

217 - 266

Artigo

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO
LEGISLATIVO DAS MEDIDAS
PROVISÓRIAS**

BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO
MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

THE JURISDICTIONAL CONTROL OF DISCRIMINATION IN THE LEGISLATIVE PROCESS OF PROVISIONAL MEASURES

BRENDA DOS SANTOS NASCIMENTO

Advogada

brenda_dos_santos@hotmail.com

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS

Professor

Faculdade de Pará de Minas

marcioeduardopedrosamoraes@gmail.com

RESUMO: A pesquisa bibliográfica e jurisprudencial desenvolvida neste trabalho tem como objetivo apresentar respostas aos seguintes questionamentos: como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional? Objetivando encontrar respostas precisas para as dúvidas que deram ensejo à pesquisa, o princípio da separação dos poderes, as medidas provisórias e a discricionariedade dos atos administrativos foram estudados nas primeiras seções através de uma abordagem teórico-constitucional sob os mais diversos aspectos, que atingem desde a sua conceituação até as limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico pátrio. Na última seção, por meio da análise jurisprudencial, o posicionamento adotado pelo STF é elucidado e confrontado com as disposições constitucionais determinantes da competência do Poder Judiciário, bem como com a sistemática principiológica que rege a lei maior do Estado de Direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas provisórias. Controle de Constitucionalidade. Discricionariedade. Separação de Poderes.

ABSTRACT: The research developed in this paper aims to present answers to the following questions: How has the Brazilian Judiciary has controlled the constitutionality of interim measures? Has the position adopted by the Federal Supreme Court been enough to guarantee constitutional supremacy? With a view to finding precise answers to the doubts that gave rise to the research, the principle of separation of powers, interim measures and discretion of administrative acts were studied in the first sections through a theoretical-constitutional approach under the most diverse aspects, which reach from the conception to the limitations that are imposed by the national legal order. In the last section, through the jurisprudential analysis, the position adopted by the STF is elucidated and confronted with the constitutional provisions that determine the jurisdiction of the Judiciary, as well as with the principiological systematics that governs the greater law of the Brazilian State of Law.

KEYWORDS: Interim measures. Control of Constitutionality. Discretionary. Separation of Powers.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estudo dogmático do princípio da separação de poderes. 2.1. A separação de poderes e a atuação de Poder Executivo no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Função

legislativa do Poder Executivo: a edição de medidas provisórias. 2.3. Evolução conceitual da medida provisória. 2.4. Limites à edição de medidas provisórias. 3. O “Poder” Discricionário e os limites ao seu exercício. 3.1. Discricionariedade: poder ou dever? 3.2. Limites aplicáveis à discricionariedade. 4. Discricionariedade nas medidas provisórias e o controle de seus requisitos constitucionais. 4.1. Medidas provisórias sob o crivo da constitucionalidade. 5. Conclusão.

1. Introdução

O cerne do presente trabalho está estruturado no estudo da sistemática procedimental adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) para a elaboração das medidas provisórias e na forma com que o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência, pressupostos para a sua edição, visando a enfrentar a seguinte problemática: *como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional?*

O constituinte, em homenagem ao sistema de freios e contrapesos adotado pela democracia brasileira, concedeu ao Presidente da República a possibilidade de participar do processo legislativo, atipicamente, por meio da edição de uma norma primária, a medida provisória, desde que presente uma situação de tamanha excepcionalidade que faça com que o procedimento legislativo ordinário não seja capaz de tutelar de forma eficaz o direito em risco.

A discussão a ser levantada tem fulcro na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao analisar o cumprimento dos requisitos constitucionais pelo chefe do Poder Executivo, por meio do controle de constitucionalidade, tem como função típica assegurar a compatibilidade das normas ordinárias ao que dispõe a norma maior.

Na primeira parte do estudo, o instituto das medidas provisórias será conceituado; sua origem, fonte e as diversas classificações de sua natureza jurídica serão delineadas, bem como seus

requisitos de constituição. Por derradeiro, limitações de cunho material e formal impostas ao seu exercício serão analisadas pelo presente trabalho.

Na segunda parte, a *discricionariedade* será o objeto de estudo. Serão apontadas as principais discussões a respeito do tema. Nessa seara, à discricionariedade são atribuídas duas definições: a defendida pela doutrina majoritária, que a estabelece como poder; e outra que a determina como dever de seu aplicador.

A atividade discricionária será apresentada como característica dos atos administrativos, cujos elementos de validade serão brevemente citados, à exceção do mérito administrativo, que, estritamente ligado ao instituto das medidas provisórias, será analisado com maior acuidade. Os métodos de controle da discricionariedade e as teorias que o permeiam e impõem limites serão nomeados e explicitados à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

Na terceira seção, serão expostos diversos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os quais demonstram a inexistência de uniformidade no posicionamento do órgão que tem como uma de suas atividades precípuas pacificar o entendimento acerca de determinada matéria dentro do sistema jurídico pátrio.

Por fim, o posicionamento adotado pelo STF no controle de constitucionalidade da espécie normativa será explicitado e confrontado com os princípios que regem a ordem democrática e as disposições constitucionais que asseguram a participação judicial na manutenção da legalidade.

2. Estudo dogmático do princípio da separação dos poderes

A presente seção contempla o estudo do princípio da separação dos poderes, princípio que rege a estrutura do Estado democrático

brasileiro e, por consequência, norteia toda a sistemática de atribuições dos três poderes e o modo de condução da máquina pública.

Por meio do esquadramento do supracitado princípio, objetivava-se delimitar a atuação dos poderes constitucionais em funções atípicas, especialmente no que diz respeito à atuação do chefe do Poder Executivo na edição das medidas provisórias.

Nesse diapasão, as medidas provisórias serão conceituadas e explicitadas como uma nova espécie normativa trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), diploma que inaugurou o retorno da ordem democrática ao país, e como instituto inovador de uma democracia idealizada sob a égide dos pilares da Teoria de Freios e Contrapesos de Montesquieu, e que outorga ao chefe do Poder Executivo, de forma expressa, atribuição legislativa dotada de autonomia para produção de normas jurídicas primárias.

2.1. A separação de poderes e a atuação de Poder Executivo no ordenamento jurídico brasileiro

O Estado de Direito sob o qual se estabelece a democracia brasileira só pode ser entendido em virtude de um longo processo histórico cujas etapas vão desde a formação de um Estado soberano até a sua consolidação como um órgão autônomo e governado sob os anseios populares.

A expressão Estado de Direito remonta aos ditames da legalidade, da legitimação de uma norma maior que regula o exercício das atividades estatais e que concede soberania à vontade do povo. Essa compreensão de legalidade só é possível porque filósofos como Aristóteles (384 a.C-322 a.C), Charles de Montesquieu (1689-1755), Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e John Locke (1632- 1704) idealizaram teorias pautadas

na limitação dos poderes do gestor estatal e na distribuição de funções entre órgãos do Estado.

A limitação de poderes pretendida pelos citados pensadores tem seu ápice na consolidação da teoria da separação de poderes, na construção de ideais que permitissem o desenvolvimento do ente estatal, de seu território e de seu povo.

Historicamente, a separação dos poderes, que está consagrada pelo artigo segundo do diploma constitucional brasileiro, decorre do anseio da sociedade europeia, principalmente da inglesa, pelo fim do poder ilimitado dos monarcas e das arbitrariedades por eles cometidas, já que a concentração das atividades executivas, legiferantes e judiciais nas mãos de uma só autoridade, o herdeiro do trono imperial e escolhido por Deus, autorizava a submissão do povo e consolidava o poder ilimitado do principado.

Em razão do forte desenvolvimento das instituições governamentais, em momentos que antecederam a eclosão da teoria da separação dos poderes, a Inglaterra absolutista passou por um processo de transição que ficou conhecido como monarquia mista. Nesse modelo de governança, instaurado como tentativa de repelir o absolutismo, rei, nobreza e representantes do povo compunham o substrato inglês com poder decisório e dotado de privilégios.

A concentração dos poderes estatais, ainda que não mais vinculada somente ao herdeiro real, na medida em que a atuação do Parlamento se tornava cada vez mais frequente, consistia em objeto de oposição por parte dos defensores da soberania popular e dos adeptos da instalação do sistema republicano inglês, na medida em que a atividade do Estado, em que pese a existência de um órgão produtor de normas, se resumia à vontade do monarca e ao cumprimento desta.

O fim da tirania e a busca pela liberdade proporcionaram o surgimento de concepções cuja premissa básica visava à retirada da função legislativa do órgão julgador. A ideia da cisão do órgão de

governo em um órgão julgador e outro responsável pela fabricação de normas é a primeira acepção da doutrina da separação dos poderes no direito ocidental.

