

João Trindade

Processo Legislativo Constitucional

2ª edição

revista, ampliada e atualizada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Porém, é óbvio que a rejeição do projeto de LOA traz incontáveis problemas, pois o ente federativo ficará durante todo o exercício financeiro sem uma peça única que estime a receita e fixe a despesa, isto é, terá que ser governado por meio da abertura, caso a caso, de créditos adicionais, sempre com a prévia autorização legislativa.

A possibilidade de rejeição total do projeto de lei orçamentária (que repita-se, é *absolutamente excepcional*) encontra-se expressamente prevista no texto constitucional, mais precisamente no § 8º do art. 166: "*Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa*"¹³.

Por conta desse dispositivo, e também da regra segundo a qual o primeiro período da sessão legislativa ordinária (02/fev. a 17/jul.) não pode ser interrompido sem a aprovação da LDO (art. 57, § 2º), José Afonso da Silva sustenta que o projeto de LOA pode ser rejeitado pelo Congresso, mas não o projeto de lei de diretrizes orçamentárias¹⁴.

Como todas as vênias possíveis, permitimo-nos discordar do eminente mestre. A rejeição de um projeto de lei – qualquer que seja – é prerrogativa básica do Legislativo. Negá-la é negar vigência ao próprio princípio da independência e harmonia entre os poderes¹⁵. Na verdade, quando o art. 57, § 2º, determina que não se pode interromper a sessão legislativa ordinária sem que tenha sido aprovado o projeto de LDO, nada diz que seja o projeto primeiro que foi encaminhado pelo Executivo.

Imagine-se, por exemplo, que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional um projeto de LDO totalmente inaceitável. Tão viciado e malfeito que não pode sequer ser corrigido por meio de emendas parciais. Mesmo assim, a base governista insiste em colocá-lo na ordem do dia. O governo, certo de que conseguiria "dobrar" os parlamentares, conta com a aprovação, mas o projeto é votado e rejeitado. Essa deliberação seria inconstitucional?

Creemos que não. Apenas isso obrigaria o Executivo a propor um novo projeto de lei de diretrizes orçamentárias (dessa vez, espera-se, de acordo com

13. José Afonso da Silva adverte que "*a rejeição só deve ser praticada em situação extrema de proposta distorcida, incongruente e impossível de ser consertada por via de emendas, dadas as limitações para estes*". *Op. Cit.*, p. 747. Igualmente: MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*, p. 698.

14. *Ibidem*, p. 747.

15. Alexandre de Moraes defende que "*sem expressa determinação constitucional, não há como suprimir-se a independência do poder legislativo ao analisar um projeto de lei, quer aprovando-o, quer rejeitando-o, total ou parcialmente*". *Op. Cit.*, p. 698.

as regras do processo orçamentário). E, enquanto isso, o Congresso deverá arcar com o ônus de sua manifestação, não podendo entrar em recesso antes de aprovar o novo projeto de LDO. É a interpretação que julgamos mais compatível com os princípios constitucionais, sem desprezar o § 2º do art. 57.

1.5. Sanção e veto

Como qualquer projeto de lei, os projetos de PPA, LDO e LOA podem ser sancionados ou vetados pelo Presidente da República. Em caso de veto, aplicam-se as mesmas regras previstas no art. 66 da Constituição¹⁶.

2. EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

2.1. Conceito e objeto

As emendas à Constituição, ou emendas constitucionais, são atos normativos de hierarquia constitucional, resultantes da manifestação do poder constituinte derivado reformador (ou, simplesmente, poder reformador), e que criam, revogam ou modificam o texto constitucional.

Em primeiro lugar, é preciso que se fixe o seguinte: as emendas à Constituição tanto podem modificar normas já existentes na Constituição, como também inserir novos dispositivos ou até mesmo revogar normas até então vigentes. Nesse sentido, dizer que as emendas constitucionais *alteram* a Constituição (ou, melhor dizendo, o *texto* da Constituição) é usar o vocábulo "alterar" (modificar) em sentido amplo¹⁷.

É importante lembrar, porém, que as emendas constitucionais podem não só alterar o "corpo" da Constituição (o *articulado constitucional*), por meio da inserção ou exclusão de dispositivos (artigos, incisos, alíneas ou parágrafos), *incorporando-se* ao texto constitucional, como também podem *anexar-se*, elas mesmas, ao texto constitucional, formando uma série de "anexos". Assim, por exemplo, as diversas emendas que promoveram as reformas da previdência (EC 20/98, 41/03 e 47/05), alteraram dispositivos do texto constitucional, mas

16. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 747.

17. Perceba-se que (para usar da lógica kelseniana), sempre que uma norma modifica outra, está, na verdade, revogando-a e criando um novo dispositivo, que passará a valer no lugar daquele antigo. Nesse sentido, não seria incorreto afirmar que as emendas constitucionais sempre revogam dispositivos do texto constitucional, podendo, ou não, pôr outros em vigor. Assim, por exemplo, quando a EC 20/98 altera o *caput* do art. 40 para explicitar que o regime de previdência do servidor público tem caráter contributivo, está, na realidade, revogando a redação antiga e colocando em vigor uma nova redação do dispositivo.

também criaram dispositivos, com “vida própria”, prevendo regras de transição, dispositivos esses que se incorporaram à Constituição, como se fossem verdadeiros “anexos”¹⁸.

Outro ponto interessante diz respeito à hierarquia das emendas à Constituição. A ideia de que as emendas são normas infraconstitucionais é flagrantemente incorreta. Realmente, se as emendas representam o poder de alterar as normas da Constituição, e uma norma só pode ser alterada por outra de hierarquia igual ou superior, daí decorre logicamente que as emendas estão no mesmo nível das normas que elas buscam alterar: as emendas à Constituição têm hierarquia constitucional, incorporam-se à Constituição, possuem a mesma supremacia que é atribuída às normas oriundas do poder constituinte originário¹⁹.

Realmente, não há hierarquia entre normas constitucionais, sejam elas originárias ou derivadas²⁰. Isso não significa, porém, que o poder de emendar a Constituição seja ilimitado: ao contrário, tal poder conhece várias espécies de limites. Caso seja violado qualquer um deles, a manifestação do poder reformador (isto é, a própria emenda constitucional) será considerada inconstitucional, e poderá ser como tal declarada pelo Judiciário²¹. Isso, contudo,

não é uma questão de hierarquia, mas de limitação do poder: uma emenda jamais será declarada inconstitucional por ser inferior a uma determinada norma constitucional, mas por desrespeitar um específico limite posto pelo constituinte originário.

2.2. Limites ao poder de emenda

Pode-se definir o chamado *poder constituinte derivado reformador* (para alguns, apenas *poder reformador*, ou simplesmente *competência constituinte*)²². Trata-se da competência (atribuída, no Brasil, ao congresso nacional, na esfera federal) de modificar normas constitucionais por meio de emendas constitucionais. Estudaremos, a partir de agora, as limitações que são impostas a esse poder de emendar a Constituição.

Antes de mais nada, porém, uma advertência há de ser feita: não serão objeto de nosso estudo as chamadas *emendas constitucionais de revisão*, pelo simples fato de que tais atos normativos não podem mais ser produzidos. Promulgados com base no art. 3º do ADCT, ainda estão em vigor, mas não podem mais ser produzidos, pois a revisão constitucional já findou e não pode ser repetida²³. O estudo desse assunto interessa apenas no tema relativo ao *poder constituinte*.

Já dissemos que as Emendas Constitucionais (EC) são os instrumentos de mudança ORDINÁRIA e COTIDIANA da Constituição. Constituem o instrumento de atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador. Este – ao contrário do Poder Constituinte Originário – é JURIDICAMENTE LIMITADO. Esses limites são instituídos pelo Constituinte Originário, e podem ser classificados da seguinte forma: limites formais (procedimentais), materiais, circunstâncias ou temporais.

2.2.1. Limitações Procedimentais ou Formais

O procedimento de aprovação das emendas é mais difícil que o de aprovação das leis ordinárias. Essa maior dificuldade de aprovação das emendas

quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755).” (STF, Pleno, ADI 1.946-MC, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 14.09.2001).

22. Para críticas à nomenclatura “poder constituinte derivado”, confira-se: 1) TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010; 2) TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

23. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

18. O mesmo aconteceu com o art. 4 da EC 45/04, que extinguiu os tribunais de alçada. Anna Cândida da Cunha Ferraz ensina que: “(...) já Pontes de Miranda mostrava determinar o texto constitucional que as alterações trazidas à Constituição por emendas constitucionais deveriam ser anexadas ao seu corpo, com o respectivo número de ordem. Ignorando, entretanto, esta norma, a praxe adotada pelo Congresso Nacional, desde 1946, foi a de incorporar o teor das mudanças constitucionais produzidas por emendas constitucionais à Constituição, seja reformulando o texto constitucional, seja inserindo acréscimos aos mesmo e assim por diante (...). Ocorre que tal praxe, mantida sob a vigência da Constituição de 1988, não é seguida de modo uniforme. Ora as normas estabelecidas em emenda constitucional passam a integrar o texto fundamental, como disposição permanente ou transitória (...), ora não são incorporadas ao texto da Lei Maior, permanecendo dele apartado”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional**, volume IV. São Paulo: RT, 2011, p. 426.

19. Nesse sentido: RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1984, p. 113. Tradução de Maria Helena Diniz.

20. Diz-se, por isso, que o Brasil não adota (ao menos nesse ponto) a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, engendrada por Otto Bachoff. Cf. a respeito: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Roteiro de Direito Constitucional**. Brasília: Gran cursos, 2011, p. 61. No mesmo sentido, veja-se o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (STF, Pleno, ADI 815, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.05.1996).

21. Confira-se, entre muitos outros, o seguinte precedente: “O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional,

constitucionais, em comparação com as leis ordinárias, é que permite classificar a Constituição brasileira como *rígida*.

2.2.1.1. Iniciativa

Como já vimos no momento adequado, a iniciativa de leis ordinárias é atribuída, em geral, a qualquer Deputado (isoladamente), qualquer Senador (*idem*), qualquer Comissão (da Câmara, do Senado ou do Congresso Nacional), ao Presidente da República, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e até mesmo ao povo (CF, art. 61, *caput*).

O mesmo não acontece com a iniciativa de propostas de emendas à Constituição (PEC). De acordo com o rol *taxativo* (fechado) do art. 60, podem propor emendas à Constituição Federal: a) 1/3 dos Deputados; b) 1/3 dos Senadores; c) o Presidente da República; d) a maioria absoluta (=mais da metade) das Assembleias Legislativas estaduais (incluindo a Câmara Legislativa do DF), manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa (=maioria simples) dos seus membros. Analisemos cada uma dessas hipóteses.

2.2.1.1.1. Iniciativa parlamentar

As propostas de emenda à Constituição não podem ser apresentadas por Deputados ou Senadores, isoladamente. Só serão admitidas se forem propostas assinadas por, pelo menos, 1/3 dos 513 Deputados Federais ou por 1/3 dos 81 Senadores. Isso já dificulta sobremaneira a propositura de emendas constitucionais, pois exige que o projeto obtenha liminarmente o apoio de, no mínimo, 171 Deputados ou de 27 Senadores.

Caso a proposta seja apresentada sem o número mínimo de assinaturas, deverá ser rejeitada pela Casa em que foi protocolada. E se a Casa não rejeitar a PEC em que faltam assinaturas? Qualquer Deputado ou Senador poderá ingressar com mandado de segurança no STF para barrar a tramitação da proposta²⁴.

E se um parlamentar que assinou a proposta voltar atrás, e resolver retirar o apoio ao projeto? Depende. Se a proposta ainda não tiver sido protocolada, o parlamentar poderá retirar a assinatura (e, se faltar o número mínimo, os interessados deverão correr em busca de um novo apoio). Mas, se a proposta já tiver sido apresentada, entendemos que o Parlamentar não pode mais desistir do apoio, mesmo que a PEC ainda não tenha sido despachada pela Mesa Diretora.

24. Cf., por todos: STF, Pleno, MS 24.667-Agr/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 23.04.2004.

2.2.1.1.2. Iniciativa executiva

O Presidente da República dispõe de poder para, sozinho, propor ao Congresso uma emenda à Constituição (art. 60, II). Trata-se de uma prerrogativa que ele exerce na condição de chefe de governo (e que é extensível, portanto, aos governadores e prefeitos, nos respectivos âmbitos federativos).

2.2.1.1.3. Iniciativa federativa

A Federação, por meio da manifestação de vontade da maioria absoluta das unidades regionais da Federação (Estados e DF), pode também propor emendas à Constituição. Para tanto, é preciso que a proposta seja apoiada por mais da metade (=maioria absoluta) das Assembleias Legislativas estaduais (incluída, na contagem, a Câmara Legislativa do Distrito Federal, que possui características de Estado e de Município). Logo, é necessário o apoio de pelo menos 14 órgãos legislativos estaduais/distritais.

Na manifestação de vontade de cada Assembleia, porém, o quórum exigido é de apenas maioria simples (=relativa), isto é, cada órgão legislativo estadual pode aprovar a proposta de emenda à Constituição Federal pelo voto favorável da maioria dos membros presentes à sessão (desde que, obviamente, esteja presente na sessão mais da metade dos parlamentares estaduais: art. 47).

Esse poder – previsto inicialmente no art. 90 da Constituição Republicana de 1891 – hoje é previsto no inciso III do art. 60 da CF. José Afonso da Silva relatava que essa possibilidade (art. 60, III) jamais havia sido usada, em toda a história republicana²⁵. Todavia, em 2012, foi apresentada no Senado Federal a PEC nº 47, assinada por diversas Assembleias Legislativas, e que se propõe a, entre outras alterações, modificar as competências federativas para fortalecer o poder dos Estados-membros.

2.2.1.1.4. Iniciativa popular de emenda constitucional?

José Afonso da Silva defende que, com base em uma interpretação sistemática, possa-se admitir a iniciativa popular de emendas à Constituição²⁶. Com as máximas vênias, discordamos desse entendimento. Primeiro, porque tal possibilidade constava do anteprojeto de Constituição, mas foi dele retirado, o que denota que o Constituinte originário rejeitou essa ideia. De resto, o rol do art. 60 é *taxativo*, e não inclui o povo.

25. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

26. *Ibidem*, p. 64.

emenda à Constituição devem ser apreciadas por cada Câmara duas vezes (dois turnos), totalizando quatro votações. A proposta será considerada aprovada se for acatada *em todas as quatro votações*. Perdendo em uma delas, estará rejeitada e será arquivada, expondo-se à limitação do art. 60, § 5º, adiante explicada.

Não há, na Constituição, exigência de um lapso temporal – interstício – entre os turnos de votação, mas essa salutar providência é prevista em sede regimental²⁹.

Questiona-se sobre a possibilidade de superação dessa norma regimental, com a chamada “quebra de interstício” ou “calendário especial” (votação dos dois turnos da PEC sem respeitar o intervalo regimental). Há quem sustente tratar-se a questão de tema meramente regimental, verdadeira *matéria interna corporis*, sobre a qual o Parlamento seria soberano para deliberar. Com essa tese, aliás, alinhou-se o STF, no julgamento da ADI nº 4.425/DF, quando ficou decidido que:

“A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, § 2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.”³⁰.

Discordamos desse entendimento, que esperamos venha a ser revisto pelo STF. A regra dos dois turnos tem uma razão de ser: permitir um debate mais cuidadoso da matéria objeto da PEC, inclusive para permitir à sociedade pressionar seus representantes para, eventualmente, mudar o voto entre a primeira e a segunda rodadas de votação. Assim, a necessidade de um intervalo mínimo – que pode ser conformado, definido, pelos Regimentos Internos, mas não desrespeitado – nos parece derivação direta do princípio constitucional do devido processo legislativo.

