

matérias condizentes com os interesses da Federação.³⁹

39. Ives Gandra da Silva Martins assim questiona o bicameralismo no Brasil:

"(...) Nos países unitários, como França, Portugal, Espanha etc., há apenas uma Casa Legislativa. Nas Federações, admitem-se duas, uma para representar a Federação e outra, o povo. Nestas hipóteses, embora cada país tenha seu modelo próprio, a Casa do Povo e a Casa da Federação têm seu foco específico e não acumulado, assim como, atribuições claras, que não se confundem.

"Se tivéssemos o Senado como representante da Federação, essa Casa não deveria ser legisladora, senão nas hipóteses em que seria a única, quando os interesses fossem, *exclusivamente*, da Federação, assim como todo o processo legislativo ordinário deveria ser, privativamente, da Câmara dos Deputados, que é aquela que, nos países unitários, legisla sem duplo grau na elaboração normativa.

"Se outorgássemos ao Senado, mediante emenda constitucional, atribuições exclusivamente federativas, de controle orçamentário, de supervisão internacional dos tratados, de escolha dos membros dos Tribunais Superiores, do Banco Central e do Ministério Público, certamente sua existência se justificaria. Como está, não. Poderia ser perfeitamente extinto, facilitando o trabalho do Poder Executivo e da Câmara dos Deputados e, pela abreviação, do processo legislativo. Poder-se-ia, inclusive, reduzir as hipóteses de edição de medidas provisórias à sua mínima expressão.

"Convenço-me, de mais em mais, que um senador, nas suas principais atribuições, é rigorosamente igual a um deputado, porque faz a mesma coisa, não se compreendendo, pois, sua existência, que distorce ainda mais a representação popular, pois faz com que o eleitor de Estado populoso valha incomensuravelmente menos do que um de pequeno Estado. É que a representação para as mesmas atribuições é idêntica, no Senado, e apenas proporcional, com sérias desigualdades, na Câmara.

"Tenho para mim que grande parte dos problemas nacionais decorre deste duplo grau no processo legislativo, que propicia a corrup-

ção. Em síntese, entendemos que o sistema bicameral adotado em nosso país deveria ser revisto. O ideal seria que o Senado tratasse apenas das questões federativas, e a Câmara dos Deputados cuidasse somente das questões relativas à legislação comum, sem necessidade de haver duas instâncias legislativas. No sistema vigente, em que há a revisão das normas produzidas pela Câmara dos Deputados pelo Senado Federal, há um nítido retardo do processo legislativo, pois a Casa da federação faz o que a Casa do povo faz.

E, com esses comentários finais, encerramos o presente estudo acerca dos aspectos mais relevantes do Poder Legislativo nestes últimos 20 anos da Constituição.

ção, acertos políticos, inchaço das máquinas administrativas e cargos políticos e, sobre atrasar as soluções de urgência, justifica esta excrescência, que é a medida provisória, apenas justificável nos regimes parlamentares, em que o Chefe de Gabinete e seu veiculador está sujeito a voto de censura do Parlamento.

"Como está, não vejo necessidade do Senado. Seria bom que fosse extinto. Se houver a mudança aqui propugnada para ficar, exclusivamente, com funções federativas, aí sim, ganha a dignidade própria de ser a 'Casa da Federação' (Justifica-se o bicameralismo no Brasil? cit.).

O PROCESSO LEGISLATIVO

AMÉRICO MASSET LACOMBE

Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP. Desembargador Federal aposentado. Advogado em São Paulo.

1. O art. 59 da Constituição enumera os veículos normativos que compõem o processo legislativo. A primeira indagação é saber se a palavra "processo" está aí utilizada em seu sentido técnico ou em seu sentido vulgar. A segunda indagação é verificar se há hierarquia entre as fontes normativas enumeradas.

2. Vejamos a primeira. Saliente-se de pronto que toda atividade técnica legislativa e técnico-jurídica só tem início, e só tem mesmo sentido lógico, a partir da Constituição, isto porque é a Constituição que cria o Estado. Antes dela o Estado não existia. Por tal razão, as palavras da Constituição devem ser entendidas em seu sentido vulgar, salvo quando: (a) a palavra só tiver sentido técnico; (b) for inequívoco o sentido técnico empregado pela Constituição. Se na lei - fruto do exercício da função legislativa, atividade técnico-política e jurídica - não se podem admitir enganos técnicos, o mesmo não ocorre com a Constituição, que é um texto votado pelo povo e para o povo.

