

A PERENIZAÇÃO DO PROVISÓRIO

THE PERPETUATION OF PROVISIONAL

*Fabício Bittencourt da Cruz**

Resumo: O dogma da separação dos poderes foi idealizado num momento histórico em que eram buscadas limitações racionais ao poder do soberano. Era a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Na atualidade, com a adoção, pela Constituição Federal, do modelo de bem-estar social na delimitação do âmbito de atuação do Poder Executivo, justifica-se a necessidade de um meio ágil para que o Presidente da República lapide a ordem jurídica em casos relevantes e urgentes, utilizando-se da medida provisória como utensílio de governabilidade. Contudo, a desenfreada edição de medidas provisórias, o respaldo jurisdicional à reedição e a reforma promovida pela EC 32/2001 (especialmente quanto à perenização do provisório) tornam imprescindível análise crítica do texto constitucional.

Palavras-chave: Direito. Constitucional. Constituição. Estado. Democracia. Medida Provisória. Perenização.

Abstract: The dogma of the power separation was idealized at a historical moment where rational limitations to the power of the sovereign were searched. It was the transition of the State Absolutist for the Liberal State. In the present time, with the adoption, for the Federal Constitution, of the welfare state model in the delimitation of the scope of performance of the Executive, justifies it necessity of an agile way so that the President of the Republic stones the jurisprudence in excellent and urgent cases, using itself of the provisional remedy as govern utensil. However, the wild edition of provisional remedies, the jurisdictional endorsement to the new edition and the reform promoted by EC 32/2001 (especially the perpetuation of provisional) make essential critical analysis of the constitutional text.

Keywords: Law. Constitutional. Constitution. State. Democracy. Provisional Measure. Perpetuation.

* Doutorando pela Universidad Catolica de Santa Fe – Argentina. E-mail: <contato@fabriciobittencourt.com.br>

1 Introdução

Thomas Kuhn utiliza o conceito de paradigma para explicar que o conhecimento científico não se desenvolve somente de modo cumulativo e contínuo. Um paradigma tem como característica a indicação de um universo de valores partilhados por membros de uma comunidade. Funciona como parâmetro e, muitas vezes, até mesmo como fundamento ao conhecimento científico em determinados momentos histórico-culturais. Alterações paradigmáticas implicam reordenações de princípios tidos como inalteráveis perante o paradigma anterior, justamente porque não se trata de mera inovação, mas de pura ruptura no pensamento escorado no paradigma ultrapassado. Com a mudança paradigmática ampliam-se sobremaneira os horizontes científicos até então tolhidos porque não submetidos a uma crítica mais radical em relação aos padrões anteriores (KUHN, 1992, p. 257).

A física pós-newtoniana, por exemplo, é marcada pela teoria da relatividade de Einstein, que cuidou de superar o paradigma até então aceito de conceitos metafísicos como espaço e tempo absolutos (HAWKING, 2001, p. 3-27) e pelo princípio da indeterminação de Heisenberg, que pôs termo à teoria mecanicista e à “máquina do mundo newtoniana” (CAPRA, 2005, p. 47-91).

A existência de enorme quantidade de medidas provisórias editadas, aditadas e reeditadas fornece dados empíricos à constatação de que o princípio da separação estrita dos poderes, idealizado na transição do medievo para o moderno, no molde que Montesquieu se baseou para afirmar a necessidade de limitação do poder pelo próprio

poder, é um dos paradigmas que o Brasil contemporâneo indica estar abalado.

Por um lado, a partir da perspectiva do Estado Social não há como negar a necessidade de, em casos relevantes e urgentes a ponto de não se poder aguardar o prazo de cem dias previsto para o término do procedimento legislativo sumário, o Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei.

Por outro, mostra-se preocupante não só a atividade normativa do Poder Executivo em larga escala, como se percebeu ao menos até a promulgação da EC 32/2001, mas também, após a reforma constitucional daquele mundialmente inesquecível e lastimável 11 de setembro, entre outras disfunções, aquilo que se optou por denominar “perenização do provisório”, ou seja, dos efeitos de todas as medidas provisórias editadas em momentos anteriores ao advento da EC 32/2001 (CRUZ, 2006, p. 98-105).

Aborda-se o decreto-lei como antecedente histórico imediato e destaca-se a incongruência entre o sistema de governo presidencialista, adotado pela República Federativa do Brasil, e o perfil da medida provisória, copiado do decreto-legge traçado especificamente para a Itália e seu sistema parlamentarista de governo.