29. O Regimento Interno do Senado Federal dispõe que o “*interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis*” (art. 362). Já o Regimento da Câmara prevê que: “*A proposta será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões*” (art. 202, § 6º).

30. STF, Pleno, ADI nº 4.425/DF, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 18.12.2013.

Nessa mesma linha de raciocínio, Gabriel Dezen Júnior afirma que:

“a prescrição constitucional que determina a realização da votação de PEC em dois turnos não é mera formalidade numérica destituída de sentido. Ao contrário, prende-se à percepção da necessidade de decantação de uma necessária maturação do regramento que se pretende impor à matéria constitucional, a um sopesamento de seus efeitos jurídico-normativos e a uma fundamental reflexão sobre as razões e efeitos da mutação formal da Constituição”³¹.

No mesmo sentido, confirmam-se as lições e a análise exaustiva do tema na obra de Heraldo Pereira de Carvalho acerca do assunto³².

Perceba-se que os turnos devem ser consecutivos, isto é, primeiro vota-se a PEC em dois turnos na Casa Iniciadora; se for aprovada, segue para votação também em dois turnos na Casa Revisora.

Essa exigência serve para garantir (ou pelo menos tentar garantir) que não se aprovem PECs açodadas. Condiciona-se a validade da emenda à meditação minimamente descansada em ambas as Casas do Congresso Nacional.

2.2.1.3. Quórum

O quórum exigido para a aprovação de emendas à Constituição é substancialmente maior que o necessário para aprovar as demais proposições legislativas. Enquanto para as leis ordinárias basta o apoio da maioria dos votos dos presentes (maioria simples ou relativa), e para aprovar leis complementares exige-se a maioria do total de membros da Casa (maioria absoluta, mais de 50% do total), as PECs só podem ser consideradas aprovadas se obtiverem pelo menos 3/5 (=60%) do total de votos dos membros da Casa em que se dá a votação.

Isso significa que são necessários votos favoráveis de pelo menos 49 Senadores e 308 Deputados, sem o que a proposta será considerada rejeitada, ainda que não haja nenhum voto “não”.

31. DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Teoria Constitucional – esquematizada em quadros**. Brasília: Alumnus, 2015, p. 261.

32. CARVALHO, Heraldo Pereira de. **A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania**. [dissertação de Mestrado] Brasília: Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/8379>.

Essa exigência de quórum explica-se pela necessidade de evitar que maiorias eventuais tenham o poder de alterar a Constituição. Ainda assim, a realidade brasileira tem demonstrado que o alto quórum não tem conferido a necessária segurança jurídica ao texto constitucional, que, em pouco mais de 27 anos, já foi emendado nada menos que 90 vezes, fora as emendas de revisão.

É de se lembrar, aliás, a sábia frase de Maquiavel, em "O Príncipe": "as mutações deixam sempre pedras de espera para novas mutações".

2.2.1.4. Irrepetibilidade absoluta na mesma sessão legislativa

Assim como ocorre com as medidas provisórias (ver tópico 6.9.1 deste mesmo capítulo), a PEC rejeitada ou havida por prejudicada não pode ter seu conteúdo objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. É o que se depreende do § 5º do art. 60: "A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

Trata-se de uma aplicação do princípio da irrepetibilidade que se aplica aos projetos de lei rejeitados (art. 67), só que muito mais rígida: aqui, a PEC não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa *em hipótese alguma*. A irrepetibilidade na mesma sessão legislativa é *absoluta*, ao contrário do que ocorre com os projetos de lei, em que se cuida de uma proibição *relativa*, que pode ser derrubada com o apoio da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso³³.

Numa tabela:

	PROJETO DE LEI	PEC
IRREPETIBILIDADE NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA	Sim	Sim
PREVISÃO	Art. 67	Art. 60, § 5º
CARACTERÍSTICA DA IRREPETIBILIDADE	Relativa (pode ser derrubada com o apoio da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas)	Absoluta

33. O STF já decidiu, todavia, que a irrepetibilidade se aplica apenas à proposta de emenda que foi rejeitada ou tida por prejudicada, e não àquela que foi objeto de substitutivo que restou rejeitado. Com efeito, se é proposta uma emenda, elabora-se um substitutivo, e este é rejeitado, a PEC original volta a tramitar normalmente. Eis o precedente: STF, Pleno, MS 22.503/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 06.06.1997.

2.2.1.5. Quadro comparativo entre a tramitação de PEC e PL

	PEC	PROJETO DE LEI ORDINÁRIA
INICIATIVA	Presidente da República 1/3 dos Deputados 1/3 dos Senadores Mais da metade das Assembleias Legislativas Estaduais, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa dos seus membros	Qualquer Senador Qualquer Deputado Comissão da Câmara Comissão do Senado Povo Presidente da República Procurador-Geral da República Tribunais Superiores, etc.
QUÓRUM	3/5 do total de membros	Majoria dos votos (majoria simples ou relativa)
TORNOS	2 em cada Casa	1 em cada Casa
IRREPETIBILIDADE NA MESMA SESSÃO	Absoluta	Relativa

2.2.2. Limitações circunstanciais

A alteração do texto constitucional exige calma, meditação, raciocínio. Por isso, o constituinte originário resolveu impedir que se aprove emenda constitucional durante Estado de Defesa (CF, art. 136), Estado de Sítio (CF, art. 137, I e II) ou Intervenção Federal (CF, art. 34). São as chamadas *limitações circunstanciais* (art. 60, § 1º), ou seja, momentos (circunstâncias) durante os quais a Constituição não poderá ser emendada.

Duas questões interessantes, porém, poder ser levantadas: 1) qual o termo (inicial e final) dessa proibição?; 2) qual a extensão desse limite?

Para a primeira pergunta a resposta é, a nosso ver, menos complexa. A CF proíbe emendas constitucionais "na vigência de" qualquer dos Estados de emergência constitucional (art. 60, § 1º). Ora, a vigência do Estado de Defesa começa com o decreto presidencial (art. 136); o mesmo se diga da intervenção federal (art. 36). No caso, porém, do Estado de Sítio, só tem realmente início quando o Congresso Nacional autoriza o Presidente a decretá-lo e este efetivamente edita o ato constitutivo do Estado de Necessidade (art. 138). Assim, pode-se dizer que o termo inicial da proibição é a edição do decreto presidencial, ou *ad referendum* do Congresso (Intervenção e Estado de Defesa) ou com a prévia autorização deste (Estado de Sítio). Quanto ao término, coincidirá com a perda de vigência do decreto presidencial.

Já a segunda pergunta não tem resposta simples. O art. 60, § 1º, impede que a CF *seja emendada* durante os estados de excepcionalidade. Mas o

que significa “ser emendada”? Ora, significa aprovar uma emenda. Seria um contrassenso admitir a aprovação da PEC, mas aguardar o término do estado de emergência apenas para promulgá-la. Mesmo porque a promulgação é um ato meramente declaratório de uma alteração que já aconteceu.

Por outro lado, não vemos óbice *constitucional* para que a PEC seja *discutida* durante a vigência de Estado de Defesa, Estado de Sítio ou Intervenção Federal, desde que não seja iniciada sua *votação* (embora seja difícil imaginar que o Congresso tenha pauta para discutir uma emenda durante situação tão grave). Em suma: o que o art. 60, § 1º, impede, é, a nosso ver, a *votação* da PEC, mas não sua discussão.

Nesse sentido, Paulo Napoleão Nogueira da Silva defende que:

“(…) qualquer proposta de emenda em tramitação no Congresso Nacional terá sua *decisão positiva* – aprovação – e promulgação sobrestadas, se superveniente a decretação de qualquer das mencionadas medidas. Quanto à hipótese de a tramitação ser alcançada no seu curso por tal superveniência, a rigor não precisará ela ser suspensa ou interrompida: apenas a decisão final ficará em suspenso”³⁴.

É de se registrar, porém, a opinião contrária de Pontes de Miranda, que, comentando a Constituição de 1967, anotava que a PEC não poderia sequer ser *proposta* durante a vigência do Estado de Sítio (na época, essa era a única limitação circunstancial):

“É preciso que não se esteja em estado de sítio durante a iniciativa, a apresentação do projeto, sua discussão e votação. Se um momento houve de estado de sítio, nula é a emenda, pelo vício da inconstitucionalidade. A emenda que foi discutida e votada fora do estado de sítio, mas em estado de sítio foi proposta, é contra a Constituição”³⁵.

Em sentido semelhante, Ives Gandra da Silva Martins defende que, uma vez decretada a intervenção federal, “fica paralisado o processo de emenda à Constituição, qualquer que seja seu estágio”³⁶. Esse é o entendimento, também,

34. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Comentários ao art. 60**. In: AGRA, Walber de Moura et al. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 995.

35. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, tomo III**. São Paulo: RT, 1973, p. 152.

36. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo I**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 343.

de Sérgio Valladão Ferraz³⁷, André Ramos Tavares³⁸ e Leo Van Holthe³⁹. Como já afirmamos, discordamos desse ponto de vista, pelas razões já expostas, mas reconhecemos que nossa posição é isolada, pois a imensa maioria da doutrina considera que, durante a vigência de um dos estados de emergência citados no § 1º do art. 60, não pode haver nenhum tipo de tramitação de emenda constitucional.

2.2.3. Limitações Materiais (cláusulas pétreas)

As limitações materiais (ou *cláusulas pétreas*, ou *núcleo duro* da Constituição) são matérias protegidas de certas modificações. A elas o constituinte derivado atribuiu singular importância, a ponto de impedir que sejam banidas do sistema constitucional.

Perceba-se que as matérias protegidas até podem ser modificadas – para melhor. Aliás, de acordo com a jurisprudência do STF, pode até haver modificação PARA PIOR (alteração restritiva), desde que isso não atinja o NÚCLEO ESSENCIAL das cláusulas (ou seja, não pode haver emenda TENDENTE A ABOLIR tais princípios). Em suma: matérias protegidas como cláusulas pétreas até podem ser modificadas, não podem é ser objeto de emendas tendentes a ABOLIR-LAS.

Eis o citado precedente:

“(…) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”⁴⁰.

Não analisaremos aqui em detalhes a extensão das cláusulas pétreas, pois o assunto diz mais respeito às limitações ao poder constituinte derivado do que, propriamente, ao estudo do processo legislativo⁴¹.

Existem cláusulas pétreas EXPLÍCITAS (art. 60, § 4º: forma federativa de Estado, voto – direto, secreto, universal e periódico –, separação de poderes

37. FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Legislativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 158. O mesmo autor cita, em defesa de sua posição, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior.

38. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1280.

39. HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 134.

40. STF, Pleno, ADI 2024-MC/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 01.12.2000.

41. Para um estudo mais detalhado, confira-se, por exemplo: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 171 e ss.

e direitos e garantias INDIVIDUAIS) e IMPLÍCITAS (as próprias regras relativas à provação de emendas constitucionais e a regra de titularidade do poder constituinte originário – o povo).

Perceba-se que as emendas tendentes a abolir as cláusulas pétreas não podem ser colocadas discutidas (não podem ser OBJETO DE DISCUSSÃO). Se o forem, qualquer parlamentar pode impetrar mandado de segurança no STF em defesa do devido processo legislativo e suscitar o controle preventivo judicial de constitucionalidade.

Parte da doutrina entende pela inexistência das cláusulas pétreas implícitas: assim, poderia haver uma reforma da própria lista de cláusulas pétreas – trata-se da teoria da DUPLA REVISÃO, que NÃO É ACEITA NO BRASIL.

CLÁUSULAS PÉTREAS	
EXPLÍCITAS NA CF/88	IMPLÍCITAS
(Art. 60 § 4º) Não será objeto de deliberação (votação) a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.	a) a lista de cláusulas pétreas; (Art. 60 § 4º) b) a titularidade do Poder Constituinte Originário; c) o procedimento de aprovação das emendas.

2.2.4. Limitações Temporais

As limitações temporais, adotadas em algumas Constituições do Mundo, e na Constituição Imperial de 1824, são o estabelecimento de um prazo durante o qual a Constituição não poderia ser modificada. Na Constituição atual, NÃO EXISTEM LIMITAÇÕES TEMPORAIS para o Poder Constituinte Derivado Reformador, visto que, uma vez promulgada a CF, já poderia haver emenda⁴².

As limitações temporais e circunstanciais não se confundem: as circunstanciais são momentâneas, podem ocorrer a qualquer tempo, e derivam de uma situação, não de um prazo. Já as limitações temporais estabelecem um prazo mínimo para se aprovar uma emenda.

42. Cf. 1) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Op. Cit.**, p. 193; 2) SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66; 3) FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Legislativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 158.

2.3. Tramitação

2.3.1. Casa Iniciadora⁴³

Assim como ocorre com os projetos de lei, as propostas de emenda à Constituição tramitam por ambas as Casas do Congresso Nacional, podendo ser propostas em qualquer uma delas, de acordo com o legitimado que a inicia.

Assim, se a proposta nascer da vontade de 1/3 dos Deputados, terá início, obviamente, na Câmara dos Deputados, funcionando o Senado Federal como Casa Revisora. Ao revés, se for proposta de 1/3 dos Senadores, a situação se inverte, e a PEC começará a tramitar no Senado Federal, funcionando a Câmara dos Deputados como Casa Revisora⁴⁴.

Até aqui, nenhuma novidade. As duas outras hipóteses, porém, são um pouco mais complexas.

Primeiramente, analisemos a iniciativa tomada pelo Presidente da República. Se aplicássemos, por analogia, a regra do art. 64, *caput*, (que se refere aos projetos de lei de iniciativa presidencial), chegaríamos à conclusão de que as PECs oriundas do Poder Executivo deveriam começar a tramitar pela Câmara dos Deputados, obrigatoriamente.

Essa não é, contudo, a posição do próprio Poder Legislativo. Realmente, no Parecer nº 692, de 1995, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado (Relator Senador Bernardo Cabral) decidiu o seguinte:

“(…) com base na regra geral insculpida no artigo 60 da Constituição vigente, o Poder Executivo pode – sendo-lhe facultado – encaminhar suas propostas de emendas ao texto constitucional, ora para a Câmara dos Deputados, ora para o Senado Federal, pois a regra do artigo 64, que o obriga a encaminhar os projetos de lei de sua autoria para a Câmara, é uma regra excepcional que deve ser interpretada de forma estrita abrangendo, apenas, a hipótese do projeto de lei, não se estendendo, por conseguinte, à hipótese da proposta de Emenda à Constituição⁴⁵.”

43. Sérgio Valladão Ferraz aponta que “É correto designar as Casas Legislativas de *iniciadora* e *revisora* em processo de tramitação de proposta de emenda constitucional, como faz o próprio Supremo Tribunal Federal (...).” FERRAZ, Sérgio Valladão. **Op. Cit.**, p. 162. O Supremo Tribunal Federal também utiliza a nomenclatura “Casa Iniciadora” e “Casa Revisora” na tramitação de PECs: STF, Pleno, ADI 3472-MC/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005.
44. STF, Pleno, ADI 2031/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 17.10.2003.
45. CABRAL, Bernardo. **Parecer nº 692**, de 1995. Senado Federal: Comissão de Constituição e Justiça.

turnos) a PEC do jeito que viera da Câmara, a PEC seria considerada aprovada e seguiria para promulgação. Não foi o que ocorreu.

O Senado aprovou uma nova (terceira) versão da PEC, com as seguintes diretrizes básicas: a) as emendas parlamentares ao projeto de LOA são limitadas a 1,2% da RCL; b) metade dessas emendas deve ser destinada à área de saúde (ou seja, 0,6% da RCL); c) a execução financeira e orçamentária dessas emendas será obrigatória, a não ser que haja impedimentos de ordem técnica (impossibilidade de construir a obra à qual se destina a emenda, por exemplo). Também há outras alterações, quanto ao percentual que a União deve investir em saúde, mas que já não são tão relevantes para nosso objeto de análise.