Nuno Piçarra disserta a respeito do surgimento da doutrina:

Baseava-se em específicas ideias, reivindicações e critérios jurídicos, de cariz essencialmente anti-absolutista. Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria rule of law, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado- tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito. (PIÇARRA, 1989, p. 44).

A ideia da separação dos poderes não era, contudo, novidade entre os estudiosos europeus, uma vez que, na Grécia Antiga, Aristóteles (384 a.C-322 a.C) já havia se manifestado, em sua obra *A Política*, acerca da indispensabilidade da secessão do poder governamental em três partes: a que exerce a magistratura, sinônimo da função executiva, a que decide sobre negócios públicos e aquela que administra a justiça. Para o Estagirita:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (ARISTÓTELES, 2006, p. 75).

Durante o período de instabilidade da monarquia absolutista, John Locke (1632-1704), um dos precursores da doutrina da separação de poderes, promoveu a releitura do que havia sido dito por Aristóteles e pregou a importância do corpo normativo para a permanência do Estado, defendendo a não concentração dos poderes legislativo e executivo nas mãos de uma pessoa.

Para Aristóteles, a lei seria o único meio hábil a garantir a efetivação da vontade de um povo que abriu mão de seus direitos natu-

rais em prol da paz, da segurança e da manutenção da propriedade e, na mesma medida, o instrumento capaz de impedir o exercício arbitrário das forças estatais.

Os ensinamentos de Locke fortaleceram a base da teoria do *rule of law* e deram ensejo à noção de legalidade, que já pairava sob o sistema monárquico europeu e que culminou no assentamento do parlamento. Aliadas à insatisfação da maioria dos ingleses, as guerras e a disputa interna pelo poder proporcionaram a divulgação e consolidação das teorias antiabsolutismo no território inglês.

Valendo-se da construção doutrinária do *rule of law*, que consagrou a supremacia do legislativo e das normas por ele emanadas, Montesquieu fez do princípio da legalidade o esteio de desenvolvimento de todo o seu pensamento.

A distinção entre as funções legislativa e executiva foi aprimorada pelo filósofo através do acréscimo da função judicial, cujas atribuições consistiriam no poder de julgar os conflitos entre particulares e punir os crimes.

A despeito de defender a desvinculação dos poderes legislativo e judicial, a atuação dos órgãos julgadores foi fortemente limitada pelos preceitos de legalidade estrita contidos nas narrativas do pensador, segundo o qual “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor”. (PIÇARRA, 1989, p. 96).

O exercício das atribuições judiciais restringiu-se à subsunção da norma ao caso concreto, ou seja, em uma atividade que impedia a autonomia dos juízes e de suas decisões, o que destoa completamente do sistema de precedentes característico do modelo judicial inglês.

Sob o panorama teórico, a vertente da separação dos poderes instituída por Montesquieu foi definitiva para a formação e delimitação do sistema funcional tríplice que rege o Estado de Direito.

Jean Jacques Rousseau, por sua vez, signatário das bases firmadas por Locke e Montesquieu, fez com que a tripartição de poderes alcançasse outras identidades, na medida em que sua teoria era firmada segundo os preceitos do pacto social e da ideia de solidificação de um corpo político que, ao abrir mão do exercício de suas próprias forças e vontades, deu azo à formação de uma vontade uníssona e que deve reger os atos estatais.

A soberania popular na qual se estruturava a teoria de Rousseau fundamentou a defesa da implementação do sistema republicano. Todavia, a forte influência da monarquia na Europa e a integração ao sistema inglês das garantias fundamentais fizeram com que a ideologia da *politeia* não fosse aceita pela sociedade inglesa.

A continuidade do sistema monárquico misto na Inglaterra não impediu que a doutrina da separação dos poderes se disseminasse pelo continente europeu e, posteriormente, para todo o ocidente. De modo diverso, a instauração de garantias ao povo e de limites ao poder da realeza inglesa e o desenvolvimento econômico inglês serviram de exemplo para o fortalecimento do Estado de Direito em outros países.

Inaugurada a justiça constitucional e estabelecida a atribuição de atividades para os membros e representantes no trinômio de funções estatais, fez-se necessária a instituição de um método de controle a ser realizado entre as funções, na medida em que cada uma delas passou a ser constituída por órgãos independentes e com atuação própria.

Assim, é que a tripartição da organização estatal deu vez à criação da teoria de freios e contrapesos, segundo a qual o cumprimento dos ditames constitucionais pelos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo seria controlado pelos mesmos, de modo recíproco.

O controle recíproco tem por finalidade obstar o exercício arbitrário de determinadas atribuições por parte dos três poderes,

inclusive no que diz respeito à usurpação de competência de um poder pelo outro.

Nesse sentido, a imputação de atribuições atípicas aos poderes foi inserida no sistema constitucional como forma de possibilitar a integração entre os poderes e, ao mesmo tempo, como intuito de evitar o excesso de concentração de algumas atividades apenas nas mãos de órgãos representativos de cada poder. Destarte, Piçarra sintetiza:

A única forma de impedir a subversão consistiria em manter vários órgãos constitucionais em equilíbrio, basicamente através da manutenção de sua separação (independência) uns dos outros e da atribuição a cada um de meios de recíproco controle. (PIÇARRA, 1989, p. 85-86).

Tem-se no diploma constitucional a exata divisão das atribuições concernentes ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as quais a doutrina entende por bem definir como funções típicas de cada um.

Comumente, os poderes exercem suas funções típicas e são controlados uns pelos outros. Todavia, o sistema de freios e contrapesos também pode ser visto sob outra vertente, a do exercício das funções atípicas pelos três poderes. Isso porque a independência entre as funções permite que essas adentrem a seara da competência das outras para que possam tutelar situações dotadas de peculiaridades, desde que haja expressa previsão constitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, está clara a consolidação dos ditames da balança de poderes, na medida em que, em decorrência da dita necessidade de controle das condutas de cada poder, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu a cada um dos poderes incumbências que, em uma análise superficial, seriam diretamente atreladas às competências de um poder específico, mas que são postas como atividades atípicas com intuito de assegurar o exercício de direitos e a estabilidade da democracia.

Portanto, em que pese a existência de titularidade das funções constitucionais, não paira sobre o constitucionalismo brasileiro a existência de exclusivismo das funções legislativa, de governança ou de julgamento.

Sob esse viés, pode-se mencionar a atípica atribuição de legislar conferida ao chefe do Poder Executivo, o qual, esquivando-se do processo legislativo ordinário, utiliza o instituto das medidas provisórias para regulamentar situações de caráter excepcional, cuja urgência e relevância dependem de normatização imediata, sob pena de violação de direitos e de dano à sociedade e ao Estado.

2.2. Função legislativa do Poder Executivo: a edição de medidas provisórias

Em sua essência, a medida provisória é instituto jurídico de origem italiana, inspirado na figura do *decreti leggi*, ato normativo de caráter provisório utilizado pelos italianos para regular casos de extraordinária necessidade e urgência e que possuía expressa previsão na Constituição italiana de 1947.

A medida provisória foi introduzida pelo constituinte originário no ordenamento jurídico pátrio, com objetivo de conferir ao Presidente da República competência para regulamentar situações excepcionais, cuja urgência e relevância impedem que a matéria seja disciplinada pelo procedimento legislativo ordinário, notadamente dotado de morosidade, sem prejuízo à sociedade e à estrutura democrática.

No artigo 55 da Constituição de 1967 havia expressa permissão para que o Presidente da República, em caso de urgência e ou de interesse público relevante e, desde que não houvesse aumento de despesas, se valesse da expedição de decretos-leis para dispor sobre determinadas matérias constantes de um rol taxativo, sen-

do elas: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Todavia, o abusivo uso do decreto-lei pelos governantes brasileiros fez com que o instituto, idealizado para a excepcionalidade, fosse utilizado em usurpação da competência do Poder Legislativo, destoando assim da função constitucional que lhe foi atribuída, razão pela qual os decretos-leis foram rechaçados pela doutrina e pelos constituintes de 1988.

Neste contexto é que a medida provisória, espécie normativa criada pelo direito italiano, com o advento da Constituição italiana de 1947 e fruto da reiterada prática dos governantes do país de editar decretos com força de lei em situações emergenciais na vigência da Constituição antecedente, datada de 1848, surgiu como inspiração para os legisladores brasileiros.

Em razão de sua atipicidade, as medidas provisórias deram ensejo à criação de diversas teorias acerca de sua natureza jurídica, já que sua classificação e enquadramento como instituto jurídico tem direta influência no modo como será exercido o controle de seus requisitos pelos poderes Judiciário e Legislativo, além de ser fator determinante na análise das consequências decorrentes de sua eficácia imediata e também de sua temporariedade.