Analisa-se tanto o texto original do art. 62 da CF quanto o atual com o objetivo de comunicar que a EC 32/2001 além de ter contemplado mudanças substanciais nesse mecanismo tido por “quase legislativo”, ao arripio de regras constitucionais pré-existentes, acarretou nítido desvirtuamento da natureza jurídica das medidas provisórias editadas, ao pretender-se fazer com que todas as editadas antes de 11 de setembro de 2001 permaneçam em vigor sob condição resolutive.

2 O princípio da separação dos poderes

A teorização sobre a necessidade da tríade de poderes – deliberativos, executivos e judiciais – “foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra ‘Política’, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas” (MORAES, 2000, p. 355).

Todavia, nem Aristóteles e nem Locke sugeriram independência ou separação dos poderes, o que somente ocorreu com Montesquieu, em O Espírito das Leis, “a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789” (MORAES, 2000, p. 355).

O princípio da separação dos poderes foi esquematizado na Europa Continental do Século XVIII como técnica refratária ao poder absoluto. Com a separação dos poderes retirava-se a possibilidade de os monarcas editarem leis e constituía-se um ramo autônomo de poder, dotado de parcela de soberania porque fundamentado no discurso da participação popular, com a específica prerrogativa de elaborar leis. Esse ramo de poder era o Parlamento, órgão representativo pelo qual governados poderiam exercer alguma colaboração nos atos de governo (BONAVIDES, 2003, p. 265-266).

A estruturação da limitação do poder do Estado só se tornou possível com a aplicação desse princípio, já que o Poder Executivo, antes absoluto e ilimitado, passa a ser exercido dentro de limites estabelecidos pela Constituição.

Aponta-se que na Europa, após a Revolução Francesa e a inauguração do conceito de Estado Moderno, o discurso da participação popular na direção dos destinos das nações atribuía mais legitimidade ao Parlamento do que ao próprio Executivo. Difundiu-se a figura do Parlamento como a mais pura conformação do governo do povo, pelo povo e para o povo (BONAVIDES, 2003, p. 266).

Na elaboração desse princípio Montesquieu pregou que deveria existir três espécies de poder: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Pelo Legislativo, o Príncipe ou o Magistrado faz leis temporárias ou permanentes, corrige-as pela derrogação e as extingue pela ab-rogação; ao falar do Executivo, Montesquieu limitou-se a dizer que, por meio desse poder, o Estado faz a guerra ou a paz, estabelece a segurança, previne invasões e envia ou recebe embaixadas. Ao falar do Judiciário, disse que, por intermédio desse poder, o Estado pune os crimes e julga as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 2005, p. 167-168).

Kant acolheu e reproduziu o princípio da separação dos poderes de Montesquieu, ao estabelecer a *trias politica*: Poder Legislativo soberano (*potestas legislativa*), Poder Executivo (*potestas rectoria*) e Poder Judiciário (*potestas iudiciaria*), elevando individualmente cada poder à condição de “dignidade”, de “pessoa moral”, todos em relação de coordenação (*potestas coordinatae*), sem sacrifício da vontade geral una (KANT, 2003, p. 155-160).

Segundo Paulo Bonavides (2003, p. 142),

Todo o prestígio que o princípio da separação dos poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo

decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas.

3 Críticas ao modelo de Montesquieu

Dalmo de Abreu Dallari (2005, p. 185-187) apresenta algumas das principais críticas ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu. Para o autor, o princípio da separação dos poderes é meramente formalista, não tendo sido efetivamente praticado. Analisando o comportamento dos órgãos do Estado, mesmo quando a Constituição consagrou enfaticamente a separação dos poderes, percebe-se que sempre houve uma intensa interpenetração.

A separação dos poderes não conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. O liberalismo criou para a sociedade uma enorme gama de injustiças, acentuando as desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados; foi construído à sombra da separação de poderes. Apesar da aplicação do princípio da separação dos poderes, sempre tem havido Executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o Poder Legislativo, sem quebra das normas constitucionais. O Legislativo, dentro desse sistema de separação, não tem a mínima representatividade, deixando, portanto, de ser democrático e suas ações têm, muitas vezes, revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do Executivo.

Outras críticas são dirigidas no sentido da antiga polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Para Dalmo de

Abreu Dallari (2005, p. 185-187), a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Porém, a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado, passando este a ser cada vez mais solicitado a agir, tendo necessidade de ampliar sua esfera de ação e intensificar sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes.

O Legislativo não tem mais condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber que instrumentos estão à disposição da atuação deste. O Executivo, por sua vez, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa (nem sempre concluído de maneira adequada) para, só então, responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes (DALLARI, 2005, p. 185-187).