3. A Constituição utiliza-se de algumas palavras em seu sentido técnico, como, por exemplo, "mercadoria" (art. 155, II) e "obrigação" (art. 5.º, II). Mas nos dois exemplos tal sentido é indubitável. No primeiro caso a palavra só tem sentido técnico, pois os próprios dicionaristas recorrem ao significado econômico para bem defini-la; no segundo, o texto utiliza-se de expressões técnicas para qualificar tipos (*facere e non facere*). A palavra "processo" pode ser empregada com sentido técnico

co e com sentido vulgar. A Constituição a emprega nos dois sentidos. No art. 5.º, LIII, vemos o emprego da palavra "processado" em sentido técnico ("ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"). A palavra "processado" significa ser a parte passiva (réu) em um processo. Também no inc. LIV do art. 5.º vemos a utilização da palavra "processo" em sua acepção técnica ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"). Da mesma forma no mesmo art. 5.º, LV ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"). No entanto, a mesma palavra "processo" é empregada pela Constituição em seu sentido vulgar. Assim, no art. 16, vemos a seguinte redação, alterada pela Emenda 4/93: "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência". A palavra processo está aí utilizada nitidamente em seu significado vulgar. Mas as maiores evidências do emprego da palavra "processo" na sua acepção vulgar estão nos arts. 215, § 1.º, e 225, § 1.º, I. O primeiro diz que "o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do *processo civilizatório nacional*". O segundo fala em "preservar e restaurar o processo ecológico".

4. "Processo", em sentido técnico, "é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide". "No processo se desenvolve um conjunto de atos coordenados visando à composição da lide".¹ José

1. Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva.

Frederico Marques define processo (acepção técnica) como o “conjunto de atos que constituem o instrumento de que se serve o Estado, para o exercício da jurisdição”.² “Processo”, portanto, é a atividade mediante a qual se desenvolve em concreto a função jurisdicional.³ Maria Helena Diniz define o sentido técnico da palavra *processo* como sendo “o conjunto de atos necessários e que devem ser praticados numa ordem preestabelecida, para esclarecimento da controvérsia e para obtenção de uma solução jurisdicional para o caso *sub judice*”.⁴ O sentido vulgar da palavra processo nos é fornecido pelos dicionaristas da língua. Temos assim: “ação continuada, realização contínua e prolongada de alguma atividade; seguimento, curso, decurso; seqüência contínua de fatos ou operações que apresentam certa unidade (...)”.⁵ Ou ainda: “ato de proceder, de ir por diante; seguimento, curso, marcha... maneira pela qual se realiza uma operação (...)”,⁶ “modo pelo qual uma coisa é feita (...), forma pela qual alguma coisa tem um determinado percurso”.⁷

5. A palavra “processo”, seguida do adjetivo “legislativo”, empregada na Constituição, tem assim uma acepção vulgar. Não se trata de *processo*, mas de um mero procedimento, vale dizer, regras relativas ao modo de agir.

6. Vejamos a resposta a ser dada à segunda indagação acima enunciada, vale dizer,

1999, p. 11-12.

2. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 2.
3. Liebman. *Manual de direito processual civil*. Buenos Aires: Ejea, [s.d.]. p. 25.
4. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
5. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
6. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
7. *Dicionário da língua portuguesa contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*. São Paulo: Verbo, 2001.

se há hierarquia entre as fontes normativas enumeradas no art. 59, o qual tem a seguinte redação:

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- “I – emendas à Constituição;
- “II – leis complementares;
- “III – leis ordinárias;
- “IV – leis delegadas;
- “V – medidas provisórias;
- “VI – decretos legislativos;
- “VII – resoluções.

“Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

7. É evidente que entre as emendas à Constituição e as demais fontes normativas enumeradas há uma evidente superioridade das emendas, em razão do princípio da supremacia da Constituição, fixado por John Marshall, no início do século XIX, no caso *Marbury v. Madison*. As emendas podem alterar a Constituição, desde que respeitem as cláusulas pétreas (§ 4.º do art. 60). As leis complementares, a partir da vigência da atual Constituição, gozam também de supremacia sobre as leis ordinárias e, conseqüentemente, sobre todos os veículos normativos relacionados em seguida, em razão do disposto no parágrafo único, o qual determina que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Além disso, o art. 69 dá uma especial relevância às leis complementares ao dizer que serão aprovadas por maioria absoluta.

8. Parece também evidente que não há hierarquia entre a lei ordinária, a lei delegada, ou a lei oriunda de medida provisória, havendo, no entanto, superioridade destas em relação aos decretos legislativos e as resoluções.

9. Merecem consideração especial questões referentes às medidas provisórias.

10. Antes de verificarmos a exata natureza jurídica das medidas provisórias, é necessário fazer um trabalho de exclusão, vale dizer, certificar o que não é medida provisória. O ponto de partida é o art. 59 da Constituição, já acima transcrito.

11. Pela própria disposição do artigo, onde as medidas provisórias encontram-se expressamente destacada dos demais veículos normativos, verifica-se que com nenhum deles se confundem. E a redação do *caput* do art. 62 confirma:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

12. Ora, se o texto afirma que “o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei”, significa que leis não são. Caso fossem, seria despidendo a afirmação. Como as expressões de qualquer regra não podem ser consideradas inúteis, conclui-se que a expressão “com força de lei” tem a sua razão de ser. E a razão é dar força de lei àquilo que não é lei. Saliente-se ainda que, se fossem lei, não necessitariam de ser convertidas em lei.