Essa redação foi à Câmara dos Deputados, chegando como PEC nº 358, de 2013. Veja os cenários possíveis: a) se a Câmara aprovasse emendas ao texto do Senado, isso seria considerado uma nova versão (a quarta!) da PEC, e teria que voltar ao Senado; b) se a Câmara aprovasse o texto do Senado (em dois turnos), a PEC seria considerada definitivamente aprovada e seguiria para a promulgação (lembre-se de que não há a fase de sanção ou veto em PEC!). Ocorreu, após vários intercurtos regimentais (em que se tentou até aprová-la na forma de PEC paralela, mas isso é outra história...), a segunda hipótese. Na verdade, terminou sendo aprovada pela Câmara uma versão (PEC nº 358-B, de 2013) que é, na verdade, a mesma do Senado. Logo, ao final, esse texto foi aprovado em ambas as Casas, por dois turnos em cada uma delas.

Assim, foi considerada (após 15 anos de tramitação) definitivamente aprovada a redação da segunda versão do Senado Federal (a terceira versão da PEC, portanto).

3. LEIS COMPLEMENTARES

3.1. Conceito

Leis complementares são atos normativos primários que, como o próprio nome já diz, complementam, em nível infraconstitucional, as normas da Constituição. Pode-se até dizer que, assim como os decretos regulamentares especificam, em nível infralegal, as leis, da mesma forma as leis complementares complementam, em nível legal, as normas da Constituição.

José Afonso da Silva afirma que as leis complementares servem para integrar a aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada⁵⁷.

57. SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. .

Permitimo-nos discordar desse conceito, e por dois motivos. Em primeiro lugar, porque as leis complementares são cabíveis nas hipóteses previstas pelo constituinte originário – que pode estipulá-las, por exemplo, para regular uma norma de eficácia contida, por exemplo⁵⁸. E, em segundo lugar, porque várias normas constitucionais de eficácia limitada devem ser regulamentadas por meio de lei ordinária, e não complementar (por exemplo: o direito de greve do servidor público – art. 37, VII).

Na verdade, as leis complementares (semelhantes às chamadas “leis orgânicas” do ordenamento jurídico espanhol⁵⁹) são atos legais a serem editadas nas matérias às quais o constituinte quis dar maior relevo que o conferido à legislação ordinária.

É a lição de André Ramos Tavares, com base na obra de Celso Bastos:

“Algumas matérias há que o legislador constituinte entendeu serem importantes, mas para cuja alteração reconheceu a necessidade de ser mais flexível, deixando de inseri-las no contexto constitucional. Não obstante isso, não se pretendeu deixar para regulamentação de lei ordinária o tratamento desses temas. Foi por isso que se criou a espécie normativa denominada *lei complementar*”⁶⁰.

3.2. Objeto (matéria)

Não é qualquer matéria que pode ser regulamentada por meio de lei complementar. É dizer: o legislador não é livre para definir quais os casos em que regulamentará o tema por meio de lei complementar. Não. Só se deve

Normas de eficácia limitada “não são auto-aplicáveis; ainda não produzem todos os seus efeitos; por isso, precisam ‘desesperadamente’ de uma lei regulamentadora. São normas que necessitam de regulamentação, pois só produzem a totalidade de seus efeitos após a edição da lei regulamentadora. Ex: (...) “o direito de greve [do servidor público] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (art. 37, VII)”. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Roteiro de Direito Constitucional*. Brasília: Gran cursos, 2010, p. 42.

58. Um exemplo: art. 37, XIX, que prevê dever a lei complementar estipular as áreas de atuação das fundações públicas. Ora, isso significa que tais figuras administrativas só poderão ser criadas quando houver essa lei complementar? Obviamente não. Outra hipótese: art. 128, § 4º, que prevê a destituição dos procuradores-gerais de justiça dos Estados e do DF por deliberação da maioria absoluta do respectivo poder Legislativo “na forma da lei complementar respectiva”. Também nesse caso, os procuradores-gerais já podem ser destituídos, devendo a lei complementar apenas especificar a forma: mas não se trata de norma de eficácia contida, pois possui aplicabilidade imediata. O mesmo se diga em relação: a) ao art. 166, § 6º; b) ao art. 168.

59. Manoel Gonçalves Ferreira Filho também aponta como semelhante às leis complementares brasileiras o instituto da *loi organique* francesa. *Op. Cit.*, p. 247.

60. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1280.

aprovar lei complementar nas hipóteses *taxativamente* previstas no texto da Constituição⁶¹. Em outras palavras: “*Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita*” (STF, Pleno, ADI 789/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 19.12.1994).

Assim, por exemplo, quando a Constituição delega a regulamentação de uma determinada matéria à lei, sem qualquer outra especificação, ou à “lei específica”, ou não faz remissão a nenhuma regulamentação específica, estaremos diante de tema ser tratado por lei ordinária. **Somente quando a Constituição referir-se expressamente a “lei complementar”, nesses termos, é que se aprovará lei dessa natureza**⁶².

Por exemplo: o art. 14, § 3º, da CF, prevê que “*são condições de elegibilidade, na forma da lei (...)*”: então, a lei a regulamentar essa matéria deve ser ordinária. Ao revés, o mesmo art. 14 (já no § 9º) dispõe que “*lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade (...)*”: nesse caso, a matéria é de ser tratada por lei complementar, pois há expressa previsão constitucional. Realmente, o STF já decidiu que, “*quando a Constituição exige lei complementar para disciplinar determinada matéria, essa disciplina só pode ser feita por essa modalidade normativa*” (Pleno, ADI 2436-MC/DF, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 09.05.2003).

É de se perguntar, porém, qual a lógica dessa distinção, já que a Constituição não afirma, em momento algum, que as leis complementares são de tema restrito.

Há duas razões que justificam essa interpretação. Primeiro, que as leis ordinárias (como o próprio nome já diz) são as espécies normativas padrão. Logo, qualquer outro ato normativo deve ser aprovado apenas nas hipóteses a ele reservadas no texto constitucional. Em segundo lugar, lembre-se que o quórum de aprovação das leis complementares é de maioria *absoluta* (art. 69), e a própria Lei Maior estabelece que, *salvo nas hipóteses taxativamente previstas em contrário*, o quórum normal de aprovação dos atos normativos é a maioria simples ou relativa (art. 47). Portanto, a aprovação de leis complementares é reservada aos casos expressamente previstos pelo constituinte (originário ou derivado).

61. *Ibidem*, p. 1281.

62. Em sentido contrário, defendendo que qualquer tema pode ser regulado por lei complementar, confira-se: MACHADO, Hugo de Brito. **Segurança Jurídica e a Hierarquia da Lei Complementar**. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional, volume IV**. São Paulo: RT, 2011, p. 247.

Um caso interessante, e que suscita discussão, é a análise do artigo 146-A da Constituição (incluído pela EC 42/03). O citado artigo dispõe que: “*Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo*”. Seria tal dispositivo uma autorização para que a mesma matéria fosse regulamentada por meio de lei ordinária (para a União) e complementar (para Estados, DF e Municípios)? Essa é, em linhas gerais, a posição de Hugo de Brito Machado⁶³, com a qual não conseguimos concordar.

Em nossa interpretação, o artigo 146-A, ao tratar de matéria tributária, autoriza seja editada lei complementar com critérios especiais de tributação (isenções, alíquotas zero, etc.) que beneficiem a concorrência, a fim de prevenir a formação de monopólios ou oligopólios. Lei complementar, porque estabelecerá normas gerais de Direito Tributário, matéria para a qual é exigido esse tipo específico de lei. A ressalva final não significa que a mesma matéria possa ser regulamentada por lei ordinária. Apenas se adverte que a existência de uma lei complementar, em matéria tributária, com a finalidade de estimular a concorrência, não elimina o poder da União de legislar, por meio de lei (ordinária) sobre outros aspectos do Direito Concorrencial, nos termos do artigo 174, e como já acontece por meio da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste). Em suma: quando a defesa da concorrência for realizada no âmbito do Direito Tributário, deverá ser regulamentada por lei *complementar*; já quando for realizada no âmbito do Direito Econômico (concorrencial), com punições relativas a ilícitos concorrenciais, por exemplo, deverá ser tratada por lei *ordinária*.

3.3. Quórum

O quórum exigido para a aprovação de leis complementares é substancialmente mais elevado que o necessário para se aprovar uma lei ordinária. Realmente, no procedimento comum ordinário o quórum de aprovação é de maioria *simples* (relativa) – art. 47 – ao passo que, na tramitação dos projetos de lei complementar, exige-se a aprovação por maioria *absoluta*.

Já estudamos a diferença entre esses dois *quora*, mas não custa nada relembrar essa distinção.

Majoria simples (=relativa) é a maioria dos votos efetivamente dados, a maioria dos votos dados pelos presentes. Já a maioria absoluta é a maioria

63. *Ibidem*, p. 247.

de apoios dentre o número total de membros da Casa. Pode-se dizer, então, que a maioria absoluta é um número fixo, enquanto a maioria simples é um valor variável (relativo).

Façamos uma tabela comparando as duas votações (lei ordinária, maioria simples; lei complementar, maioria absoluta) em situações hipotéticas no Senado Federal (lembrando que o total de Senadores, atualmente, é igual a 81, e imaginando-se que todos os votos sejam “sim” ou “não”):

SENADORES PRESENTES	MAIORIA SIMPLES (RELATIVA)	MAIORIA ABSOLUTA
50	26	41
60	31	41
70	36	41
81	41	41

Como se percebe, a maioria absoluta não varia de acordo com o número de presentes. E é um número sempre maior que a maioria simples, ou pelo menos igual a ele. Simbolicamente:

$$MA \geq MS$$

Isso significa que, se uma lei foi aprovada como complementar (maioria absoluta), *necessariamente* também conseguiria ser aprovada se fosse uma lei ordinária (maioria simples), mas a recíproca não é verdadeira.

Ademais – falando agora na lógica das negociações políticas – a “cabeça do parlamentar” opera de forma diferente, quando a votação é por maioria simples ou por maioria absoluta. É que, para atingir a maioria simples, basta que a maior parte dos parlamentares *presentes* não se oponha (votando “não”) à matéria. Teoricamente, se houver 50 presentes, 49 abstenções e um voto “sim”, a maioria simples foi atingida (maioria dos votos, e abstenção não é voto). Já no caso da maioria absoluta, não. O quórum só é atingido se mais da metade do total de membros da Casa *explicitamente declarar que aprova a proposição* (votando “sim”).

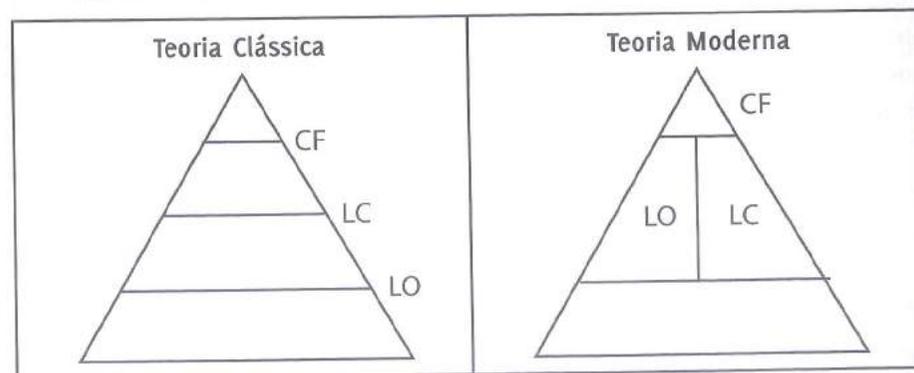
Por exemplo: se estiverem presentes 44 Senadores, quatro discordarem do projeto, a votação deles não impedirá a aprovação do projeto (quer votem “não”, quer se abstenham de votar, os outros 40 Senadores poderão aprovar a matéria). Já em se tratando de um projeto de lei complementar, a situação muda de figura. Esses quatro Senadores podem, sozinhos, impedir a aprovação da matéria. Se os quatro votarem “não”, a proposição estará rejeitada, ainda que os outros 40 presentes votem pelo “sim”.

Como se vê, a diferença de quórum de aprovação entre lei ordinária e lei complementar torna mais difícil (e, conseqüentemente, jurídica e politicamente mais estável) essa última.

3.4. Hierarquia

Quanto à hierarquia das leis complementares, existe grande controvérsia na doutrina. Uma corrente clássica defende que as leis ordinárias seriam inferiores às leis complementares. Já a corrente mais moderna, capitaneada por Celso Bastos, considera que tanto as leis complementares quanto as ordinárias encontram-se no mesmo patamar hierárquico, apenas tratam de matérias distintas.

Graficamente:



Defendem a teoria clássica, por exemplo: Pontes de Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Geraldo Ataliba, Alexandre de Moraes e Hugo de Brito Machado. Já a favor da teoria moderna se posicionam, entre outros: Michel Temer e Celso Bastos⁶⁴.

Exponhamos rapidamente os argumentos de cada uma dessas teses.

Em defesa da superioridade hierárquica das leis complementares em relação às ordinárias, poderíamos citar os seguintes argumentos: a) a CF cita, no art. 59, primeiro as leis complementares, e só depois as leis ordinárias; b) as leis complementares exigem um quórum maior de aprovação; c) as leis complementares (como o nome já esclarece) *complementam* a Constituição, algo que as leis ordinárias não podem realizar diretamente; d) as leis ordi-

64. Cf. o levantamento doutrinário completo em: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 678.

nárias, em várias hipóteses, dependem da edição de leis complementares; e) uma lei complementar pode revogar uma lei ordinária, mas o inverso não é verdadeiro.

Vejamos se esses argumentos procedem ou não.

Em primeiro lugar, a ordem de enumeração dos atos normativos do art. 59 da CF não é indicativa de uma hierarquia. Embora o primeiro ato a ser enumerado (emendas à Constituição) realmente tenha supremacia sobre os demais, a lógica não se mostra em relação aos outros incisos: as leis ordinárias são citadas antes das leis delegadas, e nem por isso são superiores, em termos de hierarquia. O primeiro argumento, portanto, deve ser rejeitado.

O argumento relativo ao quórum é, para nós, um dos mais fortes. A Constituição só prevê, para atos legislativos, três *quoras*: a) 3/5 (emendas constitucionais); b) maioria absoluta (leis complementares); c) maioria simples (todas as demais espécies normativas). Se não é uma garantia de se poder afirmar uma certa superioridade das leis complementares em relação às demais, é, pelo menos, um forte indicativo nesse sentido.

O terceiro argumento não se sustenta. Da mesma forma que as leis complementares, as leis ordinárias também complementam normas da Constituição que dependem de regulamentação normativa (por exemplo: art. 5º, XXXII; art. 7º, IV; art. 37, VII, dentre outros).

Quanto ao quarto argumento, também não o achamos sustentável. O fato de existirem alguns temas em que a regulamentação por lei ordinária deve suceder o tratamento da matéria por lei complementar não é um indicativo de hierarquia entre as duas espécies normativas. Afinal, existem normas constitucionais que dependem de leis ordinárias para produzirem todos os seus efeitos, e nem por isso se subverte a hierarquia das normas jurídicas.

Por fim, o quinto argumento é também forte e relevante, mas o Supremo Tribunal Federal tem relativizado a afirmação em que ele se baseia (de que uma lei ordinária não poderia, jamais, revogar uma lei formalmente complementar).

Em defesa da inexistência de hierarquia entre esses dois atos normativos, Celso Bastos defendia que só existe hierarquia normativa quando uma norma tira seu fundamento de validade de outra – o que não ocorre no caso, já que tanto as leis complementares quanto as ordinárias tiram o fundamento de validade diretamente da própria Constituição.