Clémerson Merlin Clève (1991) sustenta que a adoção de medidas provisórias pelo Constituinte decorre do poder de cautela legislativa que permite ao Presidente da República adentrar a esfera legislativa para impedir que urgência e relevância de determinadas situações sejam sucumbidas pelo procedimento legislativo ordinário.

De maneira diversa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) defende que as medidas provisórias não podem ser consideradas lei e, tampouco, atos administrativos, na medida em que estes se submetem ao regime jurídico-administrativo, o qual é regido por

princípios totalmente distintos dos que dão sustentação à produção normativa. Aduz o autor que o instituto possui características distintas das leis, já que possui prazo determinado, eficácia *ex tunc*, pressupostos específicos de edição, urgência e relevância, e, ainda, é marcado pela precariedade, o que permite concluir que podem ser classificadas como atos de governo.

Em contrapartida aos que argumentam os citados constitucionalistas, em homenagem à expressa previsão constitucional, Clève (1991) afirma que as medidas provisórias integram o processo legislativo de forma plena, por força da disposição constante no artigo 59 da CRFB/88, o que implica dizer que são atos de natureza normativa, lei em sentido técnico. Para Clève:

O fato de as medidas provisórias serem publicadas como “Atos do Executivo” no Diário Oficial; o fato de elas submeterem-se a termo (salvo a conversão); o fato de produzirem eficácia imediata, sem a intervenção do Legislativo; isso tudo não descaracteriza a natureza legislativa do instituto e nem ofende o princípio da separação dos poderes. (CLÈVE, 1991, p. 47).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal se manifestou, no mesmo sentido, sobre o tema no julgamento da ADI 293-7/600.

Por fim, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet (2012) firmam entendimento no sentido de que a definição de “lei sob condição resolutiva” criada Pontes de Miranda é a que melhor se adequa ao instituto estudado.

Assim, a doutrina segue apresentando discussões sobre a natureza do ato normativo, à espera de uma possível pacificação e definição da matéria pelos tribunais superiores.

2.3. Evolução conceitual da medida provisória

A normatização das medidas provisórias dentro do texto constitucional não mais se apresenta nos moldes como foi instituída pelo legislador constituinte, tendo em vista que o uso imoderado da espécie normativa pelos chefes do Poder Executivo fez com que a alteração da tipificação inaugural se tornasse uma necessidade jurídica para preservação da autonomia dos poderes, bem como da competência do Congresso Nacional.

Inicialmente, a previsão constante do artigo 62 da Constituição de 1988 dispunha que o Presidente da República poderia adotar medidas provisórias, com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, seria convocado para reunião extraordinária em cinco dias.

O artigo ainda era composto por um único parágrafo, que estabelecia a perda da eficácia, desde a edição, da medida provisória que não fosse convertida em lei no prazo de trinta dias contados na publicação, sendo dever do Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

A ausência de regulamentação procedimental do veículo normativo e a inexistência de definição acerca da possibilidade de sua reedição causou grande instabilidade nos anos que sucederam a publicação da nova Constituição brasileira.

Aponta Sérgio Sérulo da Cunha, referido por Clélio Chiesa (2001), que no período compreendido entre janeiro de 1995 e dezembro de 1998, foram editadas 2.608 medidas provisórias, uma média de 1,78 por dia, incluindo fins de semana e feriados, sendo 2.451 reedições.

Nesse contexto, deputados e senadores tentaram por intermédio de diversas propostas legislativas, inclusive leis complementares,

estabelecer parâmetros ao exercício da função pelo Presidente, já que cada vez mais constante a usurpação da competência legislativa do Congresso.

A rigidez da Constituição de 1988, no entanto, impedia que norma infraconstitucional limitasse o exercício do múnus pelo Presidente, haja vista a inexistência de previsão para tanto no texto constitucional.

Diante da instabilidade que permeava os poderes Executivo e Legislativo, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 32 de 11/09/2011 que, além de trazer modificações ao *caput* do artigo 62, nele inseriu doze parágrafos, estabelecendo assim uma série de limitações à edição de medidas provisórias.

Após a referida emenda, as medidas provisórias tiveram seu prazo alterado, sendo sua eficácia submetida ao lapso temporal de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período. Assim, em não sendo caso de recesso parlamentar, momento em que ocorrerá a suspensão da contagem do prazo de duração e, transcorridos 120 dias da publicação da medida provisória sem manifestação do Congresso Nacional a seu respeito, cessará a produção de efeitos do ato presidencial, cabendo ao órgão legislativo, através de decreto legislativo, dispor sobre as relações jurídicas dela decorrentes, conforme disciplina o artigo 62 §7º da CRFB/88.

A despeito de não ser mais apreciada extraordinariamente em cinco dias pelo Congresso Nacional, como estabelecia o texto original do documento constituinte, optou o legislador por constituir, no parágrafo sexto do artigo estudado, o regime de urgência, o qual determina o sobrestamento da pauta de votação do Congresso quando da existência de medida provisória publicada há mais de 45 dias sem deliberação da casa iniciadora, a Câmara dos Deputados, até que seja votada.

Restou ainda regulamentada a necessidade de submissão da norma a uma comissão parlamentar mista para análise de seus requi-

sitos constitucionais, bem como de sua adequação financeira e orçamentária. Com maior destaque, com intuito de dar fim ao deturpado e imoderado uso do instituto pelo chefe do Poder Executivo Federal, implementou o legislador ordinário a vedação à reedição de medida provisória rejeitada ou que tenha perdido a eficácia pelo decurso do tempo, na mesma sessão legislativa, dispondo para tanto o seguinte:

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

§ 10. 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. (BRASIL, 2017b).

Com tais alterações, a espécie normativa permanece sendo reiteradamente utilizada pelos chefes do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal.

2.4. Limites à edição de medidas provisórias

Além da limitação formal consolidada pelos pressupostos de relevância e urgência, as medidas provisórias ficam adstritas aos limites materiais dispostos ao longo do texto da Constituição, principalmente naqueles citados no artigo 62, §1º.

Inicialmente não foi criada pelo constituinte originário nenhuma limitação ou vedação material à edição das medidas provisórias, sendo a escolha da matéria livremente realizada pelo Presidente da República, assim como acontecia no instituto italiano que serviu de inspiração para a adoção da espécie normativa no sistema brasileiro.

O instituto italiano, todavia, decorre do parlamentarismo, sistema com maior intervenção do Chefe de Estado, diferentemente

do sistema brasileiro, em que as funções de cada poder são expressamente definidas pela Constituição.

Diante da diferença entre as normas que regem a República brasileira e o parlamentarismo italiano, a imposição de limites materiais à edição de medidas provisórias se fez necessária.

Percebida pelos legisladores brasileiros a necessidade de modificação do artigo em estudo, foram promulgadas, no ano de 1995, as Emendas Constitucionais de n.º 5 e 7, prevendo a vedação de regulamentação da exploração direta ou mediante concessão dos serviços locais de gás canalizado por meio do instituto, bem como a criação do artigo 246, cujo texto impede a regulamentação de artigos da Constituição Federal cuja redação tivesse sido modificada por emenda promulgada posteriormente ao ano de 1995, através de medidas provisórias.

Em 2001, por meio da Emenda Constitucional n.º 32, o artigo 246 do diploma constitucional foi novamente alterado, sendo ainda inserida no texto da Constituição de 1988 uma série de limitações de cunho material ao exercício da função legislativa pelo Presidente da República.

Trata-se de vedações de cunho substancial, cujo rol consta do artigo 62 §1º da CRFB/88 e que se cingem na proibição de edição de medida provisória sobre assuntos diretamente relacionados ao exercício da democracia, como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, bem como sobre direito penal, processual penal e processual civil. A vedação ainda atinge matérias que dizem respeito à organização de Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e garantias de seus membros e, por fim, conteúdos que atinjam o Estado em seu âmbito financeiro, como os planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no artigo 167, § 3º.

Em virtude das consequências e prejuízos causados pela decisão de confisco de valores das contas bancárias, tomada durante o governo do Presidente Collor (1990-1992), também não é possível que o instrumento normativo adote medida que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Além disso, matérias que sejam passíveis de regulamentação por meio de leis complementares e que já estejam sendo disciplinadas por projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto por parte do chefe do Executivo não podem ser objeto da espécie normativa estudada.

A mudança estrutural do instituto das medidas provisórias demonstra a preocupação dos operadores do direito com sua característica discricionariedade e, nas palavras de Fabrício Bittecourt da Cruz, “com a necessidade de conformação de um poder normativo sem precedentes no país”. (CRUZ, 2016, p. 189).

A reestruturação do diploma e a imposição de limites pelo legislador ordinário mostra o exercício do sistema de contrapesos pelos poderes estruturantes e tem, por consequência, a afirmação da vigência do princípio da legalidade na democracia brasileira.