13. Medidas provisórias também não são projetos de lei. Estes não têm eficácia enquanto não votados pelo Congresso e sancionados pelo Executivo. Não têm prazo certo para aprovação ou rejeição, salvo o previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 64. E, obviamente, não podem possuir força de lei.

14. As medidas provisórias não têm natureza legislativa. Primeiro porque elas serão (ou não) convertidas em lei (§ 3.º do art. 62); segundo, porque não são provenientes do Poder Legislativo. Medidas provisórias são atos do Poder Executivo. Só o Presidente da República poderá adotá-las, para usarmos a expressão constitucional. E o Chefe do Executivo o faz não no exercício de uma competência legislativa que lhe

fosse deferida pela Constituição, como acontecia com os antigos decretos-leis. A ineficácia destes, no caso de rejeição pelo Congresso, seria *ex nunc*, ao passo que para as medidas provisórias rejeitadas ou não convertidas em lei, por não apreciação pelo Legislativo, no prazo de 60 dias prorrogável, a ineficácia será *ex tunc*, “devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes” (§ 3.º do art. 62).

15. Que a medida provisória seja ato próprio do Poder Executivo não há que se duvidar. Resta saber se poderá ser considerado um *ato administrativo* ou um *ato sui generis* de natureza constitucional. Em trabalho anterior,⁸ caracterizamos a função administrativa como sendo: (a) a elaboração de normas gerais de natureza infralegal; (b) a elaboração de normas individuais não definitivas, concretas, emitidas por iniciativa própria do Poder que emite; (c) a aplicação das normas individuais, pela execução do ato coercitivo. Posteriormente, em outro trabalho,⁹ partindo da conceituação acima, afirmamos que, para conceituar o ato administrativo, teríamos, como primeira tarefa, de localizá-lo dentro da tríplice atividade que compõe a função administrativa. A primeira indagação seria saber se poderíamos conceituar como ato administrativo o regulamento, isto é, a norma geral de natureza infralegal. E a resposta foi negativa. E nos apoiamos em tratadistas de escol, como Marcelo Caetano e Renato Alessi. O primeiro define ato administrativo como sendo “a conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses postos por lei à seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso con-

8. Função administrativa. RDP 29/26.

9. Conceito, pressupostos, requisitos e aspectos do ato administrativo. RDP 33/37.

creto".¹⁰ Renato Alessi, por sua vez, define o provimento administrativo como sendo a "manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respecto a una realización en la que dicha autoridad es parte, para la satisfacción de intereses públicos concretos confiados a la misma".¹¹ O ato administrativo, dizíamos então, produz efeitos jurídicos concretos, satisfaz interesses concretos. Uma das suas características é, portanto, a concreitude. O ato administrativo é, assim, norma individual (no sentido kelseniano). Exclui-se da sua noção o regulamento, norma geral, que não produz efeitos em casos individuais.

16. Tal parece ser a opinião de Agustín Gordillo, que define ato administrativo como sendo "una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata".¹² Vale dizer, se o ato administrativo produz efeitos jurídicos individuais de forma imediata, a sua noção opõe-se a de ato veiculador de normas gerais. Também Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como sendo "declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes (...)) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".¹³ Vê-se, assim, que a noção de ato administrativo opõe-se à de norma geral. Lúcia Valle Figueiredo é

taxativa neste particular, pois define ato administrativo como sendo "norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário".¹⁴ Verifica-se, portanto, que, sendo veiculadora de norma geral e abstrata, a medida provisória não pode ser conceituada como ato administrativo.¹⁵ As medidas provisórias são aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ classifica como "atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição (...)", que "inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário, são amplamente discricionários, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional (...)".

17. São, portanto, as medidas provisórias atos de governo, que se distinguem dos atos administrativos apenas por serem infraconstitucionais (e não infralegais) e por serem de conteúdo genérico e abstrato, além de possuírem, enquanto em vigor, força de lei. No mais, são equivalentes: possuem seus pressupostos, requisitos e aspectos, além de amplamente controláveis pelo Judiciário. O controle jurisdicional decorre do item XXXV do art. 5.º da Lei Maior, que na redação atual tem um alcance bem mais amplo do que possuía nas constituições anteriores, as quais não faziam menção à ameaça a direito, bem como do princípio da separação dos poderes (art. 2.º), erigido em cláusula pétrea (art. 60, § 4.º).