Na verdade, embora consideremos, particularmente, que as leis complementares são hierarquicamente superiores às ordinárias, é preciso deixar claro que: a) a jurisprudência *pacífica* do STF afirma que *não há hierarquia entre*

leis complementares e leis ordinárias; b) a discussão parece mais acadêmica do que prática, sendo mais relevantes estudar as soluções dos conflitos entre esses dois tipos de lei, independente da posição que se adote.

Realmente, as diferenças serão mais de nomenclatura, quer se adote uma ou outra teoria: pela teoria clássica (superioridade da lei complementar), uma lei ordinária que invada o assunto de lei complementar será *ilegal*; já para a teoria moderna (igualdade hierárquica), a lei ordinária deve ser declarada *inconstitucional*, por violar a regra da Constituição que reservou aquele assunto à lei complementar.

3.5. Conflitos entre lei ordinária e lei complementar

Esclarecida a pequena relevância prática de se considerar que a lei complementar é hierarquicamente superior, ou que apenas existem âmbitos materiais distintos, vamos estudar agora o que acontece quando há um conflito entre essas duas espécies normativas.

Esclarecemos que, diante da pacífica jurisprudência do STF, consideraremos, para fins de nomenclatura, que não há hierarquia entre esses dois tipos de lei.

3.5.1. Primeiro conflito: lei ordinária invade o assunto de lei complementar

Pode acontecer (e acontece!) de o Congresso Nacional (por erro, ou por má-fé) aprovar uma lei *ordinária* para tratar de um assunto que a Constituição reserva para a lei *complementar*. Nesse caso, a lei ordinária será inválida, *inconstitucional*, porque violou a regra constitucional que reserva a matéria ao tratamento por lei complementar (na teoria clássica, a lei ordinária seria declarada *ilegal*).

Deverá, então, ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, por provocação de qualquer prejudicado pela legislação, ou, especificamente, pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CF), por provocação de qualquer dos legitimados para tanto (CF, art. 103, I a IX).

3.5.2. Segundo conflito: lei complementar invade assunto de lei ordinária

Também pode ocorrer de o Congresso regulamentar por meio de lei complementar um assunto a ela não reservado pelo constituinte, ou seja, aprovar uma lei complementar que invade o assunto de lei ordinária. A se adotar a lógica geral citada no item anterior, a lei complementar deveria ser declarada

serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”, Súmula nº 276).

No julgamento, então, o STF (vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau) assentou que: a) a COFINS é matéria de tratamento reservado à lei ordinária, e não complementar; b) a LC nº 70/91, ao tratar de assunto reservado à lei ordinária, é de ser considerada válida (constitucional), mas com força de lei ordinária – é uma lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária; c) assim sendo, a LC nº 70/91 pode ser revogada por outra lei ordinária; d) logo, foi constitucional a revogação da isenção prevista na LC 70/91 pela lei ordinária nº 9.430/96, devendo os contribuintes recolher retroativamente os valores não pagos ao fisco.

Esse julgamento é de grande importância, dentre vários outros motivos, porque: a) envolvia grande somas em tributos devidos; b) serviu para o STF reafirmar sua jurisprudência no sentido de que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, de modo que a LC “invasora” pode ser considerada válida, mas como lei ordinária – podendo inclusive – como foi – ser revogada por outra lei ordinária; c) terminou gerando o cancelamento pelo STJ da Súmula nº 276, que previa a manutenção da isenção.

Eis a ementa do julgado:

“Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento” (DJe de 18.12.2008).

3.5.3. Quadro: Diferenças entre lei complementar e lei ordinária

LEI	MATÉRIA	QUÓRUM	INVASÃO
Lei Complementar	Taxativa	Maioria Absoluta (mais da metade) Mais da metade do total de membros (invariável)	Lei Complementar que invade assunto de Lei Ordinária é válida, mas com força de Lei Ordinária.
Lei Ordinária	Residual	Maioria Simples ou Relativa – Maioria dos votos dos presentes	Lei Ordinária que invade assunto de Lei Complementar é inválida e inconstitucional.

4. LEIS DELEGADAS

4.1. Considerações gerais e origens históricas

As leis delegadas tiveram a origem, no ordenamento brasileiro, com a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961. O referido ato complementar instituiu o sistema parlamentarista de governo no Brasil, como forma de permitir ao Vice-Presidente João Goulart assumir a presidência, após a renúncia de Jânio Quadros. Na verdade, a EC 4/61 foi uma espécie de “solução negociada” para evitar um golpe militar, já que as Forças Armadas não aceitavam que um governante de viés comunista (João Goulart) assumisse a presidência com plenos poderes. Então, idealizou-se a solução parlamentarista.

Nesse contexto, foi criada a possibilidade de o Executivo legislar, por delegação do Parlamento. Era o que previa o parágrafo único do art. 22 da citada Emenda.

Durante a breve experiência da República Parlamentarista (1961-1963), foram editadas 11 leis delegadas. Foi nesse momento que tais espécies normativas mais foram utilizadas no Brasil. Depois, com as Constituições da Ditadura Militar (1967 e Emenda nº 1/69), foi criada a figura dos decretos-leis, o que praticamente tornou dispensáveis as leis complementares. Da mesma forma, a Constituição de 1988 previu a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, o que manteve o esvaziamento das leis delegadas⁶⁶. Tanto assim que, em toda a história republicana, só foram editadas 13 leis delegadas. As duas últimas datam de 1992, e a antepenúltima foi editada em 1962!

Percebe-se, desde já, a pouca importância prática que as leis delegadas têm atualmente, o que se reflete na pequena quantidade de estudos específicos sobre o tema na doutrina brasileira atual. Na verdade, as leis delegadas são um instrumento em extinção, mas que poderia ser muito mais utilizado – e com vantagens – em lugar das sempre excessivas medidas provisórias.

4.2. Atribuição

A elaboração das leis delegadas é responsabilidade do Presidente da República, por delegação do Congresso Nacional, verdadeiro detentor da função legislativa ordinária. Assim, a delegação legislativa deve ser solicitada pelo Chefe do Executivo, por meio de mensagem enviada ao Poder Legislativo. É

66. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 532.

4.4.4. Controle da delegação pelo Congresso Nacional

O Congresso Nacional, como titular da função legislativa, tem o poder de controlar o exercício da legislação delegada, para verificar se se atém aos limites traçados na resolução. Esse controle pode ser feito de forma preventiva, apreciando o projeto, antes de tornar-se lei (é o que se dá na delegação *imprópria* ou *atípica*); ou de modo repressivo, isto é, sustando (=suspendendo) eventual lei delegada editada pelo Presidente em desrespeito à resolução delegante.

Incide, no caso, o art. 49, V, da Constituição, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Trata-se de verdadeira suspensão da lei delegada. Como tal, produzirá efeitos *erga omnes*⁷⁴ (=contra todos) e *ex nunc*, isto é, a partir do momento da sustação, não atingindo os eventuais efeitos já produzidos pela lei.

Não custa acrescentar, ainda, que a suspensão da lei delegada que exorbite os limites da delegação será feita por meio de decreto legislativo, já que esse é o instrumento legislativo adequado para veicular as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, citadas no art. 49 da Carta Magna.

4.5. Algumas questões teóricas

Manoel Gonçalves Ferreira Filho lista algumas questões teóricas interessantes acerca das leis delegadas.

Pode o Presidente da República, uma vez aprovada a resolução delegante pelo Congresso Nacional, editar *mais de uma lei delegada* sobre o mesmo tema? Sim, pois os limites da delegação dizem respeito à matéria, e não ao número de atos normativos.

Pergunta-se o autor paulista, também, se o Congresso, durante o prazo para a elaboração da lei delegada, pode aprovar projeto de lei ordinária sobre o mesmo tema? Mais uma vez, a resposta é sim. Afinal, o Congresso é o titular da função legislativa, e “pode retomar a exclusividade do seu exercício a todo instante”⁷⁵.

Um terceiro problema diz respeito a saber se o Congresso pode revogar a delegação, antes do término do prazo. Aqui a resposta é obviamente afirmativa, diante do princípio geral do Direito Público de que a delegação é

74. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* Op. Cit., p. 835.

75. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

ato precário, e a competência delegada pode ser retomada pela autoridade delegante a qualquer momento.

5. DECRETOS LEGISLATIVOS E RESOLUÇÕES

Os decretos legislativos e as resoluções guardam entre si várias semelhanças e algumas diferenças. Por isso mesmo, preferimos tratar de ambas as espécies conjuntamente, deixando para, ao depois, apontar-lhes as distinções mais relevantes.

É importante notar que a Constituição nada estabelece acerca da tramitação dos decretos legislativos e das resoluções, de modo que a regulamentação da matéria é dada, de forma quase exclusiva, pela doutrina e pelos regimentos internos das Casas Legislativas e do Congresso Nacional.

5.1. Nomenclatura

É preciso ter cuidado para não se confundir a nomenclatura das espécies normativas em questão. Trata-se dos decretos *legislativos*, isto é, atos normativos editados pelo Congresso Nacional. Nenhuma relação, portanto, com os decretos (atos do Presidente da República, editados com base no art. 84 da CF, como são exemplos os decretos autônomos e os decretos regulamentares), nem com a antiga figura dos *decretos-lei* (que não existem mais, pois foram substituídos, no ordenamento de 1988, pelas medidas provisórias).

Ademais, as resoluções de que aqui se trata não são atos normativos secundários (=infralegais), como as resoluções dos Ministérios, por exemplo. Não. São resoluções *da Câmara dos Deputados* ou *do Senado Federal*, e têm hierarquia legal, como já vimos no Capítulo 1.

5.2. Hierarquia

Normalmente, decretos legislativos e resoluções possuem hierarquia *legal*, isto é, situam-se no mesmo patamar hierárquico das leis (ordinárias, complementares e delegadas). A distinção entre decretos legislativos e resoluções para as leis é apenas a matéria de que cada espécie trata, mas o *status* que ocupam na hierarquia do ordenamento jurídico é igual.

É preciso lembrar, porém, que os decretos legislativos servem para o Congresso aprovar tratados internacionais. E, como já visto no Capítulo 1, os tratados internacionais *sobre direitos humanos* podem ter hierarquia *supralegal* ou até mesmo *constitucional* (CF, art. 5º, § 3º).

Com base nessas observações, podemos, então, afirmar que decretos legislativos e resoluções têm hierarquia *legal*. Os primeiros, porém, poderão ter hierarquia *supralegal* ou até mesmo *constitucional*, quando veicularem a aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos.

5.3. Iniciativa

Salvo disposição constitucional em contrário, a iniciativa de decretos legislativos e de resoluções é atribuída apenas aos parlamentares e aos órgãos parlamentares. Isso porque se trata de atos de exclusividade do Legislativo, que não podem, por implicitude, ser propostos por membros de outros Poderes.

Assim, a iniciativa de PDS (Projeto de Decreto Legislativo iniciado no Senado) ou PDC (Projeto de Decreto Legislativo iniciado na Câmara) é apenas de Senadores ou Comissões do Senado Federal (primeiro caso) e de Deputados ou Comissões da Câmara dos Deputados (no segundo caso). Quanto às resoluções, obviamente, a iniciativa é de membros da Casa ou de suas Comissões.

Existem, apesar disso, casos excepcionais em que a iniciativa é atribuída ao Presidente da República em relação à Resolução (art. 155, § 2º, IV) e a Decreto Legislativo (art. 49, I, c/c art. 84, VIII).

5.4. Sanção e veto

Trata-se de mais uma semelhança entre decretos legislativos e resoluções: em ambos os casos, não existe a fase de deliberação executiva. Não há sanção nem veto em nenhuma das duas espécies normativas.

Realmente, só cabe ao Presidente da República sancionar ou vetar projetos de *lei* (art. 84, IV e V, e art. 66), o que não abrange os decretos legislativos e resoluções, que, uma vez aprovados, seguem direto para a promulgação.

5.5. Distinções

Trataremos, ora em diante, das características que distinguem os decretos legislativos das resoluções. São basicamente quatro aspectos: a) material (matéria de que cada espécie trata); b) formal (como se dá a aprovação e tramitação de cada ato); c) eficaz (efeitos produzidos); d) complementar (promulgação).

5.5.1. Considerações gerais

É tradicional na doutrina definir o decreto legislativo como sendo o ato normativo primário editado pelo *Congresso Nacional*, sem a participação do

Presidente da República, para regulamentar as matérias de competência exclusiva do Poder Legislativo, e geralmente com efeitos externos. Já as resoluções são normalmente definidas atos normativos primários de cada *Casa do Congresso Nacional*, isoladamente, com efeitos internos (*interna corporis*), que servem para regulamentar as matérias de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Na definição de Alexandre de Moraes, a resolução é “o ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, mas em regra com efeitos internos”⁷⁶.

Dessas tradicionais definições já se colhem algumas diferenças básicas, que estudaremos a partir de agora.

5.5.2. Competência

A primeira – e principal – diferença entre os decretos legislativos e as resoluções reside na competência para editar cada uma dessas espécies normativas. Enquanto os decretos legislativos são editados pelo *Congresso Nacional*, como um todo (ambas as Casas, conjuntamente), as resoluções são atos de cada *Casa do Congresso*, isoladamente (atos da Câmara dos Deputados, sozinha, ou do Senado Federal, sozinha).

Embora haja exceções a essa regra, é um parâmetro seguro para diferenciar, num primeiro momento, essas duas espécies normativas. Com efeito, embora exista caso de resolução editada pelo Congresso⁷⁷, todos os decretos legislativos são normatização oriunda do conjunto das duas Casas, e não de nenhuma delas, isoladamente.

Essa distinção de competência repercute, obviamente, no trâmite a que é submetida cada uma dessas espécies de proposição. Enquanto os decretos legislativos devem ser aprovados em ambas as Casas – ou seja, pelo sistema bicameral –, as resoluções, como ato isolado de cada Casa do Congresso Nacional, seguem o rito unicameral.

76. Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 694.

77. São pelo menos três casos que fogem a essa regra geral aqui exposta: 1) art. 68, § 2º, segundo o qual a delegação legislativa terá a forma de *resolução do Congresso Nacional*; e 2) o Regimento Comum do Congresso Nacional, que é aprovado por meio da Resolução CN nº 01/89; 3) a Resolução que trata da tramitação, no Congresso, da medida provisória (Resolução CN nº 02/01).

Resta saber, em relação aos decretos legislativos, qual a espécie de bicameralismo aplicável aos decretos legislativos – se puro ou mitigado (com supremacia da Casa Iniciadora). Temos para nós que a tramitação deve seguir o bicameralismo puro, uma vez que não encontramos na Constituição qualquer norma, expressa ou implícita, que atribua, na aprovação de projeto de decreto legislativo, qualquer prerrogativa de superioridade à Casa Iniciadora da proposição.

5.5.3. Matéria

Essa diferença já apontada traz, por conseguinte, uma outra distinção: a matéria (=conteúdo) a ser tratada por cada um desses dois instrumentos normativos.

Assim, enquanto os decretos legislativos tratam das matérias previstas no art. 49 da CF (e também no caso do art. 62, § 3º), as resoluções servem para regulamentar os temas previstos nos artigos 51 e 52 da Carta Magna.

5.5.4. Efeitos

Mais uma vez, estamos diante de uma regra geral – que admite exceções, é verdade, mas que pode ser útil no estudo da matéria.

Os decretos legislativos produzem efeitos externos (atingindo outros poderes, além do Legislativo, e também os particulares), enquanto as resoluções produzem, *geralmente*, efeitos meramente internos, *interna corporis* (atingem apenas a própria Casa Legislativa que as edita).