Ao desempenhar essas críticas, afirma ser necessário reconhecer que o dogma está superado, por ser imprescindível uma completa reorganização do Estado, de modo a conciliar a hoje imprescindível eficiência. Clama pelo reconhecimento de que a sintonia da separação estrita dos poderes com os princípios democráticos é artificial, porque se mantém uma organização sem perceber que a lógica daquilo que determinou sua criação está substancialmente alterada. As próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem do Executivo maior dinamismo e presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional

separação de poderes (DALLARI, 2005, p. 185-187).

Paulo Bonavides (2003, p. 146-147) leciona que a separação dos poderes foi necessária num momento histórico no qual o poder pendia entre governantes, que recobravam prerrogativas absolutas, e o povo, que intentava dilatar sua esfera de mando e participação nos negócios públicos. No entanto, na idade atual, o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o liberalismo jamais conheceu. Daí não haver espaço para a prática de um princípio rigoroso de separação, que “decaiu de vigor e prestígio”, ainda presente “na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda”.

Afirma que “o princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2003, p. 146-147).

4 Controle recíproco e interpenetração

Montesquieu (2005, p. 172) tinha a visão de que a aplicação da estrita separação dos poderes não acabaria completamente com os governos despóticos, uma vez que

tais poderes poderiam, dentro da própria esfera de atuação, também descambarem para o despotismo. Assim, também cuidou de pregar a técnica capaz de conduzir ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a “faculdade de estatuir” da “faculdade de impedir”: “Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem”.

José Afonso da Silva (2001, p. 113-114) afirma que, atualmente, o princípio da separação dos poderes não se configura mais com a rigidez que norteou a sua elaboração. Para ele, a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impõe nova visão, admitindo-se outras formas de relacionamento entre o Legislativo e o Executivo e destes com o Judiciário; fala-se agora não mais em “separação de poderes”, mas em “colaboração de poderes” no parlamentarismo e em “técnicas de interdependência orgânica” e “harmonia de poderes” no sistema presidencialista.

Com efeito, no constitucionalismo moderno surgiram técnicas de controle com o nítido objetivo de correção do rigorismo de uma rígida separação de poderes, implantada pela doutrina liberalista a partir de Montesquieu. As mais conhecidas e eficazes técnicas emergem da teoria de pesos e contrapesos.

O emprego dessas técnicas resulta presença do Executivo no Legislativo por meio do veto e da mensagem e, segundo alguns, da delegação. Pelo veto, o Executivo dispõe da possibilidade de impedir resoluções legislativas e, por intermédio da mensagem, pode propor ou iniciar a lei, principalmente nos sistemas constitucionais que

conferem ao Executivo toda a iniciativa em questões orçamentárias e financeiras; a presença do Executivo no Judiciário pode ocorrer pelo indulto (quando o Presidente da República modifica os efeitos de ato próprio desse poder) e pela atribuição de nomear os membros do Poder Judiciário (BONAVIDES, 2003, p. 140-141).

Ao alcance do Poder Legislativo são colocados mecanismos capazes de vincular tanto o Executivo quanto o Judiciário à dependência dos parlamentos. No tocante ao Executivo, institutos como rejeição de veto, processo de impeachment, apreciação de tratados, aprovação de indicações do Chefe do Executivo para o desempenho de cargos relevantes na Administração Pública; com respeito ao Judiciário, o controle legislativo em distintos sistemas constitucionais, o Legislativo pode determinar o número de membros desse Poder, limitar-lhe a jurisdição, bem como proceder a julgamentos políticos (tomando assim o lugar dos tribunais no desempenho de funções de caráter judiciário).

O Judiciário também pode exercer atribuições fora do centro normal de sua competência quando, à maneira legislativa, estatui regras do seu próprio funcionamento ou, à maneira executiva, organiza seu quadro de servidores.

A faculdade de impedir só se manifesta no Judiciário, quando: frente ao parlamento decide sobre a inconstitucionalidade de atos legislativos ou, frente ao Executivo, profere decisão sobre a ilegitimidade de certas medidas administrativas.

5 Atuação do poder executivo na perspectiva do estado social

A Constituição de 1988 adotou o modelo do Estado de bem-estar social (GRAU,

2003, p. 267). Diante dessa opção, o âmbito de atuação do Executivo foi ampliado a ponto de se afirmar ser a liderança política da nação exercida de forma preponderante por esse poder, independentemente de o regime de governo adotado ser parlamentarista ou presidencialista (CLÈVE, 2000, p. 42).

Para possibilitar o cumprimento das atuais missões do Estado Social professa-se ser imprescindível a disponibilidade de instrumentos céleres e aptos a dar resultados efetivos a atos praticados por um Executivo hipertrofiado. Argumenta-se que a rígida e dogmática interpretação da separação dos poderes, tal como forjada dentro do ideal liberal burguês, não mais encontra justificativa e funcionalidade na realidade constitucional dos tempos atuais (CLÈVE, 2000, p. 44).

