

# Medida provisória legislativa

José Mendonça de Araújo Filho

## Sumário

1. Introdução. 2. Instrumentos Processuais de Emergência de que dispõem as Funções Judiciária e Executiva. 2.1 Instruções Processuais de Emergência. 2.2 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Judiciário. 2.3 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Executivo. 2.4 Dos Efeitos Práticos dos Instrumentos Processuais de Emergência. 3. Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Legislativo. 3.1 Da Medida Provisória Legislativa. 4. Da Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

A partir do momento que o homem passou a viver em sociedade, à conta de sua carência primária, tornaram-se necessárias formas de organizações humanas bem simples, até como fator de uma convivência mínima. Neste contexto surge o Estado, tal como é conhecido hoje e num nível de complexidade que merece uma análise mais detida, com enfoque especial para sua relação com o indivíduo e com os grupos sociais.

A relação do Estado com o indivíduo e a sociedade demanda maior atenção porque vai apontar não apenas o modo como cuida dessas gentes, mas como gere seu dia a dia.

Neste estudo urge se ater ao modelo de Estado moderno e conhecido no mundo ocidental, concebido como Estado de Direito, o qual basicamente é marcado pela liberdade e o exercício do poder pelo próprio povo, não olvidando, por certo, outros direitos naturais.

José Mendonça de Araújo Filho é servidor de carreira do Senado Federal, atuou na Advocacia-Geral do Órgão, ocupou a função de Consultor-Geral do Prodasen e atualmente compõe a assessoria do Primeiro-Secretário, Senador Romeu Tuma.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. PAULO FERNANDO MOHN E SOUZA.

Pois bem, dentro da realidade ocidental, em particular do Brasil, encontra-se um Estado arquitetado sob a égide da teoria de Montesquieu (com méritos a Locke), fundado na tripartição do poder. E aqui vale uma correção da doutrina, pois a melhor exegese desta é a organização do Estado não em três poderes, mas por três funções, haja vista o poder ser único.

As três funções são por todos bem conhecidas, fala-se da função legislativa, que rege as relações para o futuro, as ações que devem ser tomadas pelo organismo social ou mesmo delas se abster; da função executiva, que rege o presente, executando as ações do Estado sob o pálio da lei; e a função judicial, que se manifesta sobre o passado, sobre a ação ocorrida. De maneira sucinta, este é em poucas e breves palavras o Estado brasileiro.

Buscar-se enfrentar nesse trabalho o importante papel da função legislativa, notadamente quando esta é convocada a ter plena atuação em situações consideradas de emergência e de grande clamor público. Haveria instrumentos hábeis à disposição?

De posse dessa realidade introdutória é de todo conveniente promover análise sobre como é exercida cada uma dessas funções no cotidiano das pessoas.

## *2. Instrumentos Processuais de Emergência de que dispõem as Funções Judiciária e Executiva*

A Constituição Federal traça a organização do Estado e isso compreende desde o seu nome até a sua composição (arts. 20/47).

Com os poderes (funções) não é diferente, a Carta Maior descreve cada um *per se* e delimita-lhes as divisas, não sem antes firmar que eles são independentes e harmônicos entre si. Esta é uma regra de ouro constitucional (art. 2º).

A Lei Maior não descarta, ainda, de dispor da defesa do Estado e das instituições democráticas (arts. 136/144).

Relembra-se tudo isso para se ter firme que o Estado, cada dia mais demandado, e, portanto, mais carente em modernizar-se, tem a urgente necessidade em aparelhar-se, adequadamente, para situações hodiernas, em especial, para aquelas mais emergentes. Opta-se neste trabalho por estudar os instrumentos do Estado voltados a atender os rogos urgentes, os quais, indubitavelmente, colocam o representante do Estado de plano em uma situação por demais delicada.

A atuação do Estado dentro dos limites previsíveis e rotineiros é por demais confortável, mas o confronto com as surpresas da variabilidade da própria vida, mormente de uma sociedade complexa e dinâmica como a nossa, exigem, e muito, do agente público e/ou político, uma forte atuação no campo do poder discricionário, ou seja, dele muito se cobrará uma atitude firme e zelosa dentro dos princípios constitucionais, haja vista que serão estes seus únicos meios e instrumentos numa situação como a aqui descrita.

