴.

³² **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 111.

³³ *“Art. 68. As leis delegadas 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 ou 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. § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”*.

³⁴ 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**, 3ª 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

Normas primárias são atos normativos equiparados formalmente à lei de origem parlamentar, e, portanto, igualmente capazes de inovar a ordem jurídica³⁵. ” (...) 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”³⁶.

Feitas estas breves considerações sobre as espécies normativas de criação do Executivo, cabe registrar que este estudo se fixará na medida provisória, que é o seu objeto, deixando assim de se aprofundar na análise da lei delegada.

A medida provisória, como já dito, encontra supedâneo constitucional para sua edição, porém figura como função atípica 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, com relação às medidas provisórias, a relevância do princípio da Separação dos Poderes se mostra presente no Texto Constitucional, pois há delimitação na atuação do Executivo no uso desse instrumento excepcional (aprimorado que foi 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.

Esta situação nos remete às idéias de Ferdinand Lassalle que, em sua obra, *A Essência da Constituição*, apresenta dois tipos de Constituições, uma que ele denominou de *Constituição real e efetiva* – que seria aquela integralizada pelos

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 prévia.*” (Ignácio de Otto, **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**, p. 193).

³⁵ Cf. Alexandre Mariotti, in **Medidas provisórias**, p. 25.

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 poderes³⁷.

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

³⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Do processo legislativo**, p. 203.

³⁷ Cf. Alexandre Mariotti, *in Medidas provisórias*, p. 26.

7. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º da Lei Maior, que enuncia: “A *República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*”.

O termo *democrático* traz a idéia de “governo do povo para o povo”, ou seja, a palavra é habitualmente associada à forma de escolha dos representantes do povo que irão formar o governo de um Estado³⁸.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a concretização constitucional do princípio democrático é possível desde que fulcrado na soberania popular³⁹.

O Estado de Direito, por sua vez, traz o significado de que todos se submetem à lei, buscando com isso afastar o autoritarismo dos governantes, limitando os seus poderes. Assim é a lei, emanada pelos legítimos representantes do povo, peça

³⁸ “O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, “o povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo (kreislauf) de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático)” (Friedrich Müller, **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**, p. 60).

³⁹ Canotilho, ao abordar o princípio da soberania popular, traz à colação elementos históricos, cuja observância se faz necessária para a compreensão do alcance e da viabilização prática do princípio em comento. Assim se expressa :

“O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas:

- (1) O *domínio político* – o domínio de homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceite; carece de uma justificação quanto à sua origem – legitimação.
- (2) A *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância ‘fora’ do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática).
- (3) O *povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio ‘não populares’ (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder deriva concretamente do povo): o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação; ela vem do povo e a este deve reconduzir.
- (4) A *soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio.
- (5) A *constituição* material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da ‘democracia’, pois é ela quem determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as ‘decisões’ e ‘manifestações de vontade do povo’ são jurídica e politicamente relevantes”. (**Direito Constitucional**, pp. 418-419).

fundamental à concretização do Estado Democrático de Direito. Vale lembrar que a lei é o instituto que estabelece, através de seus comandos, o agir e o não agir dos governantes e dos governados⁴⁰, razão de sua relevância.

Em outras palavras, o Estado de Direito – *the rule of law* – ou o império da lei viria caracterizar-se por se admitir um Estado onde todos se submetem à lei, limitando-se, definitivamente, o poder dos governantes⁴¹.

Na concepção clássica, liberal, a lei era criada como a “razão humana, manifestada pela vontade geral em que se encarna e expressa pelos representantes do povo”⁴². A lei, nessa perspectiva, não poderia vir a qualificar qualquer ato normativo. No pensamento político do século XVIII, para poder ser rotulado de lei, o ato normativo deveria atender a determinados requisitos, tanto de cunho formal, como ainda pertinentes ao seu conteúdo. Nessa trilha, lei seria tão só a norma aprovada por meio de um procedimento próprio, pelos representantes do povo.