Embora hoje, com base na constatação das imensas mudanças pelas quais a sociedade dos modernos passou e das revoluções e reconstruções paradigmáticas ocorridas em nossa sociedade pós-moderna, admita-se alguma relativização do dogma da separação estrita em prol de uma pretensa atividade legislativa por parte do Poder Executivo, não se pode esquecer de que o resultado dessa alegada alternativa “social” em prol da Administração tem de, necessariamente, ser obtido a partir de atos excepcionais que, acaso não sejam praticados em regime de iniludível urgência, necessidade e relevância, podem acarretar efeitos intoleráveis não só sob a visão macroscópica do Estado de bem-estar, mas também sob o prisma da cidadania, do Estado Democrático de Direito, do pluralismo político de ideias e opiniões.

Afirma-se, com isso, que, a despeito de toda e qualquer medida legislativa oriunda do Executivo poder ser facilmente “justificada” a partir de números inatingíveis pelo

intelecto de grande parte da população e de estatísticas, que rompem a fronteira do inteligível (mas que são capazes de convencer e conformar grande parte dos responsáveis pela verificação da validade sistemática de tais medidas), a atuação do Executivo na perspectiva do Estado Social continua sendo basicamente (e, em regra) administrativa.

Os momentos pré-eleitorais fornecem-nos dados empíricos a esta afirmação. Não se viu, não se vê e jamais se verá algum candidato ao exercício da chefia do Poder Executivo afirmar, em campanha, que governará pela via da legislação de exceção. A prática discursiva volta-se à tentativa de comunicar aos possíveis eleitores um plano de governo, um plano voltado à execução de tarefas das mais diversas formas e nas mais diversas áreas, mas sempre dentro do âmbito administrativo, de execução, da manipulação e da boa (e melhor) aplicação do dinheiro público.

Não se pode esquecer da visão do homem médio, daquele que não tem acesso às informações que aqui se ventilam, seja por absoluta falta de liberdade intelectual ou por pura miséria: o mesmo homem médio que corre às urnas de tempos em tempos para atender a uma obrigação decorrente do regime democrático e recorda-se de dois discursos: o do candidato ao Legislativo que pretende (e promete) legislar melhor ou tão bem quanto os que lhe antecederiam em caso de aprovação popular; e o do candidato ao Executivo que jura, “acaso eleito”, administrar, executar, construir, transpor rios, pagar melhores salários, acabar com a fome...

Portanto, sob a ótica do eleitorado, da cidadania, não parece admissível que o governante eleito para administrar legisle em detrimento de todos os indivíduos que,

também escolhidos pelo povo em sufrágio universal, foram escolhidos para compor um parlamento em que a pluralidade de ideias, aspirações, facções, interesses e forças da sociedade estão em permanente debate.

Seja como for, se, por um lado, não há mais como ser mantida a rígida separação entre a função legislativa e a executiva, por outro não é menos certo que os mecanismos de controle da atividade normativa do Poder Executivo devam apresentar plena funcionalidade, sob pena de, sob o manto do discurso da busca do bem-estar social, o Estado dito social transformar-se facilmente em um Estado totalitário (CLÈVE, 2000, 33 e 41-44).

6 Medidas provisórias

O texto do art. 62 da CF foi baseado no artigo 77 da Constituição italiana de 1947. Os textos são bem parecidos. Nada obstante, há diferenças importantíssimas e relacionadas ao sistema de governo adotado em cada país.

O nosso sistema de governo é o presidencialista, no qual não há responsabilização política do Presidente da República. Já no sistema parlamentarista adotado na Itália, a função executiva é exercida por um órgão colegiado denominado Gabinete, que é presidido pelo Primeiro Ministro. No sistema parlamentar, o Gabinete governa sempre sujeito à responsabilização política. Segundo Michel Temer (1991, p. 21):

A Constituição italiana foi o modelo de inspiração do constituinte brasileiro. Ocorre, entretanto, que entre as “medidas provisórias” da Itália e as do Brasil há grande diferença. Lá o sistema de governo é parlamentar e a Constituição prescreve que o ‘Governo’ (no caso, o Gabinete, por meio do

Primeiro-Ministro) editará a ‘medida provisória’ sob ‘sua responsabilidade’. O que é ‘responsabilidade’ no sistema parlamentar? É aquela de natureza ‘política’. Portanto, o que ocorre se a medida provisória não for aprovada pelo Parlamento italiano? O gabinete (Governo) cai.