Pensando nisso, tanto o constituinte, como o legislador ordinário, procuraram dotar o Estado de mecanismos para esses momentos. Por certo não previram todos eles, nem haveria como, mas minoraram a esfera discricionária do agente estatal, numa clara afirmação da vontade em se dar fiel cumprimento ao princípio-mor da legalidade e capitulado no artigo 5º, II da Carta Política, de 1988. Segundo este vetor magno, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Para o Estado significa, poder fazer apenas aquilo que a lei permite.

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles temos que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim. (1989, p. 78).

O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (1997, p. 35) fazendo referência à lição acima do Professor Hely, reforça que:

Não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio, que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, englobando, é certo, seus agentes. Tanto isso é verdade que o mesmo doutrinador com precisão assinalou: 'A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza'.

A última frase sintetiza, excelentemente, o conteúdo do princípio da legalidade.

O publicista Diógenes Gasparini (1993, p. 6) adverte que "com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei e qualquer desvio de suas imposições pode nulificar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente".

### *2.1 Instruções Processuais de Emergência*

Mas como ficou registrado, e convém lembrar, o Estado rege-se por três funções bem nítidas e importantes, e no pleno exercício de cada uma delas ele enfrentará as situações de emergência ou urgência conforme normas preestabelecidas. Infelizmente, pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, nem todas elas podem dispor de instrumentos hábeis a favorecer uma pronta resposta nessas oportunidades.

Impõe estudar cada uma de *per se*, deixando a função legislativa para análise derivada.

A função jurisdicional está bem definida nos artigos 102, 105, 108, 109, 114 e 124,

da Constituição Federal, e há todo um arcabouço legal que define a competência do magistrado em seu mister.

O Código de Processo Civil, em particular, é a maior compilação nacional a estabelecer os procedimentos que devem ser adotados nas mais diversas situações do cotidiano dos particulares e até do Estado em relação a estes. Interessa atentar, como dito acima, o enfrentamento dos casos segundo a ótica de emergência e risco.

#### *2.1.1 Oportunidade da Medida Cautelar*

Os artigos 796 a 889, do estatuto processual indicado, cuidam das Medidas Cautelares e logo em seus primeiros dispositivos é possível ler que, "além dos procedimentos cautelares específicos... poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798). Completa o legislador citado que "poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor prestação de caução" (art. 799). Essa ação preventiva poderá ocorrer, igualmente, mesmo depois de proposta a ação principal.

O artigo 273, do mesmo CPC, é bem enfático ao prescrever:

O juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

#### *2.1.2 Do Objetivo Assecuratório da Medida Cautelar*

Na hipótese das medidas cautelares o Código de Processo Civil cuidou em asse-

gurar o efetivo cumprimento do resultado advindo com a ação principal, ou seja, aquela que abriga a discussão de mérito e recebe a sentença. De outra banda, a tutela antecipada, como o nome deixa antever, representa a antecipação de parcela do mérito, ou seja, do direito material alegado pelo autor. Em síntese, enquanto na antecipatória há como concedido parte do direito pleiteado, na medida cautelar isso não ocorre, mas apenas a garantia de utilidade e certeza do cumprimento efetivo da sentença de mérito quando proferida.

## 2.2 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Judiciário

### 2.2.1 Medidas Cautelares e Antecipação de Tutela

O juiz do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Doutor Teori Albino Zavascki, ao traçar um interessante paralelo entre as medidas cautelares e a recente tutela antecipada, afirma que o:

Que se operou, inquestionavelmente, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas, que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não caberão em ação cautelar, podendo ser, ou melhor, *devendo* ser reclamadas na própria ação de conhecimento, exceto nos casos, raros, já referidos, em que a lei expressamente prevê ação autônoma com tal finalidade. Postulá-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o art. 273 do Código de Processo Civil, que, para satisfazer antecipadamente, supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre *prova inequívoca* (1997, p. 45).