Excepcionalmente, as resoluções podem ter efeitos externos. É o caso, por exemplo, da delegação legislativa, que se faz por resolução do Congresso Nacional (art. 68, § 2º); da resolução do Senado que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF (art. 52, X); da resolução senatorial que fixa alíquotas máximas de determinados tributos, como o ICMS (art. 155, § 1º, IV).

Quadro: diferenças entre Decretos Legislativos e Resoluções:

	DECRETOS LEGISLATIVOS	RESOLUÇÕES
COMPETÊNCIA	Congresso Nacional	Câmara ou Senado (exceto nos casos de delegação legislativa, em que a Resolução é do Congresso)
MATÉRIA	Art. 49 e art. 62, § 3º	Art. 51 e 52; art. 68; art. 155, § 1º, IV, e § 2º, V, b
EFEITOS	Externos	Internos (<i>interna corporis</i>), exceto alguns casos, como delegação legislativa, matéria tributária, suspensão da eficácia da lei declara inconstitucional pelo STF em controle difuso, etc.

OBS.: resoluções que possuem efeitos externos: delegação legislativa (art. 68, § 2º); matéria tributária (art. 155, § 1º, IV; § 2º, IV e V, b); suspensão da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso (art. 52, X), entre outras.

Excepcionalmente, também existem Resoluções do Congresso Nacional, como, por exemplo, as que instituem ou alteram o RCCN.

6. MEDIDAS PROVISÓRIAS

6.1. Antecedentes históricos e direito comparado

As medidas provisórias foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988. Representam, portanto, uma inovação da Carta Cidadã. Porém, o *modelo* de legislação pelo Poder Executivo não era inédito no Mundo, muito menos no sistema constitucional brasileiro.

6.1.1. A Legislação pelo Poder Executivo: aspectos históricos

Montesquieu já defendia que o Executivo não poderia legislar (*faculdade de estatuir*), mas deveria participar da legislação *impedindo* determinadas decisões parlamentares (*faculdade de impedir*, ou veto propriamente dito⁷⁸).

Porém, vários autores – principalmente no Século XX – revisitaram a teoria clássica da “separação de poderes”. Podemos citar, por exemplo, Marcel de La Bigne de Villeneuve, que, em 1934, já enxergava o esgotamento e a decadência do princípio da separação de poderes. Numa monografia intitulada *La Fin du Principe de Séparation des Pouvoirs*⁷⁹ (“O Fim do Princípio da Separação de Poderes”), cuja segunda parte era sintomaticamente denominada *Elimination de la Théorie de la Séparation des Pouvoirs*, o francês defendia que, no contexto histórico do século XX, era impossível fazer reviver o dogma em questão, ainda que de forma adaptada ou relativizada⁸⁰.

78. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Sanção no Procedimento Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

79. VILLENEUVE, Marcel de La Bigne de. **La Fin du Principe de La Séparation des Pouvoirs**. Paris: Sirey, 1934.

80. “(...) la théorie de la Séparation des Pouvoirs, strictement prise dans les terms employés par Montesquieu, est rationnellement et pratiquement inacceptable (...). Tels sont cette tentative d'adaptation et de rejeunissement de la doctrine de Montesquieu (...) ils nous semblent inefficaces et rains (...), et insoutenables aussi bien au point de vue de la raison qu'à celui de l'expérience”. VILLENEUVE. **Op. Cit.**, pp. 65-75. Numa tradução livre: “a teoria da Separação dos Poderes, estritamente presa aos termos empregados por Montesquieu, é, racional e praticamente, inaceitável (...) Tal o são [também] as

Pregava, arrimado no declínio do Estado Liberal – que já vinha dando mostras de saturação, uma atuação forte e centralizadora do Executivo⁸¹, enfiando em si as prerrogativas de ação e direção⁸², numa nova doutrina de todo adaptada aos movimentos intervencionistas da década de 30, como o *New Deal* que Roosevelt implantaria nos Estados Unidos da América para fazer frente à crise econômica desencadeada com o *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Para tanto (dizia), era necessário abolir a teoria da separação dos poderes, com vistas a se permitir uma concentração de poderes na esfera do Executivo, para que esse pudesse desempenhar satisfatoriamente o fim estatal do bem comum. Como toda teoria revolucionária, é certo que a doutrina engendrada por Villeneuve não foi isenta de exageros e de uma boa dose de radicalismo. Mas também é certo que, se por um lado defendia uma desmesurada concentração de poderes na esfera do Executivo, por outro alertou para o esgotamento da “separação de poderes” como dogma e para o redesenho das relações entre os órgãos da soberania com o declínio do Estado Liberal. E já defendia que o Executivo forte, exigido pelo Estado Social, deveria ter uma parcela do poder de legislar.

6.1.2. Antecedentes no Direito Brasileiro: os Decretos-Lei

Surgidos em 1937, com o Golpe do Estado Novo e a outorga da Constituição de 1937 (vulgarmente conhecida como a *Polaca*) por Getúlio Vargas, os Decretos-Lei configuravam uma forma de legislação editada pelo Poder Executivo, com a homologação pelo Legislativo. Todavia, como o Parlamento permaneceu fechado durante todo o período ditatorial (1937-1945), na verdade o Brasil foi regido, inteira e exclusivamente, por decretos editados pelo Presidente da República, com força da lei⁸³.

tentativas de adaptação e renascimento da doutrina de Montesquieu (...) elas nos parecem ineficazes e falhas (...), e inaceitáveis tanto do ponto de vista da razão quanto da experiência”.

81. “Cette autorité, ce pouvoir [o Executivo], dont le rôle est de fondre dans une immense et souple synthèse tous les besoins divers et les intérêts légitimes de la communauté étatique, doit nécessairement être unique, puisque, dans sa sphère, il est souverain.” Ibidem, p. 79. Tradução livre: “Esta autoridade, este poder [o Executivo], cujo papel é fundir em uma imensa e flexível síntese as necessidades diversas e os interesses legítimos da comunidade estatal, deve necessariamente ser único, dado que, na sua esfera, é soberano.”
82. “Le gouvernement ne se borne pas, en effet, à exécuter l’ordre ou le mandat d’autrui; il a une activité primaire; il décide; il ordonne pour son propre compte et dans sa propre sphère. Même quand il se borne à appliquer la loi, il garde (...) une large faculté d’appréciation”. Ibidem, p. 89. “O governo não se limita, em efeito, a executar a ordem ou o mandato de outro; é uma atividade primária; ele decide; ele ordena por sua própria conta e em sua própria esfera. Mesmo quando se limita a aplicar a lei, ele guarda (...) uma larga faculdade de apreciação.”
83. Cf. Constituição de 1937, arts. 11 a 14.

A figura do decreto-lei foi abolida com a Constituição democrática de 1946, mas ressurgiu com o Ato Institucional nº 2, de 1964, que atribuía ao Presidente da República o poder de editar decretos-lei, *ad referendum* do Congresso Nacional, nas matérias relativas à segurança nacional. Com a Constituição de 1967, o campo de edição dos decretos com força de lei foi ampliado, para permitir sua edição também em matérias financeiras e administrativas. Interessante notar, também, que, nessa segunda fase dos decretos-lei, a não apreciação do ato pelo Congresso Nacional no prazo constitucionalmente descrito implicava a aprovação do decreto, que se transformava em lei por *decursus de prazo* (instituto que não mais existe no Brasil). E, pior, mesmo se o decreto-lei fosse rejeitado pelo Congresso, os efeitos já produzidos continuavam necessariamente válidos, pois a rejeição se dava com efeitos *ex nunc*, e não *ex tunc* (retroativos)⁸⁴.

Eis o texto da Constituição de 1967 (já com a Emenda nº 1, de 1969):

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

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º – Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51⁸⁵. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982)

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

84. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1288. Contra, considerando que a rejeição poderia ter efeitos retroativos (*ex tunc*), confira-se: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, tomo III**. São Paulo: RT, 1973, p. 161.
85. Este dispositivo, por sua vez, previa: “Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos, se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado”. Era a aprovação do projeto por decurso de prazo: podia um decreto-lei transformar-se em lei *sem ter havido deliberação do Congresso!*

Portuguesa de 1976 permite, no art. 201, a edição de decretos-lei que, em algumas hipóteses, sequer precisam ser ratificados pelo Parlamento⁹⁰.

6.1.4. Medida provisória no Brasil: a “primeira geração” (redação original do art. 62)

Na redação original de 1988 (e é importante que se tenha essa noção histórica, para que se possa melhor compreender as modificações trazidas pela EC 32/01), as medidas provisórias podiam ser editadas pelo Presidente da República acerca de quaisquer matérias (pois, em tese, não havia limitações de tema, como também não há na Constituição Italiana). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, se não permitia a edição de MPs acerca de Direito Penal, as admitia quando fossem benéficas ao réu⁹¹, algo que hoje não mais é possível⁹².

Também no regime anterior à alteração constitucional na sistemática das medidas provisórias, tais provimentos excepcionais tinham prazo de validade de 30 dias, mas, segundo a Corte Suprema, podiam ser reeditadas pelo Presidente da República, *sem limite de vezes*, dentro do prazo legal, prorrogando-se o prazo constitucional. É o que dispõe a Súmula nº 651 do STF: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”. Isso gerava a situação esdrúxula em que uma medida “provisória” vigorava por longos anos, sem ter sido apreciada pelo Congresso Nacional.

Sobre o tema, Ednilton Andrade Pires noticia que:

“A permissão da reedição de medida provisória, comumente atribuída ao Supremo Tribunal Federal foi, na verdade, primeiramente uma decisão do Congresso Nacional. (...) Em março de 1989 (...) publicou-se o parecer da comissão, no

90. Cf. toda a exposição detalhada dos decretos-lei no Direito Comparado, especialmente europeu, na citada obra: SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993, pp. 101 e ss.

91. Em julgado anterior à EC 32/01, o STF assim se manifestara: “Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal, extraída pela doutrina consensual da interpretação sistemática da Constituição, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade” (STF, Pleno, RE 254.818, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 08.11.2000).

92. CF, art. 62, § 1º, I, b.

qual o Congresso Nacional admitia formalmente a reedição de medidas provisórias”⁹³.

Outra característica que marcava as medidas provisórias no período pré-EC 32 era que a rejeição da MP pelo Congresso Nacional produzia, automaticamente, efeitos retroativos (*ex tunc*), devendo o Legislativo regular a eficácia da medida (por meio de decreto legislativo). Ademais, a apreciação da medida (para aprová-la ou rejeitá-la) era feita conjuntamente por ambas as Casas do Congresso Nacional – o qual, se não estivesse reunido, deveria ser convocado extraordinariamente.

Vejamos agora, brevemente, as principais alterações trazidas pela EC 32/01.

6.1.5. Medida provisória no Brasil: a “segunda geração” (art. 62, na redação da EC 32/01)

A EC 32, de 2001, trouxe substanciais modificações na normatização das medidas provisórias. O art. 62 tornou-se mais analítico, limitando o poder do Executivo de editar MPs. Passou-se do “regime da reedição” para o “regime do sobrestamento”⁹⁴. Expliquemos.

Até a EC 32/01, as medidas provisórias valiam por 30 dias, mas podiam, se não apreciadas pelo Congresso, ser reeditadas inúmeras vezes. Após a reforma constitucional, passaram as MPs a ter prazo de vigência de 60 dias, prorrogáveis (automaticamente) por mais 60 dias. Mas, passados 45 dias da edição, a Casa do Congresso em que esteja tramitando a MP passa a ter a pauta sobrestada (“trancada”): não pode deliberar sobre nenhum outro projeto, antes de votar a MP.

Outra modificação da EC 32/01 foi que o prazo da MP não mais corre durante os recessos do Congresso, que também não precisa mais ser convocado extraordinariamente. Por outro lado, ficou consignado que, em algumas matérias, o Presidente não pode editar medidas provisórias. Ademais, a apreciação das MPs passou a ser feita por cada casa do Congresso, de forma isolada. Passou a ser prevista na Constituição a apreciação prévia dos requisitos de relevância e urgência da MP por uma comissão mista de Deputados e Senadores. Por fim, restou explicitado na Constituição que a MP rejeitada

93. PIRES, Ednilton Andrade. **A Medida Provisória e sua Evolução Constitucional**. In: **Ensaio sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira**, vol. 2. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008, p. 583.

94. *Ibidem*, p. 584.

perde os efeitos *ex tunc*, mas, se o Congresso não regular, em até 60 dias, os efeitos da medida rejeitada, a rejeição valerá *ex nunc*.

Uma tabela sintetiza as principais alterações⁹⁵:

	ANTES DA EC 32/01	DEPOIS DA EC 32/01
PRAZO DE VIGÊNCIA	30d + 30d + 30d + 30d...	60d + 60d
APRECIÇÃO PELO CONGRESSO	Sessão conjunta	Sessão da cada Casa isoladamente
CONGRESSO EM RECESSO	Convocado para sessão legislativa extraordinária	Prazo da MP fica suspenso
RESTRICÇÃO EXPLÍCITA DE MATÉRIAS	Não	Sim
REEDIÇÃO	Sim	Não (apenas prorroga-se a validade por mais 60 dias)
SOBRESTAMENTO DA PAUTA	Não	Sim, a partir do 45º dia de vigência da MP sem apreciação do Congresso
EFEITOS JÁ PRODUZIDOS PELA MP	Deviam ser regulados pelo Congresso	São mantidos, se o Congresso não regulamentar os efeitos da rejeição em até 60 dias

6.2. Conceito

Pode-se conceituar medida provisória como um ato normativo primário, excepcional no quadro da separação de poderes, editado pelo Presidente da República em matérias relevantes e situações de urgência, e sujeita a condição resolutiva⁹⁶. Analisemos esse conceito.

Primeiramente, fica claro que a medida provisória é um ato normativo primário. Isto é: retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição; pode criar direitos e obrigações; tem, no dizer da Constituição, “força de lei” (art. 62, *caput*). Não é lei, pois nela só se transformará se for aprovada pelo Congresso Nacional; mas, *enquanto isso*, vale como se lei fosse. Dito de outra forma: é um projeto de lei que já vale como se lei fosse.

Ademais, está sujeita a condição resolutiva. Expliquemos.

95. A tabela se baseia, também, na obra citada de Ednilton Andrade Pires.

96. O conceito é de Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem “as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação de poderes”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 838. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Op. Cit.**, p. 246.

100. Condição é a cláusula que subordina os efeitos de um ato jurídico (nesse caso, a medida provisória) a um evento futuro e incerto. Existem, segundo a doutrina e a legislação, dois tipos de condições: as *suspensivas* e as *resolutivas*. No primeiro caso, o ato jurídico *não vale até que se implemente a condição*. Já na segunda hipótese (condição resolutiva), o ato jurídico vale, mas deixará de produzir efeitos se ocorrer a condição.

Esse último quadro é o que reflete a figura da medida provisória. Editada pelo Presidente da República, deve ser imediatamente publicada e remetida ao Congresso para apreciação. A partir daí, começará a correr o “prazo de validade” (ou melhor, de vigência) da MP (sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta). Se, nesse período, o Congresso rejeitar a medida ou não apreciá-la, o ato perderá, deixará de produzir efeitos (condição resolutiva). Caso, porém, a medida seja votada e aprovada pelo Congresso, pode-se dizer, grosso modo, que deixará de ser uma medida *provisória* para se transformar em lei, *definitivamente* (quer dizer, até que seja revogada por outra lei). Como afirma José Afonso da Silva, as medidas provisórias são “*sujeitas a uma condição resolutiva, ou seja, sujeitas a perder sua qualificação legal no prazo de 120 dias*”⁹⁷.