18. Vejamos os pressupostos das medidas provisórias. Marcello Caetano¹⁷ distingue com grande acuidade: "Importa não confundir os elementos e os requisitos e pressupostos do ato. O elemento encontra-se no ato e só a abstração o separa. Faz parte do próprio ato. Ao passo que os requisitos são exigências legais que condicionam a validade ou a eficácia do ato e que podem depender de certas situações pressupostas na lei". "Aos componentes do ato, de cuja concorrência depende a respectiva existência, chamamos elementos. Requisitos são, como acabamos de ver, as exigências legais a que o ato existente tem de satisfazer para ser válido. Mas, em muitos casos, o requisito depende da verificação de circunstâncias objetivas ou subjetivas previstas na lei ou por ela admitidas. A essas situações de fato ou de direito, cuja existência em relação a algum dos requisitos a lei impõe ou admite como condição para que o ato possa ser validamente praticado, chamamos pressupostos."

19. Levando-se em conta que as medidas provisórias são atos infraconstitucionais, a lição acima do jurista luso pode ser a elas adaptada. Pressupostos do ato (das medidas provisórias) são, de conseguinte, situações previstas na Constituição de cuja verificação nasce para o Chefe do Executivo o dever de praticar determinado ato (no caso, emitir um ato de governo com força de lei). Não se trata, no caso, de faculdade mas de dever, visto que ocorridos os pressupostos, que devem ser qualificados, não restará ao Presidente da República alternativa senão emitir o ato de governo (medida provisória).

20. Os pressupostos das medidas provisórias são a relevância e a urgência. A ocorrência destes deve ser apreciada pelos três Poderes da República, posto que por enfoques diversos. O Poder Judiciário, se

provocado, deverá apreciá-los, visto que seus conceitos são extraídos do sistema constitucional. Em primeiro lugar, cumpre notar que tanto a relevância como a urgência não podem ser algo comum. Tudo que é matéria de lei é relevante. Sempre que o legislador examina fatos que ocorrem na sociedade e valora-os, erigindo-os em hipóteses normativas, está dando a esses fatos relevância jurídica. A relevância, portanto, não há de ser desse tipo, vale dizer relevância comum. A relevância capaz de justificar a emissão da medida provisória, por si só capaz de inverter a ordem de apreciação da matéria pelos Poderes Políticos (Legislativo e Executivo) – pois nela o Executivo se antecipa à aprovação legislativa – deve ser uma relevância em tudo e por tudo excepcional. E tal conceito é perfeitamente extraído do texto constitucional. Em outro trabalho anterior,¹⁸ ao estudarmos os pressupostos do antigo decreto-lei, notamos que a Carta anterior, como a atual, fornecia, em diversos pontos, os elementos necessários para a determinação do conceito de *interesse público relevante* (Emenda 1/69). A Constituição vigente nos fornece, da mesma forma, o conceito de relevância. Não há dúvida nenhuma que são relevantes os princípios fundamentais constantes dos arts. 1.º e 4.º (Título I – Dos Princípios Fundamentais). Também as cláusulas pétreas (§ 4.º do art. 60) possuem indiscutível relevância. Mas não só. Todas as ressalvas e esses princípios serão relevantes. Tomemos um exemplo a Federação. O princípio federativo possui uma magnitude ímpar em nosso sistema, não só por estar estabelecido no próprio nome do Estado (República Federativa do Brasil), definido logo no art. 1.º, como também por constituir cláusula pétrea (item I do § 4.º do art. 60). O princípio federativo tem como decorrência lógica a não-inter-

10. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 1, p. 390.

11. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. espanhola de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. v. 1.

12. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963. p. 77.

13. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 173-174.

14. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 92.

15. Em sentido contrário, veja-se Marco Aurélio Greco, *Constituição de 1988*: primeira leitura. São Paulo: RT, 1989. v. 11.

16. Op. cit., p. 173.

17. Op. cit., p. 391 e 425.

18. A inconstitucionalidade da contribuição para o "Finsocial". RDT 23-24/186.

venção. No entanto, o art. 34 enumera os casos em que poderá ocorrer a intervenção da União nos Estados-Membros; assim, as hipóteses ali consideradas possuem evidente relevância. Outro exemplo: os casos que justificam a decretação dos estados de defesa e de sítio (arts. 136 e 137). Note-se, no entanto, que se as ressalvas a princípios gerais são relevantes, nem todas justificam a utilização das medidas provisórias. Exemplo: a ressalva ao princípio da legalidade dos tributos, consubstanciada no § 1.º do art. 153, que permite ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas de determinados impostos. É que, para utilizar-se de tal faculdade, o instrumento adequado é o decreto. No entanto, poderá ocorrer relevância para se utilizar medida provisória para alterar as condições e limites para o exercício de tal faculdade. O conceito de relevância, portanto, é facilmente extraído do texto constitucional. Mas mesmo que haja relevância jurídica, poderá o Congresso Nacional julgar não haver relevância política e não apreciar a matéria ou rejeitá-la. A este tema voltaremos quando abordarmos a questão das reedições das medidas provisórias.