O juiz federal, citado no parágrafo anterior, em breve resumo assevera que:

Há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. Mas há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória (1997, ps. 47/48).

### 2.2.2 Liminares em Ações Autônomas

A Lei do Mandado de Segurança, nº 1.533/51, é outra boa fonte de consulta para o tema em foco. Seu artigo 1º define que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que autoridade for ou sejam quais forem as funções que exerça”.

Cotejando ambos os institutos citados, a tutela antecipada e a liminar em mandado de segurança (art. 7º, da Lei do Mandado de Segurança), podemos verificar que não há diferença substancial entre um e outro. Acresça-se até, sob a lição do magistrado indicado linhas atrás, que “o art. 7º da Lei do Mandado de Segurança não constitui empecilho à antecipação da tutela em outro momento processual que não o do despacho da inicial. Aplicam-se, aqui, inteiramente, as regras e princípios do procedimento comum ordinário”. (ZAVASCKI, 1997, p. 194)

Colhe-se que a prestação jurisdicional, mais precisamente, a função de prestar o direito ao caso posto ao Judiciário, dispõe

de ferramentas bem completas, atuais e eficientes a socorrer as vítimas quando se deparam com as inesperadas agruras da vida e não só para os episódios de normalidade quanto de excepcionalidade, como no caso de uma situação de risco iminente.

É possível assim dizer que a função jurisdicional detém os melhores meios e condições de atender aos mais variados reclames da sociedade, notadamente para aquelas hipóteses de elevado risco ou urgência em uma imediata resposta do Poder Público, seja antes ou até mesmo depois de proposta a ação principal. O juiz para o cumprimento de seu múnus poderá inclusive, valer-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito. Descreve a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/42), em seus artigos 4º e 5º respectivamente que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

### 2.3 Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Executivo

#### 2.3.1 Das Medidas Provisórias

Em seu quadrante, a função de executar, própria do Executivo, tem a relevante missão de pôr em prática o que determina a Lei Maior e as normas infraconstitucionais.

A Carta Política de 1988, por seus artigos 76/91, distingue detalhadamente a competência do Poder Executivo, sendo que o artigo 84, XXVI define que “compete ao Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62”. Este dispositivo constitucional a seu turno exara que “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”.

A medida provisória está capitulada entre as normas decorrentes do processo le-

gislativo (art. 58, V, da Constituição Federal de 1988), e como lido, tem cabimento para os “casos de relevância e urgência”.

O distinguido professor e doutor Alexandre de Moraes as compara aos antigos decretos-leis e menciona como sua origem a Constituição italiana (art.77). É ele quem descortina de forma apropriada a este estudo que:

Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar essa situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano. (2003, p. 1121)

O ministro do STF, Celso de Mello, em voto lapidar sobre a natureza jurídica da medida provisória decretou, *verbis*:

As medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infraconstitucional, dotadas de força e eficácia legais (...) O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa (...) O que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público.

### *2.3.2 Medidas de Poder de Polícia e Contratos Administrativos*

No âmbito da Administração seria possível citar um grande número de medidas de emergência (cautelares) utilizadas pelo agente público em nome do interesse público, com forte acento no exercício do poder de polícia, *e.g.*, embargo de obra considerada perigosa, podendo assinalar, também, outras decorrentes da gestão da coisa pública.

Aqui vale abrir um parêntese para conferência do lúcido conceito de poder de polícia proferido pelo professor Hely (1989, p. 110), segundo ele representado pela “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Poderiam ser citadas, ainda, as hipóteses de revogação de contratos firmados pelo Poder Público com os particulares “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. (artigo 49, *caput*, primeira parte, da Lei nº 8.666/93).

### *2.4 Dos Efeitos Práticos dos Instrumentos Processuais de Emergência*

Portanto, não fica difícil de divisar que os efeitos práticos dos instrumentos processuais destinados às ocasiões de emergência e risco são de ingente valia para o dia-a-dia das pessoas que freqüentemente estão se deparando com casos desse jaez.