3. O “poder” discricionário e os limites ao seu exercício

O Estado de Direito, por sua própria essência, sujeita-se às imposições de ordem constitucional e, por consequência, às disposições constantes das disciplinas de caráter infraconstitucional. Em decorrência disso e para evitar a usurpação de poder por parte dos governantes, em regra, os atos praticados em exercício do *munus publicum*, além de serem regidos pela estrita legalidade, são vinculados a uma conduta pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, motivo pelo qual são denominados pela doutrina de *atos administrativos vinculados*.

Nesse sentido, é difundida a ideia de que o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, regendo-se pela liberdade; já a Administração Pública só pode fazer aquilo que lhe é permitido e determinado por lei.

Todavia, diante da diversidade de ocorrências que demandam tratamento e regulamentação estatal, a legislação brasileira não se apresenta capaz de tipificar o rol de situações em que se faz necessária a tomada de decisões por parte do administrador, tampouco de prescrever a conduta ideal a ser realizada em cada uma das situações, razão pela qual a concessão ao administrador de certa liberdade no que diz respeito à tomada da melhor decisão, desde de que atenda aos interesses públicos, foi implementada no sistema jurídico brasileiro. Trata-se do fenômeno da *discricionariedade*.

De acordo com o postulado do Estado Democrático de Direito, a discricionariedade se apresenta como uma forma de suprir as lacunas deixadas pelos legisladores, constituindo um instrumento de integração normativa.

No que tange à conceituação atribuída à discricionariedade¹, a despeito das diferentes terminologias adotadas pela doutrina, parece pacífico que a conceituação dada ao instituo é vinculada à concessão de uma margem de atuação do representante do Estado na tomada de decisões que envolvam a máquina administrativa, decisões estas que se pautam em dois critérios básicos, juízo de oportunidade e conveniência administrativa.

Sobre os atos discricionários, Hely Lopes Meireles (2016) disserta serem esses os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro define: “ Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativo; a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos o poder da administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critério de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade porque não definidos pelo legislador.” (DI PIETRO, 2016, p. 254-255).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), a discricionariedade existe em decorrência da ausência de regramento legal sob todos os aspectos da atuação administrativa, sendo, então, um poder que permite à autoridade administrativa a adoção de uma ou outra solução através de critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, além de critérios próprios da autoridade.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a discricionariedade pode ser definida como:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (MELLO, 2006, p. 403).

Por sua vez, Ricardo Alexandre e João de Deus (2017), prelecionam:

Há casos em que a Administração tem liberdade para decidir como e quando agir. São situações em que é lícito ao administrador decidir sobre a conveniência e a oportunidade para praticar determinados atos. Nesses casos, afirmamos que a Administração está fazendo uso do poder discricionário, que é aquele que possibilita à Administração praticar atos administrativos discricionários. (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p. 132).

Diante da paridade dos elementos caracterizadores da conceituação, percebe-se que é pacífico entre as teses de direito administrativo, que a discricionariedade dos atos administrativos é dotada de relativismo, uma vez que esses, em que pese a possibilidade de tomada da melhor decisão, estão necessariamente vinculados à lei, notadamente no que tange aos seus pressupostos de validade, competência, finalidade e forma. A discricionariedade deflui, por consequência, da escolha da motivação e do conteúdo que dão ensejo à manifestação por parte Estado.

Quanto à classificação dos atos discricionários, entretanto, não há consenso entre os autores, na medida em que divergem acerca de sua classificação dentro da estrutura administrativa enquanto poder ou dever, bem como acerca dos limites impostos ao seu exercício.

3.1. Discricionariedade: poder ou dever?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) e Hely Lopes Meirelles (2016) afirmam que a prática de atos administrativos em exercício de juízo de discricionariedade decorre da existência de um poder denominado *discricionário*, que garante aos representantes estatais a prerrogativa de escolha de modo e tempo dos atos administrativos, mediante a utilização de critérios básicos – conveniência e oportunidade –, também verificados por meio de juízo subjetivo e interpretativo de seu aplicador.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016), para o desempenho das funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de soberania sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins.

Entre esses poderes está o poder discricionário, no qual a adoção de soluções se dá conforme critérios não prévia e expressamente definidos pelo legislador, mas que devem ser pautados, sobretudo, na legalidade.

A despeito da citada acepção, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) introduziu a discricionariedade no âmbito dos atos administrativos, aduzindo que o correto tratamento a ser dado ao elemento seria ato praticado no exercício de competência discricionária, sob o fundamento de que não existiria ato propriamente discricionário e sim discricionariedade por ocasião de certos atos, já que esses são sempre vinculados, pelo menos, a uma competência e a uma finalidade.

Alheio ao entendimento firmado pela doutrina clássica, o autor tece diversas críticas à teoria que preleciona a existência de um poder discricionário, traçando laço entre a discricionariedade e as funções estatais. Para tanto, explicita que a máxima administrativa tem crivo na busca pela concretização do interesse público, finalidade básica do Estado.

Assim, em que pese a ideia de poder abarcada pela expressão discricionariedade, a busca pela finalidade estatal consiste em um dever da autoridade competente de atingir a finalidade pública, e não de um poder de deliberação, como sustentado por outros autores.

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se fez “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “o poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. (MELLO, 2006, p. 307).

Isto posto e, considerando que o Estado Democrático de Direito é regido pelos ditames da legalidade e da ordem, a teoria sustentada por Celso de Mello parece ser a mais acertada, na medida em que não se entende cabível a concessão de poderes de conteúdo subjetivo e indefinido ao donatário de uma função pública cuja premissa básica é o atingimento dos anseios sociais e o desenvolvimento do Estado brasileiro pautado na observância das normas jurídicas criadas pelos representantes do povo.

Deste modo, a discricionariedade conferida aos atos administrativos será aqui tratada como um dever dos administradores públicos.

No que se refere ao âmbito de incidência da discricionariedade, é importante ressaltar que, a despeito da liberdade que é conferida à autoridade administrativa, a margem de escolha do administrador quando da tomada de suas decisões não é plena e decorrente apenas de sua apreciação subjetiva, uma vez que

encontra baliza em juízos de conveniência e oportunidade administrativa, além de se submeter a elementos básicos de formação do ato administrativo, sob pena de ser classificada como conduta arbitrária, ilegal e em desacordo com a principiologia que rege a conduta do agente estatal.

Além disso, a existência de atos administrativos não vinculados tem origem na própria legislação, na medida em que a ausência de expressa delimitação da conduta a ser praticada é que permite que a autoridade estatal, sob os pilares da principiologia administrativa, eleja a melhor decisão a ser tomada em nome do Poder Público.

Segundo a doutrina majoritária, a discricionariedade concedida à autoridade pública advém de circunstâncias constantes da parte dispositiva de cada norma, assim como a ausência de uma conduta pré-definida pela norma, da existência de conceitos fluidos ou ainda de uma liberdade expressamente determinada.

Logo, ausente a especificação legal da conduta a ser exercida pelo representante da administração pública, surge para esse, ante a necessidade de agir, o dever de deflagrar a melhor decisão, sempre pautada em juízos de oportunidade e conveniência.

No mesmo sentido, apresentando a norma mais de um comando, patente a possibilidade de escolha pelo donatário da atribuição pública do melhor objeto a ser tutelada. Da mesma forma, constando da disposição legal conceitos jurídicos não unissignificativos, ou seja, que demandem interpretação por parte de seu aplicador, caberá a esse, no uso de suas atribuições perceber a finalidade para qual a norma foi criada, a fim que de sua aplicação seja a mais próxima do intuito pretendido pelo legislador.

Não obstante o fenômeno jurídico que dê ensejo à tomada de uma decisão sobre o crivo discricionário da autoridade competente, a discricionariedade não pode ser encontrada em todo o procedimento de atuação administrativa. Isso porque a liberda-

de característica da discricionariedade, em que pese, ser a sua justificativa pautada em uma omissão legislativa, no comando impreciso de uma norma ou da indefinição concebida por conceitos fluidos e imprecisos, decorre diretamente de uma norma e, portanto, acaba por ser limitada por elementos que a norma vincula diretamente a determinada ação.

Na esfera dos atos administrativos, o âmbito de aplicação da discricionariedade se limita ao conteúdo, ao objeto de regulamentação, e à motivação que o justifica, já que optou o legislador, com o propósito de garantir a supremacia do interesse público e a segurança jurídica, por estabelecer a forma com que o ato deve ser praticado, a quem cabe a sua prática e a finalidade que deva ser alcançada com a sua realização.

Desse modo, a discricionariedade se concretizará em escolhas que digam respeito ao melhor momento de expedição do ato, na possibilidade ou não da sua prática e na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e de valor sob a égide do conjunto de normas e princípios que constituem o ordenamento jurídico pátrio.