Por fim, deve ficar claro que a medida provisória, uma espécie de legislação pelo Executivo, não é a regra no esquema da separação de poderes. Realmente, a função de legislar é prerrogativa principal do Legislativo. Qualquer ato editado pelo Presidente da República no exercício da função legislativa, ou com força de lei (lei delegada, medida provisória, decreto autônomo) configura uma exceção, e como exceção deve ser interpretado (ou seja, deve ser encarado de forma restritiva).

6.3. Pressupostos de validade

A medida provisória, com a natureza excepcional que tem, só deve (ou deveria) ser utilizada pelo Presidente da República em situações absolutamente (permita-se a repetição) *excepcionais*. Nesse ponto, é bastante significativo o nome que se dá na Alemanha à Legislação pelo Executivo: *estado de emergência legislativa*.

Por isso mesmo, as medidas provisórias, no Brasil, só podem ser utilizadas para tratar de matérias relevantes, importantes, fundamentais. É inconstitucio-

97. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 534. No mesmo sentido: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 838. Em verdade, aponta o citado autor, a expressão original é de Pontes de Miranda.

retirar medida provisória já editada, mas, tão somente, revoga-la por outra subsequente. Além disso, destacava o fato de que a devolução da Medida Provisória nº 33, de 1989 não constitui, de fato, um precedente, uma vez que o equacionamento do problema se deu pela mera inação das partes envolvidas, tendo em vista que, aparentemente, o ato do Presidente em exercício do Senado Federal à época se revelou politicamente conveniente para todos"¹⁰⁸.

Entendemos que falece ao Presidente da Mesa do Congresso Nacional devolver, monocraticamente, uma MP. Afinal, nos termos do § 5º do art. 62 da CF, quem deve deliberar sobre o preenchimento dos pressupostos constitucionais é o Plenário de cada Casa.

E qual seria a saída para o Executivo impugnar essa usurpação de competência? O mandado de segurança, impetrado no STF (CF, art. 102, I, d), pelo Presidente da República, em defesa de seu direito líquido e certo à deliberação congressual sobre a MP. E por que isso não foi feito? No caso específico da MP nº 669, de 2015, porque a Presidente da República não desejou enfrentar o Presidente do Senado Federal: preferiu recuar e enviar o conteúdo via projeto de lei em regime de urgência.

6.4. Competência

A edição de medidas provisórias é atribuição exclusiva do Presidente da República, na qualidade de chefe de governo (chefe do Executivo). Realmente, na esfera federal, apenas quem esteja exercendo a Presidência da República tem o poder de editar medidas provisórias, com força de lei (CF, art. 62, *caput*).

Questão interessante, já resolvida pelo STF, dizia respeito à possibilidade de edição de medidas provisórias por governadores e prefeitos.

Por um lado, a própria Corte reconhece (como já vimos) o princípio da simetria, de forma que as regras gerais do processo legislativo federal aplicam-se *de forma automática* aos Estados, ao DF e aos Municípios. Também em favor da possibilidade de adoção de MPs na esfera estadual, há a nova redação dada pela EC 5/95 ao § 2º do art. 25 da CF: "*Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação*".

108. SANTOS, Luiz Alberto. A "devolução" da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/a-%E2%80%9Cdevolucao%E2%80%9D-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em 4.4.2015.

ção". Ora, se não pode ser editada MP para regulamentar essa matéria, pode ser editada em outros casos.

Mas, de outra parte, é certo que a medida provisória, como forma de legislação pelo Executivo, é uma exceção, e as exceções não se presumem, devem vir expressas.

A solução que o Tribunal engendrou conseguiu atender a esses dois princípios: considerou que é válida a edição de medidas provisórias por governadores e prefeitos (por simetria), mas desde que haja previsão expressa na respectiva Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal ou do DF (por ser exceção, deve vir prevista expressamente). Ademais, devem ser respeitados os mesmos princípios e limitações previstos na Constituição Federal.

Confira-se:

"(...) No julgamento da ADI 425, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.12.03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição de medida provisória estadual, desde que, primeiro, esse instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade da observância simétrica do processo legislativo federal. Outros precedentes: ADI 691, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.92 e ADI 812-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 14.05.93 .

3. Entendimento reforçado pela significativa indicação na Constituição Federal, quanto a essa possibilidade, no capítulo referente à organização e à regência dos Estados, da competência desses entes da Federação para 'explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação' (art. 25, § 2º)"¹⁰⁹.

6.5. Limitações materiais

Ao contrário do ordenamento jurídico italiano, em que pode ser editado *decreto-legge* sobre quaisquer matérias, a EC 32/01 incluiu várias limitações temáticas, vários assuntos que não podem ser veiculados por meio de medidas provisórias. Nesse ponto, o ordenamento brasileiro aproximou-se mais do sistema constitucional espanhol, afastando-se da fonte italiana originalmente adotada.

109. STF, Pleno, ADI 2391/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 16.03.2007.

Porém, mesmo antes da citada EC 32/01, já existiam temas que não poderiam ser tratados por medida provisória. Vejamos.

6.5.1. Fundo Social de Emergência

A Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994 (ECR 1/94) criou um "Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica" (ADCT, art. 71, na redação original da referida ECR 1/94). A mesma Emenda incluiu no ADCT um art. 73, dispondo que, para a regulamentação do referido Fundo, "não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição".

Essa foi a primeira restrição explícita quanto ao conteúdo que poderia ser veiculado por MP.

6.5.2. Exploração de gás natural canalizado pelos Estados-membros

A EC 5/95 criou aquela que foi a segunda restrição expressa à edição de medidas provisórias, quando dispôs, na nova redação dada ao § 2º do art. 25 da CF, que:

"Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação".

6.5.3. Regulamentação de matérias objeto de emenda constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001

Com a eleição de Fernando Henrique Cardoso para Presidente da República (1994), pôs-se em prática, de forma mais efetiva, o programa nacional de desestatização. Uma das primeiras emendas constitucionais aprovadas, com base nessas diretrizes, foi a que quebrou o monopólio do petróleo.

Receoso de que o Executivo editasse seguidas MPs acerca dos monopólios que seriam quebrados por meio de medida provisória, aprovou-se, na EC 6/95, a inclusão de um art. 246 na Disposições Constitucionais Gerais, com o seguinte teor:

"É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995"¹¹⁰.

110. Como notícia José Afonso da Silva: "O objetivo imediato [do art. 246] consistiu em estabelecer limites de atuação do Poder Executivo quanto às leis mencionadas nas Ecs-5, 6, 7 e 8 relativamente

Posteriormente, com o novo regime jurídico das medidas provisórias trazido pela EC 32/01, essa emenda pôs um termo final a essa limitação, conferindo nova redação ao citado art. 246:

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

A despeito da horrível técnica redacional do artigo, que se refere a "esta emenda", embora tenha-se integrado no texto da Constituição, pode-se entender o que determina o dispositivo: não pode ser editada medida provisória para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por emenda constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e a data da promulgação da EC 32/01 (11 de setembro de 2001).

André Ramos Tavares, com razão, critica veementemente essa vedação:

"Trata-se da vedação mais aberrante que se poderia ter, já que é totalmente aleatório o lapso temporal escolhido, bem como as matérias vedadas (que só foram vedadas por força do período e não da matéria em si)"¹¹¹.

6.5.4. Vedações expressas no art. 62, § 1º

O § 1º do art. 62 da Constituição, incluído pela EC 32/01, passou a prever expressamente matérias que não podem ser objeto de medida provisória.

6.5.4.1. Nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral

Trata-se de matérias em que é necessário um grau mínimo de estabilidade jurídica, algo obviamente incompatível com a figura da medida provisória, que é um ato normativo precário (=pode ser derrubado a qualquer momento). Como ficaria, por exemplo, a situação de um estrangeiro que se tivesse naturalizado brasileiro com base em uma medida provisória, depois rejeitada

à regulamentação das matérias ali previstas que eram monopólios. E aí seu alcance é importante. Abriam-se os monopólios, mas se estabelece regra de controle dessa abertura pelo Congresso Nacional". Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 533.

111. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1296.

pelo Congresso? Ademais, é difícil imaginar uma situação em que tais matérias demandassem uma regulamentação legislativa urgente, que justificasse a edição de uma MP¹¹².

Por outro lado, como lembra André Ramos Tavares, “há um elo que une todas essas referências. Nelas se pode constatar que qualquer mudança traria implicação direta ao processo eleitoral”¹¹³.

Por tais razões, o constituinte derivado resolveu retirar tais matérias do âmbito material das medidas provisórias.

6.5.4.2. Direito penal, processual penal e processual civil

Antes da promulgação da EC 32/01, o Supremo Tribunal Federal (com protestos de boa parte da doutrina) entendia ser possível a edição de medidas provisórias sobre as matérias aqui citadas – desde que, obviamente, houvesse relevância e urgência. Podemos citar, por exemplo, a medida provisória que instituiu a prisão temporária (MP nº 111/89, depois substituída pela Lei nº 7.960/89) e várias MPs que alteraram o Código de Processo Civil. Em matéria penal, a Corte admitia a edição de MPs apenas *in bonam partem*, isto é, apenas para beneficiar o réu¹¹⁴.

Com a promulgação da EC 32/01, porém, ficou vedada a edição de medidas provisórias sobre quaisquer aspectos do Direito Processual Civil, Processual Penal e Penal (ainda que seja para beneficiar o réu). Repita-se: hoje em dia é inconstitucional qualquer MP que seja editada em matéria penal, *mesmo que seja benéfica ao réu*¹¹⁵.

Por outro lado, é preciso ter cuidado: ainda pode ser editada MP em matéria de Direito Civil (direito material). O que não se pode é ter MP sobre Direito *Processual* Civil. A explicação para essa distinção é que o Direito Civil,

112. Na Itália, em que não há limitações materiais expressas à edição de *decreti-legge*, foi julgado que não cumpria os requisitos de extraordinária necessidade e urgência (art. 77 da Constituição de 1947) decreto-lei sobre financiamento de partidos políticos. Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida Provisória e sua conversão em lei**. São Paulo: RT, 2004, pp. 72 e 137.

113. TAVARES, André Ramos. **Op. Cit.**, p. 1296.

114. Nessa orientação antiga da Corte, confira-se o precedente seguinte: “Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal, extraída pela doutrina consensual da interpretação sistemática da Constituição, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade.” (STF, Pleno, RE 254.818, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 08.11.2000).

115. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Op. Cit.**, p. 842. No mesmo sentido: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida Provisória e sua conversão em lei**. São Paulo: RT, 2004, p. 217.

por ser disciplina extremamente ampla, pode demandar uma legislação de urgência, a ser veiculada por meio de medida provisória.

Anote-se, a título de comparação, que o artigo 99, 3, da Constituição Argentina, proíbe a edição de “*decretos de urgencia*” (inspirados em nossas medidas provisórias) em matéria penal, tributária, eleitoral ou relativa a partidos políticos.

6.5.4.2.1. O caso do Estatuto de Desarmamento

Costuma-se citar, como pretense exemplo de MP em matéria penal, a chamada “abolitio criminis temporária” trazida pelas diversas MPs que alteraram o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), para prorrogar o prazo de entrega de armas de fogo, com garantia de não punição.

Apesar disso, não se trata de MP em matéria penal. O que as MPs alteraram foi a parte *administrativa* do Estatuto (prazo de regularização das armas de fogo, constantes dos arts. 30 e 32), e não os dispositivos penais dessa norma (o Capítulo IV da Lei, cujos arts. 12 a 21 tratam dos crimes e das penas, não foi alterado). Logo, não se pode citar esse exemplo como um pretense precedente de MP em matéria penal.

O que se tem, na verdade, é um caso de MP sobre matéria administrativa, mas com reflexos penais, e não uma MP sobre direito penal.

6.5.4.2.2. O caso da MP nº 633/13

A MP nº 633, de 26 de dezembro de 2013, entre diversos outros temas, promovia alteração na Lei nº 12.409/11, inserindo um art. 1º-A, com a redação seguinte:

“Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.”

Como se vê, o § 1º do citado dispositivo trata de intervenção de terceiros, tema absolutamente ligado ao Direito Processual Civil. Incidia, portanto, em violação ao art. 62, § 1º, I, b, da CF.

Contudo, mesmo com essa inconstitucionalidade, a MP em questão foi aprovada, dando origem à Lei nº 13.000/14.

6.5.4.3. Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros

Essa matéria também não pode ser objeto de delegação legislativa (art. 68, § 1º, I), o que justifica, ao menos num primeiro momento, que também não possam ser veiculadas por meio de medida provisória – até mesmo em respeito à separação de poderes.

Realmente, se a organização do Poder Judiciário e a previsão das garantias dos seus membros é matéria de iniciativa privativa desse mesmo Poder (CF, art. 93, *caput*, e art. 96, II, *b*), nada mais lógico que a matéria não possa ser regulamentada unilateralmente pelo Chefe do Executivo, por meio de medida provisória.

*“Ademais”, anota José Levi Mello, “as matérias ora enfocadas são reservadas à lei complementar, o que, por si só, impede a sua veiculação em medida provisória”¹¹⁶ (confirmam-se os arts. 93, *caput*, e 128, § 5º, da CF).*

6.5.4.4. Planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares

A fiscalização das finanças do Poder Executivo foi a primeira e mais nobre função do Parlamento, desde o surgimento dessa Instituição, na Inglaterra Feudal. Segundo Rosah Russomano: *“a função das Câmaras, pertinentes ao consentimento dos tributos, antecedeu sua função legislativa”*.¹¹⁷

Dessa forma, a apreciação das leis sobre matéria orçamentária é uma das principais funções do Legislativo, que ficaria sobremaneira esvaziado se o Presidente pudesse, nesses casos, editar medidas provisórias.

Outro motivo também milita contra a utilização das MPs em matéria de orçamentos: a vigência imediata que tais medidas possuem poderia gerar abusos irreversíveis. Por exemplo: o Presidente editaria uma medida provisória conferindo dotação orçamentária para uma determinada ação imediata. Quando o Congresso fosse analisar a medida, o gasto já teria sido feito, de forma irreversível.

116. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. Cit.*, pp. 135-136. No mesmo sentido: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* *Op. Cit.*, p. 841.

117. RUSSOMANO, Rosah, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 883. São Paulo: Saraiva, 2003.

Por isso, o constituinte derivado, acatando a argumentação doutrinária, resolveu vedar a edição de medidas provisórias em matéria orçamentária, exceto em um caso: para autorizar a abertura de crédito extraordinário (art. 167, § 3º).

Na verdade, a proibição de medidas provisórias em matéria orçamentária deriva também do *princípio da estrita legalidade*, que rege a matéria, e segundo o qual todos os instrumentos orçamentários devem ser veiculados por meio de lei em sentido formal. Tanto o plano plurianual, quanto as diretrizes orçamentárias, quanto o orçamento anual e os créditos adicionais devem ser autorizados por lei ou ato com força de lei. Por isso a medida provisória, embora tenha força de lei, não pode ser utilizada para veicular matéria orçamentária, EXCETO CRÉDITOS EXTRAORDINÁRIOS (art. 62, § 1º, I, *d*, c/c art. 167, § 3º).

Mas porque, dentre as várias espécies de crédito especiais (adicionais, suplementares ou extraordinários), apenas uma (créditos extraordinários) pode ser veiculada por meio de MP? A resposta é simples: porque esse é o único tipo de crédito que só pode ser aberto em situações absolutamente excepcionais.

Na verdade, trata-se de uma *“matéria típica de medida provisória”*, que *“o próprio texto constitucional explicitamente confia”* a essa espécie normativa¹¹⁸. Isso porque os créditos extraordinários devem ser abertos *“para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62”*. Note-se que, em casos tais, apenas a celeridade das medidas provisórias se mostra compatível com a resposta rápida a situações de calamidade pública.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de, recentemente, abordar o tema. No julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 4048/DF, o Plenário do Tribunal julgou inconstitucional medida provisória que instituía crédito extraordinário. Não por julgar tal instrumento incompatível para aquela finalidade, mas por considerar não preenchidos os requisitos constitucionais para a abertura extraordinária de créditos.