Como registrado linhas acima, a vida humana não segue um padrão, mas revela um turbilhão de mudanças que vez ou outra coloca o cidadão de frente com realidades impensáveis e que dele exigem uma pronta resposta. O exemplo a ser trazido é o do contribuinte que se vê compelido a recolher um tributo inconstitucional e para evitar a ação deletéria do Estado sobre seu patrimônio impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, para conter o Erário.

O exemplo escolhido atraiu a necessidade do exercício da função jurisdicional, quanto identicamente, da função executiva, eis que o exator foi obrigado a valer-se de medida extrema diante do Poder Judiciário para cancelar a ação do Estado sobre seus bens e o próprio Estado abster-se de recolher o imposto, numa clara atitude executiva, à conta da ordem judicial.

Como já ficou expresso, o legislador, por mais alerta que esteja para os problemas de seus representados, jamais terá condições de legislar integralmente sobre a solução daqueles, até por sua limitação humana. Ciente disso ele aperfeiçoou as funções judiciária e executiva com as medidas cautelares, marcadamente assecuratórias, e também com a antecipação da tutela, mandado de segurança e com o poder de polícia da Administração.

### *3. Das Medidas de Emergência no Poder (Função) Legislativo*

A pergunta que se faz agora é quanto à função legislativa. Qual ou de quais medidas dispõe para enfrentar situações de emergência ou urgência? Como visto há pouco, as outras duas funções do Estado têm seus meios para atender as demandas de risco iminente, ao passo que a função legislativa não dispõe de um instrumento hábil e eficaz nesse sentido. É disso que se tratará com mais vagar ao ser abordado sobre a Medida Provisória Legislativa.

Ao se fazer uma incursão no Título IV, artigos 44/75, da Constituição Federal, não será possível detectar uma medida de natureza cautelar à disposição do Congresso ou de quaisquer de suas Casas, para suprir as necessidades de uma situação de emergência ou risco. Algo próximo disso, mas que se apresenta de uma maneira ainda muito tímida, diz respeito ao poder de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito e próprio das autoridades judiciais. (artigo 58, § 3º).

A se comparar os casos de urgência e perigo submetidos ao crivo das funções ju-

diciária e executiva com aqueles da legislativa, de antemão será percebida a grandeza da responsabilidade desta última, sem desmerecer, por óbvio, as duas primeiras.

A função legislativa tem por fito a solução dos problemas nacionais, tanto quanto internacionais envolvendo os interesses do País. Só essa realidade leva a todos raciocinar o quanto é séria e ingente a responsabilidade do Legislativo e adicionando-se o chamamento deste para resolver os conflitos emergentes e de risco, faltarão números para dimensionar sua missão.

O que não se pode é descurar que o Legislativo tem um público alvo bem maior que o Executivo e o Judiciário e, mesmo sem insinuar uma menor grandeza destes, sua atuação tem que ser exemplar em qualquer hipótese, notadamente nos casos de emergência ou perigo.

Ocorre que o Legislativo, pela ausência de mecanismos próprios para esses momentos de forte clamor público, iminente perigo ou emergência, à exemplo das cautelares, antecipatórias e liminares, termina por editar normas ou que chegam tarde para socorrer o problema posto ou, muitas das vezes, desprovidas dos comandos esperados pela comunidade que a aguarda ansiosa. O primeiro e negativo resultado prático disso é o descrédito do Parlamento, o que não é saudável para o estado de direito, muito menos para o País.

Não é raro assistir o Congresso parar o curso de seus trabalhos para ter que legislar sobre um tema que ocupa a mídia e preocupa a sociedade naquele momento. Na maioria das vezes o ponto em discussão não possuiu nenhuma previsão legal, carecendo ser normatizado o mais rapidamente possível. É o que chamamos de crise do vácuo legal.