Nas Constituições de 1967 e 1969, respectivamente nos artigos 58 e 55, havia a previsão do decreto-lei. Eles tinham a força de lei ordinária e eram cabíveis em casos de urgência ou relevante interesse público. Havia grande limitação das matérias passíveis de serem veiculadas por aquelas espécies normativas, pois o Chefe do Executivo somente as podia editar em questões concernentes à segurança nacional, a finanças públicas e, a partir de 1969, a normas tributárias.

A grande problemática era a aprovação tácita do decreto-lei cuja aprovação ou rejeição não tivesse sido deliberada pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias.

As medidas provisórias, instituídas pelo Constituinte de 1988, ao que tudo indicava diante de simples leitura da redação original do parágrafo único do art. 62 (“As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”), não poderiam ser aprovadas de forma tácita, o que era extremamente salutar em comparação à antiga e nefasta aprovação tácita dos decretos-lei.

Assim, de um lado, o Presidente da República passou a poder editar medidas provisórias a respeito de uma gama muito maior de matérias, pois não havia mais o

rol constitucional das questões passíveis de serem tratadas por ato exclusivo do Chefe do Executivo. Por outro, a promessa Constituinte era a de que não haveria a possibilidade de aprovação tácita de medidas provisórias.

7 A reedição de medidas provisórias

Disponha o art. 62 da CF, em sua redação original:

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

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

O texto era claro. A perda de eficácia de uma medida provisória editada e não convertida em lei no prazo improrrogável de trinta dias deveria ser, a toda evidência, retroativa, *ex tunc*. Entretanto, não foi essa a linha de raciocínio adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando passou a admitir a pura e simples reedição de medidas provisórias.

O mecanismo da reedição era admitido da seguinte forma: o Chefe do Executivo de plantão editava uma medida provisória que, diante da mora do Legislativo por vários fatores que não merecem ser mencionados, não seria apreciada no prazo de trinta dias; então o Presidente da República, no vigésimo nono dia de vigência da primeira

medida provisória, editava outra com igual redação, mas com a peculiaridade de ser batizada com um número a mais (por exemplo: Medida Provisória 1000/2000 e Media Provisória 1000-1/2000); e assim por diante, *ad infinitum*. Há inúmeros exemplos, tendo-se chegado a ponto de existirem medidas provisórias reeditadas mais de trinta vezes como foi o caso da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. O efeito lógico decorrente da admissão da reedição de medidas provisórias foi notória burla à Constituição. Neste aspecto Luciano Amaro (1999, p. 168):

Ademais, o prazo-limite de vigência das disposições provisórias é de trinta dias (art. 62, parágrafo único) e não múltiplos de trinta. Caso a Constituição admitisse a vigência provisória da medida por três, quatro, seis meses, um ano, ela teria dito que a medida vigoraria até que o Congresso a apreciasse...

De Paulo Bonavides (2004, p. 106):

Por elas, e com elas, o País trilha a via do absolutismo, visto que, desvirtuadas e apartadas da respectiva finalidade constitucional, têm sido para os liberticidas o meio mais simples, mais fácil, mais cômodo e mais rápido de instalar, sem reação social e sem estorvo, um regime de exceção; o que aliás já se observa em face da ordem jurídica espedaçada.

Com relação às matérias que poderiam receber tratamento por intermédio de medidas provisórias, em que pese ausência de vedação explícita no art. 62, a doutrina encontrou um certo consenso que acarretou, inclusive, a alteração do texto constitucional por ocasião da Emenda Constitucional n° 32/2001.

8 A perenização do provisório

A EC 32/2001 proporcionou alteração substancial nas regras até então dispostas no art. 62 da CF. O Constituinte Derivado, ainda por ocasião da promulgação da referida emenda, editou regra que acarretou a prorrogação do prazo de vigência de todas as medidas provisórias editadas em data anterior a 11 de setembro de 2001 por prazo incerto, ainda que juridicamente definido. De acordo com as disposições do art. 2° da EC 32/2001 “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”.

Leon Fredja Szklarowsky (2002, p. 285-307) afirma que “o texto é claro” e que “a revogação terá de ser expressa, por meio de ato provindo do Presidente da República, na qualidade de legislador”.

Uma primeira leitura das inovações relativas ao art. 62 da CF pode conduzir à conclusão de que a EC 32 somente trouxe melhorias: “Com a edição da EC n° 32/01, o modelo federal foi alterado, consagrando-se maior respeito aos direitos fundamentais e à Separação dos Poderes...” (MORAES, 2004, p. 1166). Neste sentido, bastaria lembrar que, hoje, é expressamente vedada a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso de prazo. Ocorre que, segundo Roque Antônio Carrazza (2003, p. 250):

O que se nota, *prima facie*, é que o constituinte derivado investiu-se das prerrogativas de constituinte originário e, sem a menor cerimônia, ‘reconstituiu’ a seu talante, a figura da medida

provisória. Para tornar mais atraente e ‘reforma, o mesmo constituinte derivado criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos ‘pretensos obstáculos’ porque onde os obstáculos jurídicos, postos pelo constituinte originário, eram totais (v.g., a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por intertia deliberandi do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma arduosa forma de, restringindo, ampliar.