Dessarte, verifica-se que mesmo a aplicação da discricionariedade se submete a marcos, os quais tem por desígnio dar cumprimento aos ditames do Estado Democrático de Direito e acima de tudo, manter a legalidade dos procedimentos por ele adotados.

Por sua vez, no que se refere ao mérito administrativo, em virtude da ausência de vinculação de todos os elementos que compõem os atos administrativos a uma disposição legal, não é possível que esses sejam analisados integralmente no que diz respeito à legalidade, uma vez que seu conteúdo e motivação, objetos de deliberação pela autoridade competente, fazem parte daquilo que os doutrinadores denominam mérito administrativo.

Em razão disso, os atos praticados em exercício da discricionariedade devem ser observados sob dois aspectos, o da legalidade e o de

mérito, o que significa dizer que a competência, forma e finalidade do ato passarão pelo crivo da legalidade; e o mérito administrativo, que segundo Seabra Fagundes (1984) se relaciona com a intimidade do ato administrativo, será apreciado segundo critérios que envolvem a oportunidade, conveniência, finalidade e compatibilidade com princípios da administração pública e da boa gestão.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016):

O mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Será um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. (DI PIETRO, 2016, p. 259).

Valendo-se da definição acima e, pautados no argumento de que os elementos componentes do mérito são fruto de apreciação privativa da autoridade competente, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileira firmavam entendimento no sentido de que não caberia ao Poder Judiciário a realização do controle dos juízos subjetivos que constituem o mérito administrativo, o que por muitos anos deteve a atuação judicial e legitimou condutas estatais desprovidas de amparo jurídico.

Todavia, o advento da Constituição de 1988 e o surgimento de uma nova ordem democrática erguida sob os ditames da legalidade ocasionaram no ordenamento jurídico a releitura de alguns preceitos, institutos e princípios.

Nessa seara é que o controle judicial do mérito administrativo passou a ser enfrentado de modo diverso, embora, ante o fenômeno da constitucionalização dos princípios, a legalidade adquiriu nova formatação, sendo tida não só como a compatibilidade ao teor dos atos normativos, mas também como a conciliação dos atos de governo com os princípios e valores implícitos e explícitos no texto da CRFB/88.

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário foi efetivada e a apreciação do mérito administrativo reduzida, na medida em que alguns elementos que até então eram considerados integrantes do juízo subjetivo da autoridade pública, tornaram elementos vinculados à lei e, por óbvio, passíveis do controle de legalidade.

3.2. Limites aplicáveis à discricionariedade

Sob o pálio da concepção de que a lei é legitimadora da discricionariedade atribuída aos atos administrativos, a fixação de limites ao seu exercício, atitude que se mostra extremamente necessária dentro da sistemática constitucional implementada pela Constituição de 1988, deve se dar de forma bastante cautelosa e, acima de tudo, seguir os ditames da própria legislação, sob pena de violação do intuito do legislador e o sistema de freios e contrapesos, princípio basilar da estrutura democrática brasileira.

Assim, em meio a diversas tentativas doutrinárias de formulação de teorias cujo objetivo fosse fundamentalmente o controle da liberdade decorrente da prática de atos discricionários, duas teorias emergiram e se consolidaram dentro do estudo dos atos administrativos, sendo elas: a *teoria dos motivos determinantes* e a *teoria do desvio de poder*.

A teoria dos motivos determinantes se sustenta na existência de uma vinculação do Poder Público à justificativa na qual se pauta a conduta administrativa. Segundo essa corrente, o ato administrativo só se reveste de legalidade quando se consolida nos termos dos motivos que levaram o agente público a praticá-lo. É a máxima da finalidade, requisito de constituição dos atos administrativos, sendo utilizada como estanque ao exercício dos poderes públicos.

A aplicação dessa teoria dentro dos parâmetros do exercício da competência discricionária encontra respaldo na interpretação que a autoridade administrativa confere aos seus atos. Isso por-

que, nos termos da teoria dos motivos determinantes, o Poder Público ficaria vinculado à interpretação dada aos preceitos legais quando da tomada de suas decisões, o que impede a legitimação da arbitrariedade dos atos da Administração e, por derradeiro, garante segurança jurídica às condutas pautadas em conceitos imprecisos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, caso o agente público opte por explicitar a justificativa de seu ato, ainda que a lei não o exija, passa a ela se vincular, sendo os motivos de fato determinantes da validade de sua conduta. É o entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência.

Por sua vez, a segunda teoria indica a utilização de atos administrativos dotados de discricionariedade para a execução de práticas cuja finalidade diverge daquela determinada por lei, ou seja, fim que não tenha como supedâneo a coletividade e o alcance do interesse público. Não há elo entre o motivo que dá ensejo ao ato e o seu resultado.

O desvio de poder é sedimentado sob os pilares do princípio da legalidade, assim como a discricionariedade atribuída aos atos administrativos e pode ser conceituado como o afastamento do poder público da finalidade que deve permear todo e qualquer ato administrativo: o interesse público.

Os atos praticados com desvio de poder são aqueles em que o administrador da coisa pública se vale de sua condição e da atribuição que lhe foi conferida pelo Estado para buscar fim diverso daquele que se adequaria aos interesses da coletividade e representariam a busca pelo bem comum.

Assim, despidos os atos públicos de finalidade que tenha por consequência a consecução do bem comum e do interesse do Estado, caracterizada está a necessidade de sua revisão, administrativa e judicial e, por consequência, a decretação de sua nulida-

de em virtude da ilegalidade que lhe passa a ser característica no momento em que é editado com finalidade que não se filia aos desejos de um Estado democrático.

A despeito da divergência acerca da classificação do abuso de poder enquanto ato dotado de ilegalidade ou não, os tribunais superiores têm preferido entender que se trata de violação ao princípio da legalidade.

Portanto, sendo os atos discricionários resultantes do desvio de motivação ou de desvio de poder da autoridade competente, caberá ao Judiciário, no exercício legítimo de suas atribuições, invalidar os atos para garantir o equilíbrio entre as funções estatais e a supremacia do Estado de Direito.

4. Discricionariedade nas medidas provisórias e o controle jurisdicional de seus requisitos constitucionais

Nesta seção as medidas provisórias passarão a ser analisadas sob o crivo da constitucionalidade, a qual perpassa pela verificação da existência dos requisitos impostos pela Constituição de 1988, relevância e urgência, pelo Poder Legislativo e, por conseguinte, pelo Poder Judiciário.

Para tanto, é necessário que relevância e urgência sejam conceituadas e apresentadas sob sua forma constitucional e, em seguida, delimitados os aspectos de exercício do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, em suas diferentes vertentes.

Na esfera judicial, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal durante o período de vigência do instituto das medidas provisórias posto e discutido, bem como os fundamentos que sustentam o exercício ou não do controle de constitucionalidade minuciosamente analisados.

Em homenagem ao princípio da separação dos poderes e em estrita observância à competência delimitada pelas funções típicas atribuídas a cada esfera de poder componente do Estado Democrático Brasileiro, o constituinte originário delimitou o exercício do poder legiferante do chefe do poder executivo impondo-lhe obediência a dois pressupostos formais e cumulativos: relevância e urgência.

A imposição de requisitos se justifica pela manutenção da ordem social e da estrutura tripartite que rege o país, haja vista ser o Poder Legislativo o órgão ao qual foi conferida a gerência do procedimento de elaboração das normas que regem o sistema e, por consequência, vinculam o Poder Executivo e dão ensejo à atividade do Poder Judiciário, colocando em funcionamento a máquina estatal.

Nessa seara, a disfunção da atividade legislativa com a autorização de edição de normas pelo Presidente do Executivo e, por simetria, aos governantes dos Estados e Municípios, tem finco na condição de excepcionalidade e anormalidade, cujo perigo de dano ao Estado Brasileiro e à ordem constitucional legitime a produção de norma através de procedimento extraordinário.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 221-0, de origem do Distrito Federal, sustentou o ministro Celso de Mello:

[...] o que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso sistema constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcancáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face de um *periculum in mora* que faltamente decorreria no atraso da concretização da prestação legislativa [...] (BRASIL, 2017e)

Acontece que as situações de excepcionalidade passíveis de regulamentação pelas medidas provisórias, consubstanciadas nos

requisitos de relevância e urgência, não são expressamente determinadas por lei, deixando a cargo do legislador, o chefe do Poder Executivo, a possibilidade de atuação discricionária no que fiz respeito à escolha daquilo que merece ser tutelado, mediante interpretação do que pode ser definido como urgente e relevante.

Diante disso, a fim de evitar que situações que poderiam ser normatizadas pelo procedimento legislativo ordinário sejam objeto de medidas provisórias, a doutrina tem se preocupado em apresentar definições para os requisitos constitucionais.