Assim como o juiz não pode deixar de julgar, o mesmo vale, e com mais intensidade, para o legislador, ou seja, este não pode deixar de legislar, e com mais cuidado nas hipóteses de risco e emergência. Ademais a função de legislar é um serviço público em altíssima conta e não pode sofrer, de forma

alguma, solução de continuidade. Poder-se-ia dizer que lança aqui suas raízes o Princípio da Continuidade do Serviço Público.

De uma sorte ou de outra, a população costuma ser mais exigente e crítica nas oportunidades descritas no parágrafo anterior, em relação à função precípua do Legislativo, notadamente os grupos de pressão, essencialmente representados por aqueles que sofrem a angústia pela ausência da norma. Em casos tais, ou o Congresso presta uma pronta resposta à sociedade ou corre o risco de ser denominado de inoperante e outros adjetivos mais.

De outra banda, se na hipótese citada o Legislativo se vê compelido à prestação legislativa imediata, não pode perder o foco de sua responsabilidade quanto ao processo legislativo, o qual, por enquanto, não aparelha o legislador com instrumentos para o embate de uma situação de emergência e risco. Impõe, pois, a criação de um devido processo legal suficiente a gerar uma medida urgente, segura e efetiva como resposta rápida às ocasiões de emergência e perigo.

### *3.1 Da Medida Provisória Legislativa*

É desejo, nesse momento, apresentar como sugestão de solução para o preenchimento desse hiato processual, no âmbito da função legislativa, o que se resolveu chamar de medida provisória legislativa, para diferenciar daquela baixada pelo Presidente da República.

Antes de mais nada, a medida provisória legislativa tem que apresentar fina sintonia constitucional, profundo respeito aos princípios norteadores do Direito e primar pela simplicidade, sem perder de vista o prestígio que se deve dar à eficiência e eficácia. Deverá ter o condão de ser expedita, constitucional e muito eficiente para atender a demanda do povo, sob pena de fracassar antes de ter nascido para o mundo jurídico.

Feita a apresentação do projeto do novo instituto normativo cabe agora traçar algumas considerações a propósito dele.

### 3.1.1 Da Natureza Jurídica da Medida Provisória Legislativa

Quanto a sua natureza jurídica, a medida provisória assinala com traços de uma ação acautelatória e preparatória, seguindo, assim, a mesma trajetória de sua co-irmã, a medida provisória do Executivo, a qual, segundo o Ministro Celso de Mello, justifica-se quando “há fundado receio, segundo o Presidente da República, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público”. Explica-se.

A natureza assecuratória da medida provisória legislativa é imanente à situação de risco e emergência posta à responsabilidade do legislador que, não podendo esperar pela conclusão do complexo processo legislativo, diante do clamor público a uma demanda iminente, se vê obrigado a tomar uma ação preventiva, com valor de norma, até que esta receba a análise final através do devido processo legal.

A ação efetiva do legislador frente a uma situação de risco e emergência sempre poderá ser vista como uma atitude imprópria, eis que, poderá suscitar o debate sobre a possibilidade de serem editadas normas de “conveniência” e, portanto, absolutamente íntimas apenas daquele fato isolado que a gerou. Em outras palavras, seria uma precipitação do legislador exercer seu múnus de forma açodada, pois o fruto dessa investida poderia ser uma norma inconseqüente.

Com a devida licença, não nos parece o raciocínio mais consentâneo com os fins da medida provisória legislativa, haja vista que, à luz de seu próprio nome, ela seria “provisória” até merecer a redação final após o crivo do processo legislativo próprio. E nesse passo é encontrado o segundo elemento que compõe a natureza jurídica da medida provisória legislativa.

A natureza preparatória deste instituto jurídico proposto está justamente nessa vocação de intervenção anterior à norma definitiva. Nos moldes das cautelares, a medi-

da provisória legislativa também age de maneira preparatória, garantindo uma segurança futura.

### 3.1.2 Da Medida Provisória (art. 62, da CF/88) x Medida Provisória Legislativa

Trazendo de volta o disposto no artigo 62, podemos ler naquela passagem da Carta Política Maior que “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”.