Poucos perceberam as nefastas consequências advindas do incrível art. 2º da EC 32/2001:

[...] depreende-se que a vontade das partes envolvidas (Presidente da República e Congresso Nacional) foi dar definitividade ao que era provisório, dependendo do interesse de cada qual e do eventual acerto político sobre o objeto de medida provisória em vigência. Só não sabemos onde está a vontade do povo (PORTO, 2002, p. 161-180).

Dado, então, que medida provisória não é lei e constitui exceção dentro do processo legislativo, como sustentar a constitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que simplesmente prorrogou, no tempo, atos unilaterais do Presidente da República criando obrigações e modificando a ordem jurídica sem o necessário consentimento popular, bandeira máxima do regime republicano? Foi como se o Congresso Nacional, ao aprovar a EC 32/2001, dissesse: ‘nós não conhecemos nem deliberamos sobre o conteúdo das medidas provisórias até aqui editadas, mas permitimos que permaneçam em vigor até que assim façamos (DALLAZEN, 2002, p. 19-27).

A EC n. 32, em seu art. 2º, trouxe ainda outra novidade: as medidas provisórias editadas em data anterior a 12 de setembro de 2001 passam a ter vigência por prazo indeterminado, podendo ser revogadas por outra medida provisória ou por ato do Congresso Nacional. Trata-se de flagrante inconstitucionalidade, que rompe o princípio da segurança jurídica dos atos legislativos (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 359).

O art. 2º da EC 32/2001 praticamente tornou perenes os efeitos de medidas provisórias (e) ditadas – e (a) ditadas – em datas anteriores à data da publicação da EC 32. Vale dizer: o Constituinte Derivado fez tábua rasa da limitação de trinta dias ínsita às medidas provisórias existentes até então, tábua rasa do tão caro princípio da segurança jurídica – tolhido por inúmeras medidas provisórias levadas a cabo pelo Executivo como forma de regular sub-repticiamente as mais diversas matérias em meio a edições e “reedições”.

Mas limitações materiais há: “A emenda constitucional não está imune à inconstitucionalidade, caso venha a ferir as chamadas ‘cláusulas pétreas’ do artigo 60, § 4º, e eis que é exatamente o caso do art. 2º da EC nº 32/2001, dado que fere o princípio republicano e dois direitos individuais (legalidade e segurança jurídica)” (DALLAZEN, 2002, p. 19-27). O constituinte originário não foi pródigo ao estabelecer o prazo de vigência de uma medida provisória. Ela deveria somente vigor por trinta dias. O Executivo passou a se valer da “reedição”, sob o aval da cúpula do Judiciário, mas o discurso ainda era o de que a “reedição” deveria ser feita em tempo – o vigésimo nono dia...

Promulgaram a Emenda Constitucional nº 32. Enxertou-se no texto magno uma

esdrúxula possibilidade: a de que as medidas provisórias já editadas – sob qualquer pretexto, tratando de qualquer questão, com ou sem vícios formais, em qualquer época – passam a ter vigência indeterminada.

Mas e o limite de trinta dias assegurado pela Assembléia Nacional Constituinte? O Constituinte Derivado objetivou tolher tal garantia.

Contudo, ainda que o instrumento utilizado tenha sido o da reforma constitucional, cabe apontar que, além dos limites explícitos previstos no art. 60, §4º da Constituição Federal, há outro implícito: o da impossibilidade de se alterar, de forma retroativa, uma garantia à harmonia entre os poderes.

A expressão “perderão a eficácia desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias”, constante no texto original do art. 62 da CF, apresenta-se como limite implícito ao poder de reforma atribuído ao Constituinte Derivado. Isto porque, uma vez pretendida a alteração retroativa do prazo de vigência de todas as medidas provisórias – como efetivamente foi feito pelo art. 2º da EC 32/2001 –, houve desrespeito a diversos princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e o da irretroatividade. Ademais, o prazo limite à vigência/eficácia de medidas provisórias não pode ser desvirtuado ao alvedrio do Poder Constituinte Reformador – derivado e limitado que é – a ponto de tornar eternas (ou, quando menos, sujeitas a evento futuro e incerto) medidas provisórias já editadas sob limitação temporal expressa e efêmera.