A *urgência*, tida como aquilo que se requer solução imediata, cujo conceito se atrela às noções de celeridade, emergência e brevidade, conforme os ensinamentos de Nagib Slaibi Filho, mencionado por Clèmerson Merlin, é assim conceituada:

A urgência é o conjunto de circunstâncias, levando à edição do ato, que não podem aguardar o processo legislativo ordinário, ou o processo legislativo no prazo previsto no art.64 § 1º a 4º. Assim, se a medida pode aguardar um lapso de tempo como o período provável de tempo necessário à elaboração de lei pelo Congresso, não haverá requisito constitucional para a edição de medidas provisórias. (CLÈVE, 1991, p. 56).

Portanto, o pressuposto da urgência é contemplado pela ineficácia temporal do procedimento ordinário, já que sua adoção poderá implicar a perda do objeto que se pretende tutelar e em grave lesão social, econômica e política.

A *relevância*, por sua vez, se liga fortemente ao conteúdo da medida, a matéria objeto da norma, que deverá ser vista como algo que foge à ordinariedade, sendo de extrema necessidade a sua regulamentação. Trata-se de uma relevância qualificada, já que, a princípio, a relevância é característica atinente a todas as normas e o que justifica a sua edição.

A luz da fluidez das conceituações trazidas acima e da incerteza que abarca a aferição da correta aplicação dos elementos que dão ensejo à edição das medidas provisórias, verifica-se que, na verdade, trata-se de mais uma escolha do legislador constitucional no sentido de incluir ao ordenamento jurídico pátrio conceitos jurídicos indeterminados.

De modo geral, as normas componentes do sistema jurídico brasileiro são dotadas de concretude e, portanto, tem sua aplicabilidade de forma imediata, direta. Todavia, alguns termos e expressões constantes dos diplomas legais tornam o papel do aplicador da lei mais dificultoso.

Isso porque os denominados conceitos jurídicos determinados dependem da interpretação, ou seja, passam por um processo axiológico para que possam ser compreendidos e posteriormente aplicados.

O que se apresenta como um consenso entre os estudiosos da área e entre os constitucionalistas é o fato de que toda e qualquer interpretação, envolva ela conceitos jurídicos indeterminados ou não, deve ser pautada no que estabelece a Constituição Federal, em suas disposições constituintes de direitos e deveres e, principalmente, na carga principiológica que lhe é inerente. Nos ditames do texto maior será realizada a releitura de cada instituto, por meio daquilo que se convencionou chamar de *fenômeno da constitucionalização*.

Nessa seara, urgência e relevância também devem ser interpretados de acordo com toda a sistemática constitucional, sob pena de ser a medida provisória uma usurpação da típica função do poder de legislar.

É por isso que, caso esteja a norma editada em total contrariedade aos interesses sociais, é possível que a espécie normativa deixe de ser votada pelas casas legislativas, perdendo sua eficácia em virtude do decurso do prazo de 60 dias acrescidos do prazo de prorrogação em virtude da rejeição tácita.

A seguir, passa-se a elucidar a aferição da compatibilidade na norma editada com o diploma constitucional, bem como as situações que ensejam o exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo.

4.1. Medidas provisórias sob o crivo da constitucionalidade

O procedimento constitucional de edição das medidas provisórias permite que a espécie normativa seja subordinada à diversas fases de controle acerca de sua adequação aos ditames da CRFB/88.

O primeiro momento de controle das medidas provisórias é aquele que sucede à sua edição, no qual o Congresso Nacional se torna o órgão responsável pela aferição do cumprimento dos requisitos de urgência e relevância, num juízo de admissibilidade que pode culminar na revogação da norma ou em sua conversão em lei, nos termos do artigo 62, §§ 5º e 7º da CRFB/88. É a primeira oportunidade em que as medidas provisórias passam pelo crivo de outro poder, por meio do controle de constitucionalidade repressiva e de caráter político.

O encaminhamento da norma editada pelo chefe do Poder Executivo consiste em mais uma demonstração da importância que é dada pela Constituição de 1988 à teoria dos freios e contrapesos, porquanto permite à esfera legislativa, que tem sua função típica exercida por outrem, fiscalizar o desempenho legiferante insólito.

Há uma inclinação do legislador ordinário no sentido de preservar a estrutura da ordem democrática tripartite através do controle da excepcionalidade e das atividades públicas por cada um dos poderes, o que faz com a democracia seja exercida em alto nível, em virtude da integração e atuação conjunta dos poderes.

Nesse sentido, tendo sido a medida provisória expedida por ato do Executivo e admitida pelo Legislativo, a ordem impõe que

seja fiscalizada pelo Judiciário, em homenagem à independência da qual cada poder é dotado.

No âmbito do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade é realizado através da provocação de seus órgãos, por sujeito dotado de competência e que, por intermédio de ações de viés constitucional, apresenta fundamentos que demonstrem a contrariedade da espécie normativa aos preceitos constitucionais e pede que a tutela jurisdicional seja prestada à sociedade, com a confirmação ou não da validade da norma. É o que a doutrina denomina *controle repressivo de constitucionalidade*.

Clèmerson Merlin Clève ressalta que o controle jurisdicional realizado sobre as medidas provisórias no Brasil pode ocorrer em três níveis:

- (i) Cabe, primeiro, um controle dos pressupostos de habilitação (se afinal estão ou não presentes); (ii) Cabe, depois, um controle da matéria objeto de disciplina pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) Cabe, finalmente, um controle de constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas sim substancial, as normas e princípios adotados pelo Constituinte. (CLÈVE, 1991, p. 86).

No que diz respeito ao controle mencionado no terceiro item, o qual aponta o controle material da espécie normativa, não há nenhuma dúvida de que o Supremo o tem realizado de forma plena e consciente, em inquestionável obediência ao que dispõe o artigo 102 da Constituição brasileira, principalmente após a delimitação das matérias de normatização proibida pela Emenda Constitucional 32/2001.

Contudo, há questionamentos no que tange à atuação judicial enquanto responsável pelo controle dos requisitos de validade das medidas provisórias e também acerca do enquadramento da matéria objeto de regulamentação no regime de excepcionalidade característico da espécie normativa.

Isso porque parte da doutrina se opõe à apreciação dos requisitos constitucionais pela justiça brasileira, fundada na premissa de que o mérito administrativo, juízo de oportunidade e conveniência realizado pelo chefe do Executivo, não poderá ser submetido à tutela jurisdicional, porquanto consiste na própria margem de atuação conferida por lei ao administrador público, a fim de que esse possa tutelar direitos e regulamentar situações com finco a garantir o interesse público.

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ressalta: “o Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo”. (CARVALHO FILHO, 2016, p.196).

O STF coaduna com a afirmação de que o mérito administrativo não é por ele apreciável, todavia, o que sustenta a análise da urgência e relevância não é o fato de que se trata de mérito administrativo, e sim o fato de que na verdade há um controle de legalidade do ato, o qual garante que o egrégio tribunal verifique a existência dos requisitos e a compatibilidade da norma provisória com a Constituição de 1988.

O princípio da sindicabilidade, que sustenta que todos os atos administrativos poderão ser controlados pelo Poder Judiciário no que tange à sua legalidade e obediência aos princípios constitucionais, é o pilar que tem escorado o controle da discricionariedade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do controle dos requisitos de relevância e urgência pelo Poder Judiciário tem ensejado discussões doutrinárias sobre o assunto e os limites ao seu exercício.

A construção do atual posicionamento da Corte brasileira acompanha a transformação dos institutos constitucionais e a das espécies normativas que compõe a estrutura democrática brasileira. Isso porque, durante a vigência da Constituição brasileira de

1967, período em que os decretos-lei se prestavam como instrumento de regulamentação das situações urgentes e relevantes, o Supremo Tribunal Federal, valia-se da premissa da separação e da independência dos poderes para firmar entendimento no sentido de que não detinha competência para analisar os requisitos ensejadores da edição da norma. Seu entendimento era firmado com base na soberania das decisões de cada poder.

A Corte Constitucional brasileira sempre se posicionou no sentido de preservar a discricionariedade dos atos emanados pela administração pública, na medida em que considerava que seus requisitos estariam ligados à matéria de cunho político.

No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da medida provisória (que deu origem à lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o STF somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito. (ADI 1.717 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 22-9-1999, 2ª T, *DJ* de 25-2-2000.) (BRASIL, 2017f).

A posição adotada pelo STF no sentido de afastar-se da fiscalização da compatibilidade do instituto e cumprimento dos requisitos para sua edição, acabou por permitir que o decreto-lei fosse utilizado de forma desenfreada, sendo por diversas vezes responsável pela usurpação da competência do Poder Legislativo, o que desagradou fortemente os membros do Congresso Nacional.