O mesmo artigo, seguindo sua finalidade, discorre sobre o processo legislativo específico para as medidas provisórias e estabelece seus limites. Indaga-se, então, se o desiderato primordial da função executiva não é legislar, sendo este apenas um aspecto secundário de sua incumbência constitucional, onde estaria a inconveniência da função legislativa ser exercida pelo próprio Parlamento em sua plenitude, mormente nas situações de risco e urgência? Ora, como alertado pelo Ministro Celso de Mello, se a medida provisória tem o mesmo elemento teleológico da cautelar, ou seja, de evitar a grave lesão, de difícil reparação ao interesse público, pela demora na prestação do Estado, com mais ênfase deverá ter a medida provisória legislativa, por incontestável vocação constitucional para esse mister.

Entendemos que, com mais razão, é crucial que o Legislativo, antes mesmo do Executivo – como de sorte previu Montesquieu – atue cautelarmente, assegurando à sociedade uma resposta imediata em seus momentos de dificuldade e quando ela está mais necessitada e sensível.

### 3.1.3 Medida Provisória Legislativa, uma Matéria de “Lege Ferenda”

O Brasil tem muito a que se orgulhar de sua democracia, entretanto, não podemos perder de vista que ela ainda se encontra em processo de constante amadurecimento. A medida provisória legislativa, como norma a ser criada, viria aproximar ainda mais

o Legislativo do povo brasileiro, e contribuiria, e muito, como dito, no restabelecimento definitivo da confiança deste em sua Casa parlamentar.

Nada impediria, antes se recomendaria, que a medida provisória legislativa viesse ao ordenamento constitucional na conformação de sua irmã a medida provisória do Executivo, guardadas as devidas diferenças, por óbvio. Estamos falando, portanto, da inserção na Carta Magna de um artigo próprio para a medida provisória legislativa.

A medida provisória legislativa teria um papel importantíssimo a ser cumprido, eis que representaria a primeira e imediata impressão do Congresso Nacional sobre um fato marcante no cenário nacional e de relevância e urgência para o País. Sua edição necessariamente não afastaria a função executiva, ainda que pela dicção de uma medida provisória, posto que a Constituição estipularia de forma nítida quando uma e outra, ou até mesmo ambas, teriam seu lugar.

Não se pode olvidar o velho brocardo jurídico de “quem pode o mais pode o menos”. Posto assim, se ao Legislativo é dado legislar, nada mais legítimo do que ter sua própria medida provisória legislativa. É digno de apontamento o fato de estranhar-se o porquê de não ter ele contado com este instrumento desde a promulgação da Carta Cidadã em 1988.

### *3.1.4 Da Legitimidade Constitucional da Medida Provisória Legislativa*

Outro aspecto igualmente relevante é vislumbrar, ainda, a legitimidade maior da medida provisória legislativa frente a sua co-irmã do Executivo. O Chefe maior do Executivo é eleito para gerir e administrar o País, ao passo que os congressistas para legislar. Partindo dessa realidade, não fica difícil perceber que a medida provisória legislativa estaria partindo de quem originariamente tem a competência magna para legislar e, dessarte, representaria melhor a vontade popular.

Até o Poder Judiciário tem legislado em caráter emergencial, seja quando decreta para os casos concretos posto a sua consideração, seja quando decreta a inconstitucionalidade de uma lei (artigo 102, I, a; 102, § 2º c/c 52, X, da Constituição Federal de 1988), assim, nada justifica fique mais o Legislativo sem a medida provisória legislativa.

Recorde-se que a medida provisória legislativa seria apenas provisória, nada além disso, e que tão logo cumprida sua missão imediata, tanto ela como seus efeitos seriam submetidos ao processo legislativo ordinário ou até mesmo constitucional, a critério do Parlamento.

Acredita-se que a medida provisória legislativa seria cabível em quaisquer daquelas hipóteses em que os parlamentares têm competência para apresentar projeto de lei e que o caso vertente fosse marcado pela relevância e urgência. E esse juízo de valor não seria nenhuma dificuldade para o legislador, como é possível conferir pelo exarado no artigo 57, § 6º, II, da Lei Maior.