Com a promulgação da EC 32/2001, admitiu-se a “prorrogação” do prazo de vigência de todas as medidas provisórias pendentes de apreciação pelo Congresso.

Juridicamente isso não é admissível. Seria dificilmente imaginável antes de 11 de setembro de 2001. A contingência histórico-cultural também não favorece a pretensão de que, acobertando-se do discurso da limitação quantitativa (nova redação do art. 62), o Poder Constituinte Derivado simplesmente “deixar-as-coisas-como-estão-e-pronto”, pois a doutrina, em uníssono, ecoava desgosto, preocupação e inquietação com a edição desenfreada de medidas provisórias e com o desapego de grande parte delas tanto dos pressupostos de relevância e urgência quanto do desrespeito às limitações materiais.

Houve excessos, abusos, arranjos e desarranjos de 05 de outubro de 1998 a 10 de setembro de 2001. Sempre existiu o balizamento constitucional do que poderia e do que não poderia ser feito. Sempre foi exigida, ao menos em tese, a imperiosa fiscalização pelos dois outros Poderes (Legislativo e Judiciário).

Medidas provisórias foram expedidas e o obstáculo da vedação à reedição restou facilmente superado. Em inúmeras oportunidades os requisitos da relevância e da urgência não foram implementados. A Emenda Constitucional nº 32/2001 proporcionou a existência de dispositivo constitucional dirigido ao passado, voltado a legitimar todos os abusos já praticados em desrespeito à separação dos poderes, à soberania popular.

Ora, seria até dispensável tecer considerações sobre a rigorosa impossibilidade de a Emenda Constitucional nº 32, por ser posterior ao que pretendeu legitimar, estar dotada do poder mágico de “constitucionalizar” medidas provisórias que, sob o prisma de nosso sistema positivo, estruturado e hierarquizado, sequer chegaram a ter validade no ordenamento jurídico.

9 Conclusão

Em 16 de abril de 1862, o francês Ferdinand Lassale proferiu em Berlim palestra a respeito do que chamou de “essência da Constituição”. De acordo com suas ideias principais, questões tidas em nível constitucional não deveriam ser tratadas como questões jurídicas, mas políticas. Para ele, a Constituição de um País expressaria somente as relações de poder nele dominantes num dado momento histórico-cultural: o poder militar, o poder social, o poder econômico, além do poder intelectual (em menor proporção). Seriam tão-somente tais “fatores reais de poder” os capazes de conformar a “Constituição real” de um determinado País.

A chamada “Constituição jurídica” não passaria de um mero documento escrito, um pedaço de papel (Ein Stück Papier) incapaz de, em confronto com a Constituição real, exercer força normativa, estando a abrangência normativa sempre subordinada à compatibilidade com as reais fontes de poder dominantes em dado território e em dado período. Profetizou que no caso de inevitável conflito entre a “folha de papel” e os fatores reais de poder, a Constituição escrita acabaria, sempre, sucumbindo (LASSALE, 1985).

Konrad Hesse, em 1959, numa aula inaugural na Universidade de Freiburg, chamou a atenção para a necessidade de se analisar tanto o mundo real quanto o jurídico de forma harmônica, em seu inseparável contexto e no seu “condicionamento recíproco”. Para ele, “uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão”. Para aqueles que, como Kelsen e seus seguidores, contemplam apenas a ordenação jurídica, das duas uma:

a norma estaria em vigor ou revogada; não haveria possibilidade de se chegar a outras conclusões. Em antítese, quem, como Lassale, considera tão-somente a realidade política e social (as reais fontes de poder) não tem condições de compreender a problemática da força normativa das normas constitucionais, acarretando a pura e simples negação do significado da ordenação jurídica.

Hesse, depois de dizer que “a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço”, salientou que toda Constituição escrita, desde que escorada na realidade histórica, política, cultural e econômica de um país, com vistas a regular situações futuras de forma eficaz, passível a ulteriores alterações interpretativas, é dotada de “pretensão de eficácia”.

Entretanto, essa “pretensão de eficácia” somente faria sentido se a práxis dos tribunais e de todos aqueles que à Constituição estariam submetidos sinalizasse de forma a atribuir força normativa à norma escrita. Assim, a Constituição real, a “folha de papel” de Lassale, deixaria de ter apenas uma “pretensão de eficácia” limitada ao mundo jurídico, passando efetivamente a regular as situações objetivadas quando da respectiva elaboração ou até mesmo, num futuro distante, as novas situações a ela submetidas. Tudo dependendo do que Hesse denominou “vontade de constituição”, necessariamente inerente não só aos tribunais, mas também a todos aqueles que se encontram em situação de submissão ao texto constitucional (HESSE, 1991).