21. O outro pressuposto é o da urgência. Este é de averiguação bem mais fácil. É que pelo § 1.º do art. 64, o Presidente da República poderá solicitar urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa, e pelo § 2.º, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em 45 dias, a proposição será incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação dos demais assuntos, para que se ultime a votação. Ora, só será urgente a ponto de justificar a utilização das medidas provisórias aquilo que não puder aguardar o prazo acima, vale dizer 90 dias; visto que o prazo de 45 dias é sucessivo para cada uma das casas do Congresso. É óbvio que tal prazo deve ser considerado,

por exemplo, quando a matéria versada na medida provisória não puder ter eficácia imediata. Assim, não seria admissível que, em fevereiro, fosse editada medida provisória versando sobre um tributo que, sujeito ao princípio da anterioridade, só pudesse ser exigido no exercício seguinte. Não haveria o pressuposto da urgência.

22. Note-se ainda que a redação do art. 62, utilizando a copulativa e, revela que os dois pressupostos devem ocorrer para legitimar a medida provisória. Nesse aspecto difere a Carta atual da anterior, a qual, no seu art. 55, que autorizava a edição dos decretos-leis, utilizava-se da disjuntiva ou quando se referia aos pressupostos (“casos de urgência ou interesse público relevante”).

23. No que concerne aos requisitos de validade, as medidas provisórias não apresentam maiores problemas. O primeiro deles é a competência do agente, perfeita e claramente definido na Constituição, vale dizer, o Presidente da República. Tal competência não pode ser delegada. Ainda que o Chefe do Executivo delegue a algum Ministro de Estado as atribuições mencionadas no art. 84 da CF nos itens VI (dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei); XII (conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei) e XXV (prover e extinguir cargos públicos federais, na forma da lei), tal Ministro jamais poderá entender que a competência para baixar medidas provisórias, ainda que para implementar as atribuições que lhe foram delegadas, passa também a ser sua.

24. O segundo requisito de validade da medida provisória é a formalidade. Todo o ato do executivo, seja ele ato político ou ato administrativo, deve ser motivado. Ato político por excelência é o veto presidencial a disposição de lei. E tal ato é motivado e fundamentado. No caso das medidas

provisórias a exigência desse requisito é mais evidente. Se a Carta Magna exige a ocorrência dos pressupostos de urgência e relevância, é evidente que a ocorrência de tais pressupostos deve estar perfeitamente demonstrada. São passíveis de exame pelo Congresso e pelo Judiciário. O Congresso pode manifestar-se, inclusive por omissão, pois se não apreciar a medida provisória no prazo, estará dizendo que ou a matéria não é urgente ou não é relevante.

25. Outro requisito é a adequação à finalidade que a Constituição prevê para a edição das medidas provisórias. A Carta de 1988 não diz expressamente qual a finalidade das medidas provisórias, mas tal finalidade é inferida do sistema. Em primeiro lugar, estando elas inseridas no rol dos componentes do processo legislativo, a primeira finalidade que se vislumbra é serem elas destinadas a vinculação de normas gerais. A segunda finalidade é veicular regras que regulem situações emergenciais, vale dizer, decorrentes de fatos extraordinários imprevisíveis dentro da ordem natural das coisas. O princípio da separação dos poderes (cláusula pétrea) impede que se dê alcance maior às possibilidades de edição das medidas provisórias. A lógica das regras deve ser contida dentro dos limites impostos pelos princípios. Assim, tudo aquilo que for medida rotineira não se legitimará se for veiculado por medida provisória. Recentemente, os abusos tem sido evidentes, inclusive tem-se utilizado esse veículo normativo para burlar garantias individuais, como a edição, em final de exercício, de regras de imposto sobre a renda.

26. Vejamos os aspectos da medida provisória. O primeiro aspecto é o da forma, que deve estar adequado ao requisito constitucional da formalidade. A forma, no caso, é o modo pelo qual o Presidente da República se manifesta, e se a medida provisória pode ser convertida em lei, e tem força de lei, deve ela ter forma de lei,

vale dizer, deve ser escrita, articulada e assinada.

27. O segundo aspecto é o conteúdo, que merece inúmeras considerações. Em primeiro lugar cumpre destacar que as medidas provisórias só podem dispor sobre matérias que possam ser reguladas por lei ordinária. Ao dizer o § 3.º do art. 62 que “as medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei (...)”, está obviamente referindo-se à lei ordinária, pois sempre que a nossa Lei Maior não se refere a esse tipo de lei, determina de pronto a espécie, ou complementar ou delegada. Matéria reservada à Lei Complementar não poderá ser objeto de disposição por medida provisória (item III do § 1.º do art. 62).¹⁹ Também não será possível a utilização da medida provisória para regular matérias vedadas à Lei Delegada. Com efeito, dispõe o art. 68:

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

“§ 1.º 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:

19. Esta questão já era pacífica na jurisprudência antes da Emenda 32/2001. Trago à colação decisão do TRF 3.ª Reg., na Arguição de Inconstitucionalidade na Ap em MS 36325 (Reg. 90.03.32177-9), apelante Banco Central do Brasil, apelado Fábio Konder Comparato, em cuja ementa consta: “Medida provisória não é instrumento idôneo para iniciar procedimento legislativo que vise dispor sobre matéria reservada à lei complementar” (Revista do TRF da 3.ª Região – Arguição de Inconstitucionalidade 1989/1993, p. 211).