A insegurança jurídica causada pela posição do tribunal superior culminou na desvirtuação do instituto dos decretos-lei. Assim, com o advento da Constituição de 1988, a chamada Constituição Democrática, o instituto do decreto-lei foi abolido da legislação do país, dando lugar ao novo instituto, de inspiração italiana: a medida provisória.

Após a mudança de todo o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal, entendeu por bem rever o posicionamento anteriormente adotado. No julgamento da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 162-1, em 14 de dezembro de 1989, de relatoria do ministro Celso de Mello, o tribunal externou a possibilidade de controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e urgência, ressaltando, contudo, que o controle só seria procedido em casos de excesso do poder de legislar por parte do chefe do Executivo.

Da mesma forma que o decreto-lei, a medida provisória passou a ser utilizada reiteradamente, a despeito da excepcionalidade que lhe é característica e imprescindível a concretização de sua validade.

Antônio Souza Prudente citado por Fabrício da Cruz ressalta a instabilidade provocada pela numerosa edição de medidas provisórias no país:

Em pesquisa realizada pelo Correio Braziliense, em 28 de janeiro do ano corrente, sob o título “Legislativo de Aluguel”, ficou registrado que, na gestão do atual Executivo, entre edições e reedições, foram lançadas 1.610 medidas provisórias, sendo que, nos últimos três anos, o governo lançou uma medida provisória (nova e reeditada) a cada 30 horas, observando os redatores da matéria que “a maioria parlamento que o Presidente Fernando Henrique Cardoso no constituiu no Congresso Nacional, ao longo de seus três anos de governo, provocou uma inversão de papéis nos poderes da República. (PRUDENTE *apud* CRUZ, 2016, p. 57).

Regulamentado o uso das medidas provisórias e impostos novos limites a sua edição, o Supremo Tribunal Federal passou a enfrentar o controle de constitucionalidade dos requisitos de urgência e relevância, sob o ponto de vista do mérito administrativo e da impossibilidade de apreciação desse por parte do Poder Judiciário.

Desde então, o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre o tema das seguintes formas:

Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. (ADI 2.527 MC, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2007, p. *DJ* de 23-11-2007.) (BRASIL, 2017h).

Nas palavras do ministro Celso de Mello:

A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. [...] A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. (ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 4-4-2002, p. *DJ* de 23-4-2004.) (BRASIL, 2017i).

Noutra ótica, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de medidas provisórias que não fossem concebidas em atendimento aos requisitos de urgência e relevância. Dessa vez, a lógica utilizada para decidir consistiu na alegação da própria competência atribuída ao tribunal pela CRFB/88.

A discussão entre os ministros da casa no julgamento da ADI 4.029/DF, que discutiu a constitucionalidade da criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, demonstra a ausência de pacificação sobre o tema entre os componentes do Tribunal.

O questionamento feito pelo ministro Gilmar Mendes sobre a admissão pelos demais ministros do controle dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência faz emergir o pensamento que parece ser comum entre os membros da Corte: o de que os requisitos de urgência e relevância elencados pelo artigo 62 da Constituição de 1988 são suscetíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário. O dissenso, no entanto, pode ser notado nas palavras do ministro Gilmar Mendes do ministro Luiz Fux, responsável pela relatoria do caso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência admite, como eu próprio admito, a possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos constitucionais de urgência e de relevância? O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sim, com toda certeza. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu também admito. Eu só temo que, talvez, o nosso escrutínio seja tendencialmente muito mais rigoroso do que aquele que determina a avaliação política. [...] O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - O que não pode é a Corte abdicar do poder de fazer a revisão judicial desses pressupostos constitucionais. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro, claro. O que eu estou dizendo, então, aqui, se quisermos ver: o exame tem que ser feito numa menor intensidade. Por quê? Porque há elementos, realmente, que aparecem, inclusive, na fundamentação, não é nada que é sonogado. [...] O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Acho que nós não podemos nem dizer que essa matéria é insindicável pelo Judiciário e nem dizer que o Poder Executivo não pode ter a sua apreciação própria da urgência e relevância. [...] (ADI 4.029 MC, rel. min. Luiz Fux, j. 08-03-2012, P, *Df* de 27/06/2012.). (BRASIL, 2017j, grifo nosso).

A leitura do inteiro teor do julgado acima, bem como da parte que se entendeu por bem destacar, ressalta a dificuldade encontrada pelos ministros no enfrentamento da matéria posta em discussão, eis que confrontados os limites da atuação do Supremo e a extensão da interpretação dada ao chefe do Executivo aos requisitos de urgência e relevância.

A irregularidade das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, especificamente na apreciação de seus requisitos de relevância e urgência e situações em que esse será exercido, permite que paire sobre a doutrina a incerteza e a insegurança jurídica, além de refletir na própria atuação dos chefes de governo na edição da norma provisória.

Há uma inclinação no Supremo Tribunal Federal no sentido de não intervir nos atos emanados pelo Presidente da República, principalmente naqueles que de alguma forma permitem que o governante interprete a norma para formação de seu juízo. Em descompasso com a independência de que é dotado cada um dos poderes, as decisões proferidas pela Corte têm se revestido por diversas vezes de certo viés político, que tem como objetivo garantir a pacífica convivência entre os poderes.

É por isso, que a análise das ementas de julgamento permite aferir uma forte tendência do Tribunal em apreciar os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias apenas quando ficar fortemente evidenciado o desvio de poder por parte do chefe do Executivo, principalmente quando se trata de excesso do poder de legislar e notória invasão da competência do Poder Legislativo.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 592.377 do Rio Grande do Sul, ao qual foi atribuída repercussão geral, o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo quinto da MP 2.170/01, sob o argumento de que a declaração da invalidade do ato deve ser feita quando cabalmente demonstrada a inexistência dos requisitos de edição da norma.

Nesse sentido, o STF tem demonstrado certo receio em estabelecer limites à apreciação da urgência e relevância, já que seu posicionamento implicaria diretamente nos parâmetros de controle do próprio mérito administrativo e do juízo que o administrador público faz sobre os conceitos jurídicos indeterminados constantes da legislação brasileira.

A análise a ser feita pelo Supremo deve ser precedida de estreita observância às garantias conferidas ao representante da máquina pública, como também de acordo com a margem de atuação que lhe é conferida pelo ordenamento pátrio. Por isso, a excepcionalidade da apreciação dos requisitos de validade das medidas provisórias tem sido sustentada nos julgamentos prolatados pelo Poder Judiciário.

A tese que atualmente vige no STF é a de que o controle de constitucionalidade das medidas provisórias, através da verificação da existência de seus requisitos, poderá ser realizado por esse tribunal, já que a sua apreciação integra a competência do órgão em garantir a efetivação da supremacia constitucional.

Entretanto, a confirmação da constitucionalidade ou não da norma firmada pelos seus ministros sempre é seguida de expressões como, “de forma excepcional”, “casos excepcionalíssimos” (ADI 2.527, RE 526353), “excepcionalmente” (ADI 5365) e “inexistência cabal” (RE 592377), o que atesta a atipicidade da atuação judiciária, não obstante ser o controle de constitucionalidade das normas uma de suas funções características.

O que se pode perceber, por intermédio da análise dos posicionamentos que têm sido firmados pela Corte, desde o surgimento de normas de caráter excepcional cuja competência é atribuída aos chefes de governo, é que há uma certa resistência por parte do Poder Judiciário em exercer o controle dos atos emanados pelo Poder Executivo, ainda que isso afronte substancialmente seu dever de defesa da legalidade.

Sobre o assunto disserta Clèmerson Merlin Clève:

Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes. (CLÈVE, 2010. p. 178-180).

O posicionamento de apreciação residual apresentado pelos componentes do Supremo decorre da sua vontade de preservar em máximo grau a autonomia dos poderes e sua independência na tomada de suas decisões. A lógica do pensamento, segundo o tribunal, seria o princípio da separação dos poderes.

Acontece que a opção feita pelo Supremo em analisar excepcionalmente a constitucionalidade das medidas provisórias parece não ser a mais acertada e garantidora da soberania da legalidade, tampouco condizente com os princípios que regem a democracia brasileira e, principalmente, com as normas constitucionais que lhe atribuem a função precípua e privativa de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais ao texto da norma maior.

Isso porque, não pode a Corte Constitucional brasileira, para fundamentar sua omissão no controle dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, principalmente os decorrentes da atividade executiva, valer-se princípio da separação de poderes, já que estaria utilizando da base de construção da estrutura do Estado para furta-se de sua competência.

Além disso, o estudo e observação dos pronunciamentos jurisdicionais levam à conclusão de que a excepcionalidade apontada

pelo STF na apreciação dos requisitos de urgência e relevância implicam em violação da garantia constitucional constante do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, que prevê a inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça a direitos pelo Poder Judiciário.