A noção de supremacia da Constituição é aparentemente assimilada por muitos, porém não são tantos os que compreendem o real significado e alcance disso. É impe-

rioso que se passe a efetivamente pensar o ordenamento jurídico mediante a análise da validade/legitimidade da legislação infraconstitucional em confronto com disposições constitucionais. E a análise das medidas provisórias não deve fugir à regra.

Por que a dificuldade em se fazer crer na Constituição? Porque não há compreensão do seu real significado; porque, nas palavras de Lênio Luiz Streck, existe, impregnada no senso-comum-teórico dos juristas pátrios, uma “síndrome de baixa constitucionalidade” (STRECK, 2003).

A República Federativa do Brasil é fundada na supremacia do indivíduo, seja sob a ótica da legitimação do poder dos representantes eleitos pelo povo ou através do prisma da limitação racional ao poder dos governantes. O pluralismo político, outro pilar axiológico-normativo do Estado Democrático de Direito em que vivemos, não pode jamais ser relegado ao segundo plano, mormente quando o assunto é a medida provisória, instrumento normativo de exceção confeccionado dentro de um gabinete, sem qualquer debate prévio, sem qualquer participação popular.

A fórmula, quando da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, era, em regra, o exercício da democracia representativa: os Deputados Federais representando os interesses do povo; os Senadores representando os interesses dos Estados Federados; o Presidente da República representando a população brasileira na administração da coisa pública e, excepcionalmente, inovando a ordem jurídica via medidas provisórias sujeitas, sempre, a controle legislativo e judicial.

Essa era a pretensão de eficácia da Constituição Federal. A práxis, contudo, dis-

tanciada do ideal democrático constituinte, avalizou tacitamente a escandalosa edição de medidas provisórias.

A força normativa do texto constitucional, em especial da perda de eficácia desde a edição de medida provisória não apreciada em trinta dias e dos pressupostos da relevância e da urgência, cedeu às pressões das reais fontes de poder e a Constituição Federal, neste aspecto, não passava de uma folha de papel.

A democracia converteu-se em despotismo institucionalizado. Os Presidentes da República, de 05 de Outubro de 1988 a 10 de setembro de 2001, trataram de toda a sorte de assuntos por medidas provisórias que, na maioria das vezes, não eram nem urgentes nem relevantes a ponto de justificar o apelo para esses veículos normativos quase-legislativos caracterizados pela vigência imediata. A ausência de controle político no sistema presidencialista brasileiro patrocinou tais abusos. A inércia do Legislativo enquanto instância primeira de controle (e a miopia do Judiciário enquanto refúgio último da Constituição Federal) apadrinhou a reedição de medidas provisórias.

Os restritíssimos limites do art. 62 da CF, em sua redação original, não eram observados; a incompatibilidade entre o presidencialismo brasileiro e o modelo de medida provisória importado da Itália parlamentarista veio à tona e não foi posto em dúvida. Montesquieu certamente atribuiria ao poder exercido pelo Presidente da República, na conjuntura nacional, a qualidade de despótico porque admissível havia se tornado o governo de um só, sem lei e sem regras capazes de tolher ou limitar sua vontade e seus caprichos.

O governo do povo e para o povo efetivamente nada mais significava do que um discurso pré-eleitoral para colher legitimidade através do povo.

A adoção do modelo de Estado de bem-estar social vem justificando a necessidade da medida provisória. O argumento é o de que o Executivo teve suas funções incrementadas e, para possibilitar o cumprimento das atuais missões, professa-se ser imprescindível a disponibilidade desse célere instrumento normativo, dando-lhe condições de governabilidade.

Seja como for, se, por um lado, não há mais como ser mantida a rígida separação entre a função legislativa e a executiva, por outro não é menos certo que os mecanismos de controle da atividade normativa do Poder Executivo devam apresentar plena funcionalidade, sob pena de, sob o manto do discurso da busca do bem-estar social o Estado dito social transformar-se facilmente em um Estado totalitário. Seria esse o caminho trilhado pela República Federativa do Brasil?

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CRUZ, Fabrício Bittencourt. **Medidas Provisórias?: análise crítica ao texto constitucional**. 115f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DALLAZEN, Dalton Luiz. **As medidas provisórias, a EC 32 e o depósito recursal administrativo**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, 83: 19-27, ago: 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros.
- HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. Trad. Ivo Korytowski. 3. ed. São Paulo: Arx, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.
- MONTESQUIEU, Charles de Seconcat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000.
- PORTO, Antonio de Paiva. Emenda Constitucional n.32. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, v.33, p.161-180, mar: 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4 ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. As medidas provisórias. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, v.104, p.45-50, set: 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.