"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.

"(...)" (veja-se ainda o inc. I do § 1.º do art. 62, cuja redação foi dada pela Emenda 32/2001).

28. O raciocínio para se afirmar tal vedação é simples: se tais matérias não são passíveis de delegação, com maior razão não poderão ser reguladas por medidas provisórias, onde não há delegação alguma. Vejamos agora outros campos vedados às medidas provisórias. Parece não haver dúvida quanto à matéria penal (letra b do inc. I do § 1.º do art. 62), pois, mesmo quando não havia vedação expressa, tal vedação era implícita. Tendo caráter provisório, como a própria denominação indica, é incompatível com a definição de crime. Vale recordar a lição de Marco Aurélio Greco:

"Com efeito, tratando-se de ato provisório, com vigência temporal limitada, a qualificação jurídica por ele introduzida tem caráter condicional, no sentido de que só assumirá caráter definitivo caso sobrevenha a conversão em lei.

"Em matéria penal, isto implicaria admitir a configuração de um 'crime condicional' no sentido de que aquela determinada conduta seria típica ou não, conforme viesse a ocorrer ou não a conversão".²⁰

29. Em matéria tributária também não será admissível sua regulação por medida provisória. A criação de impostos novos pela União só poderá ser feita mediante Lei Complementar (art. 154, I), o que desde logo inviabiliza a utilização da medida provisória. Os impostos sujeitos ao princípio

da anterioridade esbarram no pressuposto da urgência. Os não sujeitos não necessitam da medida provisória, visto que em relação a eles as alíquotas podem ser alteradas por ato do Poder Executivo. Mas o que realmente impede a utilização da medida provisória em matéria tributária é o princípio da legalidade, e já vimos que medida provisória não é lei.²¹

30. Conivém ainda frisar que o sistema tributário está todo ele informado não pelo critério da urgência, mas, pelo contrário, pelo critério da não-urgência, a fim de que não seja o contribuinte surpreendido com uma carga tributária não prevista. Tanto o princípio da legalidade como o princípio da segurança jurídica revelam que o critério a ser seguido é o da previsão, da não-urgência. Há, evidentemente, exceções, como já frisamos acima. Assim, os impostos federais sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, poderão ter suas alíquotas alteradas por ato do Poder Executivo. No entanto, como também já frisamos, tal alteração será feita pelo ato próprio e peculiar de tal Poder, vale dizer, o decreto. Não haverá, no caso, necessidade de o Executivo lançar mão de medida provisória. Mas note-se que o Executivo só tem, em relação a tais impostos, a faculdade de alterar alíquotas mediante decreto. Não tem qualquer poder de, mediante tal ato, alterar outros aspectos da norma tributária, nem mesmo a sistemática de apuração, contabilização e cobrança de tais impostos. Tudo isso só poderá ser alterado por lei, sendo vedada a utilização da medida provisória. E isto, por uma simples razão: o Poder Constituinte,

21. Veja-se o excelente trabalho de Misabel de Abreu Machado Derzi, Medidas provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos, RDT 45/130.

percebendo que nestes impostos poderia ocorrer uma necessidade de alteração urgente de alíquotas, conferiu ao Executivo o poder de alterá-las, sem necessidade de recorrer ao Legislativo. Isto significa que só pode haver urgência para alteração de alíquotas. Qualquer outra modificação não será urgente e, assim sendo, não poderá o Executivo valer-se da medida provisória.

31. Da mesma forma, a Constituinte ressaltou os impostos acima do princípio da anterioridade (§ 1.º do art. 150), significando que a alteração deles pode ser urgente, mas como, logo depois, facultou a alteração de alíquotas pelo Executivo (§ 1.º do art. 153), significa que só será urgente a alteração de alíquotas. A única ressalva ao critério da não-urgência que não comporta qualquer limitação é a do imposto extraordinário de guerra externa. Ai há urgência e relevância e poderá o Poder Executivo lançar mão da medida provisória. Só nesse caso.