Esta visão da lei, centrada unicamente nas mãos do parlamento, tem seu mastro no Iluminismo e não prosperou, sucumbindo frente o Estado intervencionista e cedendo lugar à divisão orgânica menos rígida das funções estatais, porém limitada a um controle entre os Poderes, através de mecanismos previstos na Lei Maior⁴³.

Decorre daí que, o Estado Democrático de Direito só se configurará onde os poderes do Estado – executivo, legislativo e judiciário – se façam presentes e desempenhem, de forma regrada, as funções institucionais que lhes competem⁴⁴.

⁴⁰ “Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito” (Odete Medauar, **Direito Administrativo Moderno**, p. 23). Também, “O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade expressa na lei” (Brasilino Pereira dos Santos, **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**, p. 29).

⁴¹ Cf. Francisco Wildo Lacerda Dantas, **O Estado de Direito e as medidas provisórias**, p. 239.

⁴² (Georges Burdeau, “Essai sur l’évolution de la notion de loi em Droit Français”, in **Archives de Philosophie du Droit et le Sociologie Juridique**, Paris, 1939, *Apud* Mônica Herman Salem Caggiano, in **Emendas em medidas provisórias**, p. 142).

⁴³ “Enquanto o Estado de Direito de legalidade (lastreado no conceito iluminista da lei) estava fadado à superação, a idéia de limitação do poder por meio de mecanismos constitucionais estaria destinada a perdurar. O poder, pois, necessitava, ainda que legítimo fosse, de ser limitado. E isto constitui, ainda nos dias atuais, o núcleo imutável da separação dos poderes” (André Ramos Tavares, **Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade**, p. 23).

⁴⁴ “ ‘Estado de direito’ e ‘democracia’ não são conceitos antitéticos ou dissociáveis. Um não pode ser pensado sem o outro. O ‘princípio democrático’ expressa a sua *função política*, o ‘princípio do Estado de direito’ a sua *função institucional*” (Cristina M.M. Queiroz, **Os Actos Políticos no Estado de Direito**, p. 200).

Necessário ainda, que a função legislativa originária seja atribuída a um poder soberano, dotado de legitimidade pelo próprio povo, pois, **todo poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

A medida provisória se refere a um mecanismo gerador de norma primária, não atribuída ao poder legitimado nas urnas para criar a lei. Trata-se de instituto cuja competência para a edição foi dada ao chefe do Poder Executivo, que, apesar de ocupar um cargo eletivo originalmente incumbido da função executiva - chefia de Estado, chefia de Governo e administração da máquina estatal – encontra-se legitimado pela Constituição Federal para, excepcionalmente, desempenhar a função legiferante⁴⁵. A excepcionalidade está fulcrada nas situações consideradas como extremas – urgentes e relevantes - que, por vezes, surgem e não podem aguardar o processo legislativo regular para sua solução, sob pena de sacrificar o interesse coletivo.

Nesse passo, razoável asseverar que a atuação originária do Poder Executivo na criação da lei, em hipótese adversa à descrita, vale dizer, em que não se identifiquem os pressupostos de urgência e relevância, há de ser tida como ilegítima, por macular o princípio da Separação dos Poderes e os fundamentos da nossa República, quais sejam: o Estado Democrático e o Estado de Direito. A *contrário sensu*, se presentes os requisitos da urgência e relevância impõe-se a atuação legiferante imediata do Poder Executivo para debelar a situação gravosa, sob pena de responsabilização por eventuais danos causados à coletividade, pois esta atribuição decorre da Lei Maior, regularmente criada por uma Assembléia Nacional Constituinte, logo, traduzindo a vontade do povo, que ao redigir o art. 62 da CF/88. veiculou sua vontade de conceder ao chefe do Poder Executivo o poder de legislar, via medida provisória, nas condições que especificou.

⁴⁵ “ Se é verdade que, do caráter democrático da separação dos poderes, resulta a proibição de delegação de atribuições de um a outro poder, certo é que, se tal delegação se faz pelo constituinte, desaparece a eiva de ilegitimidade, passando a questão para o domínio da competência, no sentido de que o titular do poder constituinte (o povo) repartiu a competência legiferante entre dois poderes”. (Carlos Mário da Silva Velloso, **Delegação legislativa. A legislação por associações**, p. 185).

8. CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, em que se buscou elucidar questões relevantes que envolvem o instituto da medida provisória, é possível extrair das ideias nele explicitadas as seguintes considerações finais.

A medida provisória é um instrumento relativamente novo em nosso ordenamento constitucional, pois foi introduzido pela atual Constituição Federal, através em seu art. 62.

Apesar de gerar norma primária, não é função típica do Poder Legislativo, e sim atípica do Poder Executivo, por força de competência atribuída pelo artigo 84, inciso XXVI da Lei Maior.

Por se tratar de função atípica, e em respeito aos princípios basilares da República Federativa do Brasil – Separação dos Poderes, Estado Democrático e Estado de Direito - só pode ser editada em situações excepcionais, tidas como urgentes e relevantes, e deve vigorar por prazo determinado.

Apesar da necessária observância dos pressupostos que a legitimam, a prática demonstrou que a medida provisória se fez instrumento fácil nas mãos do Executivo, porquanto as suas edições comumente se davam sob o manto de interesses políticos e/ou individuais, e não de situações urgentes e relevantes, gerando insatisfações e embates junto aos variados segmentos da sociedade.

Houve também desvirtuamento do prazo de vigência da medida provisória, fixado em 30 dias na redação original do art. 62, face à estranha figura da “reedição”, que permitia que essa perdurasse no mundo jurídico por tempo muito além do idealizado pelo Constituinte de 1988. Saliente-se que, a reedição não tinha sustentação constitucional e/ou legal.

O mau uso da medida provisória levou, após muitos reclamos, à edição da Emenda Constitucional nº 32 de 2001, a qual operou sensíveis mudanças no texto primitivo, notadamente ao trazer limitações de cunho material, pois delimitou o campo de aplicação da medida definindo as matérias não passíveis de serem tratadas por essa via; temporal, pois apesar de ampliar sua vigência de 30 para 60 dias, passou a admitir uma única prorrogação de prazo por igual período, vigendo, em regra, pelo tempo de 120 dias. Também, restou vedada a reedição dentro da mesma sessão legislativa

Por fim, tem-se que a medida provisória, apesar das constantes críticas que sofre, é espécie normativa necessária ao Governo, pois situações relevantes e urgentes surgem e impõem providências imediatas para resolvê-las, tornando-se imperioso que o Executivo disponha de um mecanismo célere capaz de fazer frente a tais problemas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, e MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**, São Paulo: Editora Moderna, 1986.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 20 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1999.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Emendas em medidas provisórias**, in Revista de Direito Público, nº 93.

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

_____. **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.

CERQUEIRA, Marcello. **Medida provisória: a miséria da lei**, Rio de Janeiro: RTDP-11, 1994.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **O Estado de Direito e as medidas provisórias**, in Revista dos Tribunais, nº 654, abril de 1990.

ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO, volumes 23 e 38, coordenação do Prof. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha, **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 26. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Do processo legislativo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Do processo legislativo**, 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANCO JUNIOR. Raul de Mello. **Medidas provisórias editadas por Estados, Distrito Federal e Municípios**, site www.raul.pro.br/artigos/mp-est.doc. Acesso em 06.06.15.

- FRIEDE, Reis. **Curso analítico de direito Constitucional e de teoria geral do Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MARIOTTI, Alexandre. **Medidas provisórias**, São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MENEZES, Anderson. **Teoria Geral do Estado**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo V – actividade constitucional do Estado, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MODUGNO, Franco. **Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**, introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**, tradução Peter Naumann, revisão Paulo Bonavides, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- 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.
- QUEIRÓZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder**, Coimbra: Almedina, 1990.
- QUINTERO, César A. **Los decretos con valor de ley**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1976.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**, São Paulo: LTR, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18ª ed. rev. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade**, Revista do Advogado, nº 73, São Paulo: novembro de 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, **Delegação legislativa. A legislação por associações** in Revista de Direito Público, nº 90.

VIESTI, Giuseppe. **Il decreto-legge**. Nápoles: Jovene, 1967.