O acesso ao Judiciário, direito fundamental, é afrontado diretamente pela opção tomada pelo guardião da constituição no sentido de que a apreciação da juridicidade das medidas provisórias deverá ser feita de forma residual. Não é possível conceber que o órgão máximo de atuação judicial no ordenamento brasileiro deixe de exercer sua função precípua e de conferir à sociedade a tutela necessária à garantia de seus direitos, uma vez que a manifestação do Poder Judiciário sobre determinada matéria tem o condão de direcionar a atuação dos demais poderes e, ainda, tem por consequência a pacificação da matéria no ordenamento jurídico.

Valendo-se da possibilidade de apreciar a existência dos requisitos de relevância e urgências das medidas provisórias, de forma excepcional e residual, o Supremo Tribunal Federal legitima a conduta do chefe do Executivo tendente a regulamentar situações que não coadunem com a destinação da espécie normativa.

As decisões proferidas pelo STF têm exaltado a insegurança jurídica que tem se alastrado pelo país, na medida em que, enquanto os cidadãos são atingidos diretamente por uma norma dotada de alto nível e subjetividade, decorrente de procedimento legislativo atípico e que produz efeitos imediatos, o responsável pela fiscalização da adequação da norma à Constituição prefere se abster de exercer ativamente sua função primeira.

A atuação do STF tem feito com que o chefe do Poder Executivo exceda os limites de sua atuação legislativa e até mesmo interpretativa. A sua atuação tem se resumido aos casos em que a presença dos requisitos de edição norma são cabalmente demonstrados ou em que sua ausência se apresenta evidente.

Assim, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é permeado de inconstitucionalidade. A interpretação pela residualidade do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, no que diz respeito à verificação da existência de fato urgente e relevante que sustente a sua edição, é violadora da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

Sobre a necessidade da tutela jurisdicional o ministro Celso de Mello pontuou:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. (ADI 2.213 MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002) (BRASIL, 2017k).

O posicionamento que melhor coaduna com o sistema jurídico brasileiro é, sem dúvida, aquele em que o princípio da sindicabilidade se faz presente e proporciona aos membros do Poder Judiciário uma atuação ativa na defesa da separação dos poderes e que garanta a atipicidade da edição das medidas provisórias.

A sindicabilidade judicial deve ser utilizada pelo Poder Judiciário como um dos instrumentos de efetivação de sua competência em garantir a ordem constitucional. Através da apreciação dos atos administrativos discricionários, mediante a análise de sua compatibilidade com os princípios e normas constitucionais, o Supremo Tribunal garante a estabilidade e a supremacia da Constituição e, de forma direta, evita a lesão a direitos dos cidadãos brasileiros, garantindo as prerrogativas privativas do Poder Legislativo.

Ademais, a sindicabilidade corrobora com a efetivação do sistema de freios e contrapesos, reafirmando o papel que deve ser exercido pelo Judiciário: o de garantir da ordem democrática e assegurar a legalidade.

Não há excesso de competência quando o Poder Judiciário exerce sua função precípua e fiscaliza a atuação do Poder Executivo. O que acontece, na verdade, é a atuação do órgão responsável pelo controle da adequação das normas editadas pelo legislador ordinário e atípico com a lei que estrutura o Estado, a fim de que evitar que a função legislativa seja usurpada e que a atipicidade da conduta executiva se torne regra.

A despeito do que tem sido sustentado por parte da doutrina, não há qualquer violação ao princípio da separação dos poderes ou ao juízo de conveniência e oportunidade (mérito administrativo) que é feito pelo chefe do Executivo, sendo o controle de constitucionalidade das medidas provisórias o verdadeiro exame do cumprimento do dever discricionário de garantir o interesse público e social atribuído aos governantes na regulamentação de situações dotadas de excepcionalidade e cuja normatização seja de tamanha importância que não possa se submeter ao lapso do tempo.

5. Conclusão

Regressando à problemática do estudo, qual seja: *como o Poder Judiciário brasileiro tem controlado a constitucionalidade*

das medidas provisórias? O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido suficiente para garantir a supremacia constitucional?, tem-se por certo que as medidas provisórias representam, no ordenamento jurídico brasileiro, a máxima da efetivação da teoria da separação dos poderes consolidada pelos ensinamentos de Montesquieu e a base de toda a estrutura democrática que rege o país e que se consolida pelo texto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A possibilidade de os três poderes exercerem funções atípicas e, ao mesmo tempo, serem dotados de atribuições de caráter privativo, reafirma o objetivo sob o qual tem se desenvolvido o regime constitucional brasileiro, a supremacia da vontade popular.

Pela análise das medidas provisórias permite-se afirmar que o instituto representa, para o direito brasileiro, a efetivação da independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, dessa forma, o exercício da autoridade de um poder sobre outro, com o objetivo de proclamar a soberania constitucional.

A edição de normas de caráter provisório, que permitem ao chefe do Poder Executivo garantir a efetivação do interesse público demandada pela ocorrência de uma situação urgente e relevância que não ocorreria através do procedimento legislativo ordinário, é de extrema importância no Estado Democrático de Direito, apresentando a evolução do sistema constitucional que o rege.

A efetivação e concretização da vontade do constituinte originário depende, contudo, da atuação conjunta de todos os poderes que estruturam a democracia brasileira, na medida em que só se pode falar em exercício atípico de funções quando há a possibilidade de fiscalização por parte dos outros poderes, com o objetivo de garantir a estabilidade das instituições e a obediência ao sistema de freios e contrapesos.

Nesse contexto é que a medida provisória, espécie normativa decorrente da excepcional conduta normativa do chefe do Executivo,

deve passar pelo crivo dos poderes Legislativo e Judiciário. Sem dúvida, o controle de constitucionalidade das medidas provisórias pode ser visto como a balança da justiça em pleno equilíbrio.

Acontece que, no Brasil, sua história não tem refletido o intuito de sua criação, já que a edição de normas pelos chefes do Poder Executivo tem sido sinônimo de descumprimento das normas constitucionais e violação da competência do Poder Legislativo.

Isso se deve, principalmente, pelo fato de que o poder político tem exercido forte influência sobre a atuação do Legislativo, a quem cabe a primeira verificação da existência dos requisitos de urgência e relevância; e alcançado o Judiciário, que por meio da fixação do entendimento de controle excepcional da constitucionalidade das medidas provisórias tem se furtado de sua competência basilar.

Por isso, a pesquisa objetivou ressaltar a necessidade de atuação ativa e constante do Poder Judiciário na apreciação das normas decorrentes de um juízo interpretativo do chefe do Executivo sobre requisitos constitucionalmente impostos.

Conclui-se que é patente a necessidade de revisão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que sejam cumpridas integralmente as disposições constitucionais, precipuamente a que diz respeito à apreciação, pela Justiça, da lesão e ameaça de lesão a direitos.

6. Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo; LIMA, Eduardo Martins de. (Coord.). *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 293*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000036089&bas_e=baseAcordaos>. Acesso em: 24 out. 2017a.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 24 out. 2017b.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *MS 47208*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20691201/reexame-necessario-em-mandado-de-seguranca-ms-47208-sc-2011004720-8-tjsc>>. Acesso em: 24 out. 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. *ADI 1.717-6*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322763119/recurso-de-revista-rr-11975020115140402/inteiro-teor-322763141>>. Acesso em: 24 out. 2017d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 221-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=347483>>. Acesso em: 24 out. 2017e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.717-6*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=347229>>. Acesso em: 24 out. 2017f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 162-1*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=266229>>. Acesso em: 24 out. 2017g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.527-9*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>>. Acesso em: 24 out. 2017h.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.213-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 24 out. 2017i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.029*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 24 out. 2017j.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 2.213-0*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>. Acesso em: 24 out. 2017k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em ADI 5365*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307860350&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017l.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.365*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307860350&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017m.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 526.353*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9541588>>. Acesso em: 24 out. 2017n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.377*. Ementário de jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8051145>>. Acesso em: 24 out. 2017o.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS. Uadi Lammego. *Curso de Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHIESA. Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

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

CRUZ, Fabrício Bittencourt da (2016). *A efetividade da Constituição Federal de 1988 quanto à delimitação do poder de edição de medidas provisórias*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/sindicabilidade-do-merito-administrativo/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

GILMAR, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GILMAR, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATTOS, Marcos Roberto Gomes de. O Controle dos poderes Executivo e Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 234, p. 231-260, out. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45157/44809>>. Acesso em: 16 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>>. Acesso em: 16 set. 2017.

ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de constitucionalidade das medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Artigo recebido em: 5/8/2018

Artigo aprovado em: 20/9/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180013