32. A questão da reedição também gerou dúvida. O primeiro raciocínio – elaborado por muitos – foi no sentido de que, não havendo proibição, a medida provisória poderia ser reeditada *ad infinitum*. Vale dizer, não examinada pelo Congresso, poderia o Executivo baixar outra idêntica, mantendo a eficácia das normas veiculadas. Tal raciocínio é ingênuo e falso. Em primeiro lugar, o princípio de que *tudo que não for vedado será permitido* só pode ter aplicação no campo do direito privado. Em segundo lugar, tal raciocínio examinava isoladamente a regra do art. 62, sem nenhuma consideração com o sistema constitucional dentro do qual está inserido. Cabe aqui aquela advertência feita no início: toda regra tende a se expandir até os limites da sua lógica, mas é contida pelos princípios informadores do sistema.

33. A pretensão dos defensores da plena possibilidade de reedição das medidas provisórias chegou ao limite do disparate

quando houve reedição de uma medida rejeitada pelo Congresso. É claro que tal possibilidade foi fulminada pelo STF.²² Em seu voto, o ilustre relator Min. Celso de Mello deixa claro as diversas limitações do Poder Executivo na edição das medidas provisórias. Logo no início acentua que "o que legitima o Chefe do Poder Executivo da União a antecipar-se *cautelamente* ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é, pois, o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o *retardamento* da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público". E acrescenta em seguida: "Para prevenir eventuais abusos ou práticas arbitrárias, a Constituição do Brasil estabeleceu *garantias formais* de controle dessa atividade presidencial, que consistem em quatro pontos essenciais: (a) convocação extraordinária do Congresso Nacional, quando em recesso; (b) imediata apresentação ao Congresso Nacional, pelo Executivo, da medida provisória por este editada, visando a sua conversão em lei; (c) perda de eficácia *ex tunc* do ato não convertido em lei; e (d) possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade da

22. Na ADIn (ML) 293-7/600/DF (Tribunal Pleno, rel. Min. Celso Mello, DJ 16.4.1993), ficou ementado: "A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão, – além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante consequência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar... A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – *enquanto for respeitada* – constituirá a garantia efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao STF incumbe a *tarefa, magna e eminente*, de velar para que essa realidade não seja desfigurada" (Lex 178/56).

medida provisória, mediante exercício da jurisdição difusa ou concentrada – esta já expressamente admitida pelo STF, em decisão unânime proferida no julgamento da ADIn 37-3/DF (medida cautelar), de que foi relator o eminente Min. Francisco Rezek (DJ 23.06.1989)”. E prossegue:

“O que se pretende evitar, com este sistema de garantias, é que o exercício indiscriminado dessa excepcional competência do Poder Executivo se converta numa prática legiferante ordinária e substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis.

(...)

“O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanação das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder legislativo, a ser exercidos a posteriori e, quando tal se impuser, dos próprios Tribunais e Juízes”.

34. Portanto, o poder do Chefe do Executivo para baixar medidas provisórias não é arbitrário e ilimitado. Está sujeito a controle a ser exercido pelos demais Poderes. Também não é lícito ao Presidente da República retirar do Congresso medida provisória para lá enviada a fim de ser convertida em lei.²³ No momento em que o Chefe do

23. ADIn 221-0/DF, rel. Min. Moreira Alves, onde se lê na ementa: “Por ser a medida provisória ato normativo com força de lei, não é admissível seja retirada do Congresso Nacional a que foi remetida para o efeito de ser, ou não convertida em lei”. “Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta

Poder Executivo envia ao Congresso o texto de uma medida provisória para a aprovação e conversão em lei, esta ganha autonomia em relação à vontade do Poder Executivo. Não mais pertence ao Executivo, mas sim ao Legislativo, o qual poderá efetivar a conversão em Lei, rejeitá-la ou ainda omitir-se deixando passar *in albis* o prazo de 60 dias (prorrogável). Nesta última hipótese, o Legislativo está rejeitando os pressupostos da urgência ou da relevância, razão pela qual não poderá haver reedição.²⁴

35. O primeiro erro dos que admitem a possibilidade de reedição é querer desvincular tal interpretação da análise dos pressupostos, como se uma regra jurídica não fosse um conjunto de aspectos ligados por encadeamentos lógicos. O segundo erro é ignorar por completo o disposto no § 3.º

de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (Lex 184/5).

24. Na ADIn 363/DF, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 134/558, lê-se na ementa: “A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nelê, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo”.

do art. 62, não o relacionando ao princípio da separação dos Poderes. Já afirmamos que o exame dos pressupostos (relevância e urgência) é da competência dos três Poderes. O primeiro exame é do Executivo. Ao baixar a medida provisória – motivando-a –, está ele justificando a urgência e a relevância. O segundo exame é do Legislativo. Tal exame poderá ser feito não só por ação mas também por omissão. Note-se, como já frisamos, que a urgência exigida como pressuposto não é uma urgência comum. Ora, se o Congresso deixa passar 60 dias, está obviamente dizendo que a questão não é urgente, e, de conseguinte, é ilegítima a utilização da medida provisória. Além disso, a não conversão em lei dará ao Congresso o dever de disciplinar as relações jurídicas daí decorrentes (§ 3.º do art. 62). Note-se, primeiramente, que o texto fala em *não conversão em lei*, e não em rejeição. Ora, a não conversão em lei pode ocorrer tanto pela rejeição como pelo decurso *in albis* do prazo de 120 dias (60 dias, prorrogáveis por igual prazo). E aí estaremos diante de uma competência legislativa, que não pode ser suprida por uma providência do Executivo, qual seja a reedição a fim de prorrogar a eficácia daquilo que já perdeu. Não haveria, por conseguinte, qualquer possibilidade de reedição das medidas provisórias, não fosse a redação do § 10 do art. 62, que permite a reedição, mas põe limitações.²⁵