Confira-se um trecho da ementa do julgado, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

“(…) LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO.

118. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. Cit.*, p. 154.

Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários"¹¹⁹.

6.5.4.5. Detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro

Em 1990, na tentativa de combater a hiperinflação que grassava (mais de 2000% ao ano), o Presidente Fernando Collor de Mello editou, *um dia depois de assumir o cargo*, medida provisória que bloqueava os recursos da poupança, na promessa de restituí-los futuramente, com taxas de juros pré-fixadas. O chamado "Plano Collor" foi imposto por meio da MP nº 168, de 15 de março de 1990, depois convertida na Lei nº 8.024/90¹²⁰.

119. STF, Pleno, ADI 4048-MC/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 21.08.2008.

120. Cf. CARVALHO, Carlos Eduardo. **O fracasso do Plano Collor: erros de execução ou de concepção?** Disponível em: http://www.anpec.org.br/revista/vol4/v4n2p283_331.pdf. Acesso em: 03.11.2010. O citado autor explica: "Os valores em cruzados novos bloqueados ficaram recolhidos no BCB por 18 meses, recebendo juros de 6% ao ano mais correção monetária, e seriam liberados em 12 parcelas mensais depois de 18 meses. O papel-moeda teve conversão imediata para cruzeiros. Nos demais haveres retidos, cada pessoa podia converter de imediato apenas Cr\$ 50 mil (pelo câmbio oficial, US\$ 1.300,00; pelo câmbio paralelo, US\$ 610,00). Recursos dos tesouros dos três níveis de governo ficaram livres do bloqueio".

Obviamente, tal medida colheu a todos de surpresa, e foi, inclusive, responsável por muitas quebras, falências e até suicídios.

Temeroso de vivenciar novamente tal situação, o legislador constituinte derivado institui ser proibida a edição de medida provisória "que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro". Na verdade, tal medida ainda pode, em tese, ser tomada, mas apenas por meio de projeto de lei, o que a tornaria inviável, na prática, pois todos retirariam os valores da poupança quando o Presidente apresentasse o projeto de Lei ao Congresso Nacional.

Todavia, não se pode reduzir o teor da proibição constante do citado inciso a um novo bloqueio de poupança. Na realidade, seu alcance é significativamente maior, pois proíbe que uma MPV disponha sobre "detenção ou sequestro de bens" ou de "qualquer outro ativo financeiro". Os termos da proibição são bastante amplos, o que impede a veiculação, via MPV, de qualquer disposição tendente ao bloqueio de bens.

Realmente, o inciso citado impõe três proibições às MPVs: a) detenção ou sequestro de bens; b) detenção ou sequestro de poupança popular; c) detenção ou sequestro de qualquer outro ativo financeiro. A hipótese b refere-se às medidas semelhantes às adotadas no Plano Collor. Contudo, as demais ampliam o alcance do dispositivo.

A hipótese a veda a detenção (retenção, inversão de posse) ou o sequestro (em sentido amplo, abrangendo qualquer forma de bloqueio ou indisponibilidade) de qualquer bem. Já a hipótese c proíbe a detenção ou sequestro de qualquer outro ativo financeiro. A proibição constante do art. 62, § 1º, II, é muito mais ampla que uma mera proibição da "repetição" do Plano Collor.

Em defesa da inclusão de uma vedação como essa, Péricles Prade já defendia, em 1990, que:

"(...) essas questões atingem de forma direta o cidadão naquilo que constitui a parcela mais sensível de sua propriedade, garantida (art. 5º, XXII, CF) em termos de sobrevivência, não sendo tolerável, sob o signo da transitoriedade, que se deixe ao arbítrio de uma única vontade a definição da vida econômico-financeira dos integrantes da Nação"¹²¹.

121. PRADE, Péricles. **Medidas Provisórias: análise do substitutivo aos projetos de lei complementar.** In: Revista dos Tribunais, vol. 660, pp. 17-27, out./1990.

6.5.4.5.1. O caso da MP nº 577/12 (intervenção nas empresas concessionárias de energia elétrica)

Em 29 de agosto de 2012, foi editada a MP nº 577, que dispunha sobre a intervenção nas empresas concessionárias do serviço de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, em caso de má prestação do serviço ou problemas de ordem financeira. Ocorre que o art. 15 da citada MP dispunha o seguinte:

“Art. 15. Os administradores da concessionária de serviço público de energia elétrica sob intervenção ou cuja concessão seja extinta na forma do art. 1º ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los até a apuração e a liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções de administração da concessionária de serviço público de energia elétrica nos doze meses anteriores ao ato que determinar a intervenção ou declarar a extinção. (...)”

Nota-se que o teor do dispositivo normativo prevê a indisponibilidade dos bens, o que se amolda à proibição contida no art. 62, § 1º, II, da CF, seja porque visa à detenção ou sequestro de bens, seja porque, em sentido mais amplo, gera a indisponibilidade de ativos financeiros.

Em vista disso, consideramos formalmente inconstitucional o art. 15 da MP nº 577, de 2012, por violação ao art. 62, § 1º, II, da CF.

Ressalte-se, aliás, que mesmo a MP tendo sido convertida na Lei nº 12.767/12 (em que o conteúdo passou a vigorar como art. 16), não desapareceu ou caducou o citado vício do ato, em virtude do princípio geral que rege o processo legislativo, qual seja, o da não convalidação das nulidades. Nesse mesmo norte também já se decidiu o STF, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.090/DF, relator Ministro Gilmar Mendes (DJe de 26.10.2007), restando consignado que “A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, em sede de controle de constitucionalidade”. Confira-se, na mesma linha, o julgamento da medida cautelar (MC) na ADI nº 4.048/DF, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (DJe de 22.08.2008).

6.5.4.6. Matéria reservada à lei complementar

Esta é uma vedação um tanto quanto óbvia, e que já era apontada pela doutrina antes mesmo da EC 32/01¹²².

Na verdade, as medidas provisórias têm força de lei (art. 62, *caput*). É dizer, lei *ordinária*, pois a lei complementar só é considerada quando a Constituição se refere a ela expressamente. Ora, se as leis ordinárias não podem tratar de assuntos reservados a leis complementares, como já vimos, o mesmo ocorre com as medidas provisórias. Trata-se de um verdadeiro silogismo: a) medidas provisórias têm força de lei ordinária; b) leis ordinárias não podem tratar de assunto reservado à lei complementar; logo, c) medidas provisórias não podem tratar de assunto reservado a lei complementar.

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

Se o Congresso já aprovou um projeto de lei, que depende, agora, apenas da sanção presidencial para se tornar lei, seria um verdadeiro escárnio com o Legislativo o Chefe de Governo editar uma medida provisória sobre esse mesmo tema.

Ressalte-se, contudo, que nada impede o Presidente da República de, ao ver inconstitucionalidade no projeto de lei, apor seu veto (jurídico) e, logo depois, editar uma medida provisória sobre o mesmo tema, só que, desta feita, corrigindo os vícios. Tal situação, aliás, já se verificou na prática¹²³. O que não pode é o Presidente, em vez de analisar o projeto, editar MP sobre o tema.

Com efeito, o art. 62, § 1º, IV, veda a adoção de medida provisória sobre matéria “já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto”. Se a matéria já foi sancionada ou vetada, nada há mais que impeça o Presidente de editar medida provisória sobre o tema (claro, desde que haja relevância e urgência, e não exista o intuito de fraudar a Constituição).

Obviamente, essa vedação se mostra insuficiente para prover segurança jurídica na tramitação de MP conjuntamente com a matéria constante de PL já vetado. O que ocorre, por exemplo, se o Congresso Nacional aprovar a MP e também rejeitar o veto presidencial? Qual das duas normas prevalecerá? Entendemos que deva ser aquela cuja decisão ocorrer por último, mas a só existência desse tipo de controvérsia está a demonstrar que se deveria alterar o texto do inciso IV do § 1º do art. 62, de modo a que fosse vedada a edição de MP para tratar de tema constante de PL pendente de sanção ou veto ou cujo veto ainda não tenha sido apreciado pelo Congresso Nacional.

122. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p. 429.

123. Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: RT, 2004, p. 219.

Esse regime de tramitação paralela só é compatível com PECs, pois elas estão submetidas ao sistema do bicameralismo puro, em que não há superioridade da Casa Iniciadora. Trazer essa lógica para as medidas provisórias é aplicar a elas uma sistemática que lhes é estranha, já que tramita no mesmo regime dos projetos de lei (bicameralismo mitigado).

É dizer: no âmbito de MP, qualquer alteração de seu conteúdo (excluídas, claro, as emendas meramente redacionais) significa a necessidade de retorno à Câmara dos Deputados. É inconstitucional, por afronta aos arts. 62, § 9º, e 65, parágrafo único (aplicável por analogia), a conduta do Senado Federal de excluir um tema de MP, sem determinar seu retorno à Câmara dos Deputados – ainda que seja para corrigir eventual inconstitucionalidade. Descabe instituir um sistema de “MP paralela”, como se chegava a cogitar.

6.9. Rejeição

Se a medida provisória for rejeitada pela Câmara ou pelo Senado, estará definitivamente arquivada, nos termos que ocorre com os projetos de lei. Quanto às MPs, porém, a rejeição pode ser expressa ou tácita: esta última se verifica quando o Congresso deixa escoar o prazo de 60+60 dias sem votar o ato. Nesse caso, a medida perderá seus efeitos, isto é, será tida como rejeitada tacitamente.

6.9.1. Irrepetibilidade

Uma vez rejeitada a MP (repita-se, seja de forma tácita ou expressa), deixará imediatamente de produzir efeitos. Deixará de existir. E mais: a matéria constante da MP rejeitada não poderá ser objeto de nova medida provisória na mesma sessão legislativa, em hipótese alguma. Confirma-se o § 10 do art. 62 da CF: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

Trata-se de uma aplicação do princípio da irrepetibilidade que se aplica aos projetos de lei rejeitados (art. 67), só que muito mais rígida: aqui, a MP não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa em hipótese alguma. A irrepetibilidade na mesma sessão legislativa é absoluta, ao contrário do que ocorre com os projetos de lei, em que se cuida de uma proibição relativa, que pode ser derrubada com o apoio da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso¹⁵².

152. O STF possui precedente em que, no julgamento cautelar de uma ADI, considerou que a irrepetibilidade se aplica também à medida provisória que foi revogada pelo próprio Presidente da

Numa tabela:

	PROJETO DE LEI	MEDIDA PROVISÓRIA
IRREPETIBILIDADE NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA	Sim	Sim
PREVISÃO	Art. 67	Art. 62, § 10
CARACTERÍSTICA DA IRREPETIBILIDADE	Relativa (pode ser derrubada com o apoio da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas)	Absoluta

Ou, de outra forma:

1. PROJETO DE LEI REJEITADO	1.1. A matéria dele constante pode ser objeto de nova proposição: 1.1.1. Em outra sessão legislativa? SIM 1.1.2. Na mesma sessão legislativa (ano parlamentar)? 1.1.2.1. Em regra: NÃO 1.1.2.2. Existe exceção: SIM (maioria absoluta dos membros de uma Casa)
2. MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA	2.1. A matéria dele constante pode ser objeto de nova proposição: 2.1.1. Em outra sessão legislativa? SIM 2.1.2. Na mesma sessão legislativa (ano parlamentar)? 2.1.2.1. Em regra: NÃO 2.1.2.2. Existe exceção: NÃO (vedação absoluta na mesma sessão legislativa)

ESTUDO DE CASO Nº 6: Reedição de medida provisória rejeitada e fraude à Constituição (MP nº 377/07)¹⁵³

Foi rejeitada pelo Senado, no dia 25 de setembro de 2007, a Medida Provisória nº 377, de 18 de junho de 2007. Tal ato, entre outras providências,

República, por meio de outra medida provisória. Confirma-se: “A impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada. Tese contrária importaria violação do princípio da Separação de Poderes, na medida em que o Presidente da República passaria, com tais expedientes revocatório-reedicionais de medidas provisórias, a organizar e operacionalizar a pauta dos trabalhos legislativos. Pauta que se inscreve no âmbito do funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e, por isso mesmo, matéria de competência privativa dessas duas Casas Legislativas (...) De outra parte, o ato de revogação pura e simples de uma medida provisória outra coisa não é senão uma autorrejeição; ou seja, o autor da medida a se antecipar a qualquer deliberação legislativa para proclamar, ele mesmo (Poder Executivo), que sua obra normativa já não tem serventia. Logo, reeditá-la significaria artificializar os requisitos constitucionais de urgência e relevância, já categoricamente desmentidos pela revogação em si. Medida liminar deferida para suspender a eficácia da MP 397/2007 até o julgamento de mérito desta ação direta de inconstitucionalidade.” (STF, Pleno, ADI 3.964-MC, Relator Ministro Ayres Britto, DJE de 11.04.2008).

153. Este estudo de caso se baseia em artigo de nossa autoria escrito sobre a matéria: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Reedição de medida provisória rejeitada e fraude à Constituição: o caso da MP nº 377/07**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1552, 1 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10470>>. Acesso em: 22 jan. 2011.

criava a Secretaria Especial de Planejamento de Longo Prazo da Presidência da República, com *status* de Ministério. Com a rejeição pelo Senado, criou-se a esdrúxula situação de deixar um Ministro sem Ministério – consequência que deveria ter sido ao menos cogitada pelo Executivo, ao adotar a questionável (para não dizer inconstitucional) solução de criar uma pasta por meio de MP.

O Executivo, considerando indispensável a criação da referida Secretaria, buscou, então, uma maneira de fazê-la ressurgir no mundo jurídico. Diante da impossibilidade de simplesmente reeditar a MP com o mesmo assunto (CF, art. 62, § 10), cogitou-se editar “nova” Medida Provisória, criando um órgão em tudo semelhante ao rejeitado pelo Senado, apenas com um nome diferente.

O conceito de fraude à Constituição é trazido pela doutrina para explicar as ações jurídicas que, embora não afrontem diretamente o texto da Constituição, são com ela, em substância, incompatíveis. Trata-se de manobra ardisosa para violar a Constituição sem que tal violência fique patente. Assim, sob a roupagem de constitucionalidade, esconde-se uma medida na verdade incompatível com a norma fundamental. A partir dessa perspectiva, a fraude à Constituição se configura uma das mais insidiosas formas de inconstitucionalidade, seja porque não permite, *a priori*, a identificação dos defeitos que lhe são inerentes, seja porque ataca o cerne da Constituição moderna, a parte mais importante, a essência mesma da norma fundamental: os valores.

No caso em questão, argumentava-se que a Medida Provisória não contrariaria o art. 62, § 10, da CF, segundo o qual “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”. A alegação (a nosso ver, falaciosa) era a de que a Constituição vedava a reedição da mesma Medida Provisória, mas não a edição de uma nova MP, mesmo que essa “novidade” decorresse de mera modificação acessória, formal, como é o caso do nome da Secretaria.

A intenção de fraude era, porém, patente. Ora, a Constituição proíbe a reedição de MP rejeitada em respeito à autoridade das decisões do Parlamento, que representa, aceite-se ou não, a vontade popular (art. 1º, parágrafo único, da CF). Assim, editar a mesma Medida Provisória, sem qualquer modificação, ou com modificações apenas tópicas, acessórias, irrelevantes (como é o caso do nome da Secretaria) importaria em desvirtuar a teleologia da norma constitucional que prevê a irrepetibilidade absoluta da MP rejeitada (na mesma sessão legislativa).