36. Outra questão que merece ser abordada é a questão da apreciação pela casa legislativa iniciadora das emendas feitas pela casa revisora. O art. 64 diz que “a discussão e votação nos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do STF

25. É a seguinte a redação: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso do prazo”.

e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”. Isto significa que a aprovação de tais projetos pela Câmara dos Deputados será revista pelo Senado. Se o projeto começar a ser discutido no Senado (projeto de autoria de Senador), deverá ser revisto pela Câmara. As emendas sofridas pela casa revisora deverão ser aprovadas pela casa iniciadora. A votação, portanto, sempre será concluída na casa iniciadora, a qual enviará o projeto à sanção do Presidente da República. Se o projeto revisto não retornar à casa iniciadora, sendo enviado diretamente à sanção, a lei padecerá de inconstitucionalidade formal, vale dizer, será inexistente, pois não preencheu os requisitos para se tornar lei. A lei formalmente inconstitucional é inexistente, e, como tal, não é desconstituída. O nulo e o anulável são desconstituídos. A inexistência é simplesmente declarada. A lei materialmente inconstitucional é nula: existe mas não vale.

37. O § 1.º do art. 66, é taxativo em criar um dever para o Presidente da República, ao dizer que, se ele “considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”. Passado o prazo de 15 dias, sem qualquer manifestação do Presidente da República, tal silêncio importará em sanção (§ 3.º art. 66). O veto será apreciado, em 30 dias, em sessão conjunta do Congresso, e só poderá ser rejeitado pela maioria absoluta de Deputados e Senadores, devendo o escrutínio ser secreto. Se o veto não for apreciado em 30 dias, será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. Derrubado o veto, se a lei não for promulgada pelo Presidente da República, o Presidente do Senado a promulgará

(§§ 5.º e 7.º do art. 66), e se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

38. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso. No que concerne às leis delegadas, a Constituição impõe limites, determinando que 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 o que for concernente à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e garantia de seus membros, à nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, a planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

39. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (ARTS. 70 A 75 DA CF)

IVES GANDRA MARTINS

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIFIEO, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército-ECEME e Superior de Guerra-ESG, Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

O Tribunal de Contas da União, apesar de ter características semelhantes às cortes judiciárias, é um órgão do Poder Legislativo, cabendo-lhe relevante função no sistema. Toda a Seção IX do Capítulo I do Título IV é dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Reza o art. 70: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".

O artigo é dedicado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de sua Administração direta ou indireta, seja pelo controle externo, seja pelo controle interno de cada Poder.

A dicção inicial demonstra que pretendeu o constituinte erradicar qualquer dúvida a respeito da extensão do controle pretendido, na medida em que faz menção à fiscalização orçamentária, acrescentando a contábil, operacional, financeira e patrimonial. Ora, no orçamento há previsão para todos os aspectos mencionados, que,

de resto, o compõem. Assim sendo, a mera fiscalização orçamentária implicaria fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial. Poderia, pois, o constituinte ter adotado discurso mais escorreito, tendo preferido, todavia, a enunciação longa para afastar dúvidas a respeito.

O artigo faz menção a uma fiscalização exercida sobre todos os organismos do governo, estejam na Administração direta ou indireta, inclusive no que diz respeito à participação acionária da União em empresas privadas (aspecto patrimonial), nada podendo ficar de fora.

Tal fiscalização será exercida, à luz da legalidade da execução orçamentária, de sua legitimidade (muitas vezes verbas aprovadas para determinadas atividades no exame de sua aplicação mostram-se ilegítimas, como ocorreu com aquelas examinadas na CPI do Orçamento), de sua economicidade (possibilidade material de aplicação nos termos de sua aprovação).

Legalidade, legitimidade e economicidade são, portanto, os parâmetros da execução orçamentária, cabendo rígida fiscalização de tais pressupostos, na operacionalidade das proposições aprovadas pelo Congresso. O mesmo se diga em relação às subvenções e renúncia de receitas, que, ao serem aplicadas ou negadas, devem ser inspiradas pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

A fiscalização do orçamento, portanto, será feita mediante duas espécies de controle, o denominado controle externo e o controle interno de cada Poder.

Seu parágrafo único tem a seguinte dicção: "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pe-