Felizmente, porém, a ideia perdeu força no próprio governo. Buscou-se, então, a criação da Secretaria por meio de projeto de lei, que foi efetivamente apresentado e aprovado, com o nome de “Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República” (Lei nº 11.754/08, que alterou a Lei nº 10.683/03).

6.9.2. Efeitos concretos já produzidos pela MP

Além da irrepetibilidade, a rejeição da medida provisória produz alguns outros efeitos. Primeiramente, a MP deixa imediatamente de existir no mundo jurídico: não mais produz efeitos, e a legislação que existia antes dela volta a valer (é o chamado *efeito repristinatório*)¹⁵⁴. Assim, no plano legislativo (=dos atos normativos), a rejeição da MP produz efeitos *ex tunc*, revigorando a legislação anterior.

Mas e o que acontece com os efeitos *concretos* que a MP *já produziu*? Lembre-se que a medida provisória entra em vigor imediatamente, antes mesmo de ser apreciada pelo Congresso. Assim, enquanto tramita pelo Legislativo, o ato já está produzindo efeitos jurídicos. E o que acontece se a MP for, ao final, rejeitada, ou perder a eficácia por decurso de prazo?

No regime original da CF, a MP perdia os efeitos *ex tunc*, de forma retroativa, devendo o Congresso Nacional regulamentar os efeitos da rejeição por meio de decreto legislativo. Mera cópia do sistema italiano, em que o *decreto-legge*, se rejeitado, perde a eficácia como se nunca tivesse existido. Como o Congresso não era muito cioso do dever de editar decreto legislativo para regulamentar os efeitos da rejeição, criava-se uma grande insegurança jurídica, pois, se a MP fosse rejeitada, todos os efeitos *já produzidos* deixariam de existir.

Atento à grave insegurança jurídica que esse sistema (e, principalmente, a velha omissão do Legislativo em cumprir seus deveres) causava, o constituinte derivado alterou o sistema constitucional, por meio da EC 32/01, que passou a dispor o seguinte:

Art. 62, § 3º. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

(...) § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de

154. STF, Pleno, ADI 2984/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 14.05.2004. Não se pode, com correção técnica, dizer que houve repristinação. Isso porque o fenômeno da repristinação precisa ocorrer de forma expressa, ao passo que o efeito repristinatório se dá automaticamente, com a rejeição da MP. Ademais, repristinação é, por definição, a volta ao vigor da norma que estava *revogada*; porém, como a edição da MP não revoga a lei anterior (apenas a suspende), então a rejeição da MP faz voltar uma lei que estava apenas suspensa, não revogada. Trata-se, portanto, de um instituto semelhante (mas não igual) à repristinação “propriamente dita”.

medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Logo se vê que a Emenda trouxe algumas alterações relevantes. O texto ficou um tanto quanto confuso, mas pode-se apreender-lhe a essência.

Rejeitada a medida provisória (ou perdida a eficácia pelo escoamento do prazo, o que equivale a uma rejeição tácita), ele deixa imediatamente de produzir novos efeitos. Quanto aos efeitos *já produzidos*, a regra geral é que a MP continuará aplicável, a não ser que o Congresso, em 60 dias (a contar da rejeição) edite decreto legislativo dispondo de forma diversa.

Perceba-se que o § 3º dá a entender que, com a rejeição, a MP perderia os efeitos *ex tunc*. Mas esse mesmo dispositivo ressalva o § 11, que dá ao Congresso o prazo de sessenta dias para editar decreto legislativo: não o fazendo, a rejeição terá efeitos *ex nunc*. Ora, como poderia a rejeição ter efeitos retroativos, mas poder deixar de ter essa característica diante da omissão do Congresso? Seria ilógico.

Por isso, o mais adequado – segundo entendemos – é considerar que a rejeição (expressa ou tácita) da MP pelo Congresso produz, em regra, efeitos *ex nunc* (de agora em diante, daqui para a frente), *a não ser que o Congresso resolva dar efeitos retroativos à rejeição* (efeitos *ex tunc*) – para tanto, deverá, em até 60 dias, editar um decreto legislativo específico.

Dito de outra forma: quando o Congresso rejeita a MP, mas nada fala sobre os efeitos da rejeição, entende-se que foram *ex nunc*, isto é, a medida provisória deixou de valer, mas os efeitos já produzidos se mantêm. Apenas se o Congresso editar decreto legislativo dizendo o contrário é que se considerará a rejeição com efeitos retroativos (*ex tunc*), quando os efeitos produzidos pela MP serão desconstituídos.

Essa interpretação é mais lógica, consentânea com o regime da MP e resguarda de forma mais efetiva o princípio da segurança jurídica. Concordam com esse ponto de vista Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Levi do Amaral Júnior. André Ramos Tavares parece adotar a mesma interpretação, embora critique a opção do constituinte derivado¹⁵⁵.

155. Cf. 1) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243; 2) AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida Provisória e sua Conversão em Lei**. São Paulo: RT, 2004, p. 257; 3) TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1296; 4) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Op. Cit.**, p. 850.

Veja-se a opinião da doutrina:

“Relativamente ao modelo originário de 1988, houve uma importante inversão de lógica. Antes, as relações jurídicas decorrentes da medida provisória rejeitada ou caduca por decurso de prazo desconstituíam-se retroativamente desde a perda da eficácia da medida, exceto se o Congresso Nacional votasse decreto legislativo preservando-as. Agora, ‘as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante’ a vigência da medida provisória rejeitada ou caduca por decurso de prazo somente serão desconstituídas se acaso o Congresso Nacional se manifestar nesse sentido por decreto legislativo no prazo de sessenta dias a contar do respectivo ato declaratório de rejeição ou de caducidade; do contrário tais relações são mantidas”¹⁵⁶.

Um exemplo pode esclarecer a questão. Imagine-se que o Presidente da República edita uma medida provisória conferindo aumento de mil reais para os servidores de determinado Ministério. Sabe-se, desde já, que o aumento é um ato precário (pode ser derrubado a qualquer momento), embora exista uma expectativa legítima de que vai ser mantido.

Pois bem. Um mês depois da edição da MP, o Congresso a rejeita. E agora? Bem, a partir daí o Congresso disporá de sessenta dias para editar um decreto legislativo regulamentando os efeitos da rejeição, podendo, inclusive, dar a ela efeitos retroativos (*ex tunc*), com a consequente devolução dos valores pagos a maior. Mas, se o Congresso não editar o decreto legislativo, o aumento terá sido legítimo, durante aquele mês, e os servidores, embora voltem a receber o mesmo vencimento de antes da edição da medida provisória, não precisarão devolver valor algum.

Essa é, como dissemos, a interpretação que deflui do texto constitucional, e também a sufragada pela doutrina que se debruça sobre o tema. Importante citar, porém, que há uma Nota Técnica da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados em sentido diverso. É verdade que o caso não foi de MP rejeitada, mas sim de medida que foi aprovada com modificações e o projeto de lei de conversão foi vetado pelo Presidente. Nesse caso, a Consultoria da Câmara entendeu que “a perda de validade e eficácia da medida provisória acarreta, necessariamente, a insubsistência dos atos regulamentares nela fundados”. Embora, repita-se, o caso fosse diferente do que aqui se trata, é interessante conhecer essa Nota¹⁵⁷.

156. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Op. Cit.**, p. 259.

157. VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Nota Técnica: Efeitos da Medida Provisória nº 82/02 em face do veto integral ao PL de Conversão nº 3/03 e da ausência de decreto legislativo**

modificações, a mesma matéria versada pela primeira. Do contrário, estar-se-ia ignorando, a um só tempo: a) a proibição de reedição de medida provisória; b) o prazo de sessenta dias, porquanto o lapso temporal constitucionalmente previsto restaria ampliado”¹⁶⁵.

6.11.3. O que aconteceu com as medidas provisórias que estavam em vigor quando da promulgação da EC 32/01?

Permaneceram indefinidamente em vigor, “congeladas”, até decisão definitiva do Congresso, por força do art. 2º da EC nº 32/01: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

Dessa forma, as MPs editadas antes de 11 de setembro de 2001 (data da promulgação da EC 32) e que ainda não tinham sido apreciadas pelo Congresso Nacional naquela data permanecerão em vigor até que sejam revogadas por outro ato normativo, ou até que o Congresso delibere sobre elas definitivamente (o que é politicamente muito improvável).

Interessante noticiar que Anna Cândida da Cunha Ferraz sustenta a inconstitucionalidade do artigo 2º da EC 32/01, por violar a cláusula pétrea da separação de poderes (art. 60, § 4º, III)¹⁶⁶.

6.12. As alterações propostas na PEC 01/2011

Tramita no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC 11/2011) que prevê a alteração do rito das medidas provisórias.

De acordo com essa PEC, o prazo de vigência das MPs passaria a ser de cento e vinte dias, diretamente, e não mais 60 dias, prorrogáveis automaticamente, como acontece hoje.

Além disso, o prazo de trancamento de pauta das medidas provisórias passaria a ser de 45 dias para cada Casa, e não mais 45 dias contínuos e improrrogáveis.

Entendemos que ambas as mudanças são extremamente salutares.

165. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Op. Cit.*, p. 305.

166. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Medidas Provisórias e Segurança Jurídica*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional, volume IV*. São Paulo: RT, 2011, p. 444.

A primeira, porque torna mais prático o prazo de vigência: já que o Congresso nunca aprecia a MP no prazo de 60 dias, e a prorrogação do prazo é automática, melhor prever o lapso total de 120 dias, de uma vez.

A segunda proposta de alteração também é muito importante, já que, se for aprovada, acabará com a distorção que existe atualmente: como o prazo é de 45 contínuos, o Senado “paga” pela inércia da Câmara. Com efeito, muitas vezes a Câmara dos Deputados já entrega a MP ao Senado com o prazo de 45 dias esgotado, isto é, a medida provisória já chega ao Senado trancando a pauta, o que inviabiliza – ou, no mínimo, dificulta – os trabalhos legislativos daquela Casa.

No próprio Senado Federal, foi apresentado um substitutivo, com algumas alterações relevantes.

Além de incorporar essas duas alterações já citadas, o substitutivo vai além: estabelece que a rejeição da MP pela comissão mista de Deputados e Senadores dispensa a apreciação do Plenário das Casas, transformando automaticamente a MP em projeto de lei sob regime de urgência.

Trata-se de uma inovação interessantíssima (pois assim o é qualquer tentativa de frear a exorbitância de MPs que nos assola). O temor que temos é que, mesmo com essa mudança, o Congresso continue sem exercer o poder de rejeitar as medidas provisórias, o que não mudaria, efetivamente, muita coisa.

Outra proposta interessante que consta do substitutivo é a explicitação de que nenhum prazo corre durante o recesso (hoje, como vimos, só há previsão expressa nesse sentido em relação ao prazo de vigência).

Enfim: aguardemos para ver se a PEC será aprovada, como querem vários membros do Congresso, ou se será mais uma boa ideia condenada a molar nas gavetas do Congresso.

7. DECRETOS AUTÔNOMOS

Como já dissemos, os decretos autônomos não se submetem, propriamente, ao processo legislativo, pelo simples fato de que são elaborados pelo Presidente da República, sem a participação do Congresso Nacional.

Todavia, optamos por estudá-los brevemente, já que se enquadram na categoria dos atos normativos primários (atos com força de lei).

O artigo 84, inciso IV, segunda parte, da CF, prevê a competência do Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Aqui temos a competência presidencial para a edição de decretos regulamentares – decretos que regulamentam, isto é, especificam e esmiúçam o conteúdo de uma lei. São atos infralegais, secundários e depen-

dentos. Não podem inovar o ordenamento jurídico. Não podem ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem* (não podem contrariar nem completar as leis, mas apenas esmiuçá-las).

Já o inciso VI do mesmo artigo prevê a figura dos decretos autônomos. Tal espécie normativa foi criada, no ordenamento brasileiro, com a EC 32/01. A redação original do dispositivo previa a competência de dispor, mediante decreto, *na forma da lei* (...). A EC 32/01 retirou a expressão “na forma da lei” e instituiu a possibilidade de o Presidente da República editar decretos com hierarquia e força de lei.

Há setores da doutrina que consideram que a criação desse tipo de decreto foi inconstitucional, pois isso teria violado a separação de poderes e o princípio da legalidade. Porém, a doutrina majoritária de Direito Constitucional considera válida essa criação.

O STF também possui um *obiter dictum* (dito de passagem) no qual considera constitucional essa espécie de decreto (ADI 3.254, Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie).

Os decretos autônomos só podem ser utilizados em duas hipóteses TAXATIVAMENTE previstas na CF: a) para dispor sobre a organização da Administração Pública Federal, desde que isso não cause aumento de despesa (pois essa matéria só pode ser tratada por lei, por ter reflexos orçamentários) nem criação ou extinção de órgãos públicos (matéria que também está sob reserva legal, como se vê no art. 88); ou b) para extinguir cargo ou função pública, QUANDO VAGOS.

Aqui é preciso um esclarecimento. Cargos públicos são, geralmente, criados por lei (exceto os cargos da Câmara e do Senado, criados por resolução). Assim, devem ser extintos também por lei. Cargos *ocupados* só podem ser extintos por lei; porém, se estiverem vagos, poderão ser extintos por lei OU por decreto autônomo do Presidente da República. Embora a CF não diga isso expressamente, os cargos que podem ser extintos são os do Poder EXECUTIVO, em respeito ao princípio da separação de poderes.

Diferenças entre decretos regulamentares e autônomos

	DECRETO REGULAMENTAR	DECRETO AUTÔNOMO
NATUREZA	Secundário	Primário
INOVA O ORDENAMENTO JURÍDICO	Não	Sim
HIERARQUIA	Infralegal	Legal
MATÉRIA	Em tese, qualquer lei	Taxativa (art. 84, VI)
PREVISÃO	Art. 84, IV	Art. 84, VI
criação	CF/1988	EC 32/01

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO

SUMÁRIO - Introdução - 1. Noções básicas de controle de constitucionalidade - 2. Controle político - 3. Controle jurisdicional: 3.1. Esclarecimento prévio: a distinção entre controle concentrado e abstrato e entre controle difuso e concreto; 3.2. Controle concentrado: 3.2.1. Cabimento de ADI contra medida provisória por ausência dos pressupostos constitucionais; 3.2.2. Conversão da medida provisória em lei depois do ajuizamento da ADI; 3.2.3. Cabimento de ADPF para questionar os efeitos de medida provisória rejeitada; 3.3. Controle difuso; 3.4. Atos do processo legislativo excluídos do controle judicial - 4. O controle da omissão legislativa: 4.1. Mandado de injunção: 4.1.1. Natureza; 4.1.2. Hipóteses de cabimento: 4.1.2.1. Ausência de norma regulamentadora de direito assegurado na Constituição; 4.1.2.2. Espécie de norma regulamentadora cuja ausência pode ser combatida; 4.1.2.3. Omissões de atos do processo legislativo; 4.1.3. Efeitos da decisão; 4.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO: art. 103, § 2º); 4.3. Distinções entre ADO e MI; 5. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo analisar, à luz da doutrina e da jurisprudência, quais os limites e possibilidades do controle de constitucionalidade do processo legislativo.

Perceba-se que o objeto de análise é bastante delimitado: o controle de constitucionalidade realizado sobre aspectos do processo legislativo. Assim, serão estudadas as situações em que esse processo - mecanismo de elaboração das normas gerais e abstratas - é fiscalizado por meio do controle de constitucionalidade. Desse modo, os principais instrumentos da jurisdição constitucional serão abordados tão somente no aspecto em que sirvam para a fiscalização da compatibilidade do processo legislativo com as normas da Constituição.

Em primeiro lugar, exporemos uma breve classificação do controle de constitucionalidade - sem fins de exaurimento, mas apenas de subsidiar o estudo que aqui se pretende empreender. Logo após, analisaremos o controle