### *3.1.5 Da Competência para expedir a Medida Provisória Legislativa*

Quanto ao titular da edição da medida provisória legislativa, esta função poderia estar vinculada ao Presidente do Congresso Nacional ou até mesmo de um colegiado composto por notáveis representantes do Legislativo federal que já tenham ocupado cargos de relevância em sua Mesa Diretora, *e.g.*, ex-presidentes do Congresso, da Câmara e do Senado. Seria uma espécie de Conselho composto por membros exclusivamente do Legislativo federal e com mandato coincidente com o das Mesas Diretoras da Câmara e Senado.

O Conselho ou o editor da medida provisória legislativa teria outra função primordial, qual seja, perscrutar se a norma a ser elaborada já não pertenceria ao mundo jurídico, o que poderia ser feito pelo próprio corpo de assessores das Casas legislativas e Secretarias-Gerais, como de resto, por toda

a estrutura hoje existente para a elaboração das demais normas de competência do Congresso Nacional.

Se a opção do legislador for o Conselho, este poderia espelhar-se, também, mudando o que tiver de ser mudado, na comissão que representa o Congresso Nacional nos períodos de recesso (artigo 58, § 4º, da Constituição Federal de 1988).

Como ficou registrado, a medida provisória legislativa exsurgiria no ordenamento legal brasileiro através de emenda constitucional apresentada por iniciativa de parlamentar e ato contínuo, poderia ser regulamentada por normas infraconstitucionais, a exemplo dos regimentos internos do Senado e Câmara. O que deveria ficar muito claro no texto constitucional é a natureza jurídica da medida provisória legislativa, repise-se, ser preparatória para norma futura e assecuratória de uma situação emergente e de risco, ou, em linguagem da própria Constituição, editada em casos de relevância e urgência.

### *3.1.6 Da Medida Provisória Legislativa como complemento ao Processo Legislativo Ordinário*

Numa atenção mais detida, em verdade, a medida provisória legislativa terminaria por representar um complemento do processo legislativo ordinário, haja vista que acresceria a este mais uma fase, frise-se, uma etapa prévia. Essa inovação, também por esse enfoque, seria de todo salutar para o País, pois estaria permitindo ao legislador uma fase a mais para seus estudos e preparação de uma norma mais consentânea com a realidade. Senão vejamos.

Num primeiro momento o legislador depara-se com o fato relevante e urgente, dispõe de forma a assegurar o interesse da sociedade e, com o tempo destinado pela lei e/ou Constituição, conclui sua missão com mais conhecimento, discussão e segurança. Logo, ao contrário do que poderia a princípio parecer, a medida provisória legislativa não viria como uma norma de conveniência, mas como uma ação preventiva e im-

portantíssima de nosso Congresso Nacional.

O verdadeiro Estado de Direito se faz com instrumentos hábeis a garantir ao cidadão o mínimo de dignidade e exercício de seus direitos, caso contrário é um Estado virtual e imaginário que, a cada dia, fica mais descreditado. O Congresso Nacional tem um papel fundamental para impedir que isso ocorra, e esse trabalho é uma pequena contribuição nesse sentido.

Se o processo é uma seqüência de atos visando um fim comum, o processo legislativo não transborda deste conceito, até o reforça com a idéia de contar com mais um procedimento que venha a ajudá-lo na produção e normas mais eficazes e realistas.

Essa é uma idéia que se traz à baila como uma oportunidade de discussão se, verdadeiramente, não é passada a hora do Poder Legislativo ter um instrumento eficiente na resposta às necessidades de seus principais alvos, o povo brasileiro e o País.

A mudança radical no modo de vida das pessoas é reflexo de um mundo cada mais veloz, exigente, medido pelo ponteiro dos segundos e décimos e, sem dúvida de errar, influenciando diretamente na maneira de ser das pessoas. Isso implica dizer que o Congresso hoje conta com um tipo de cidadão que exige dele muito mais do que no passado, e, certamente, ainda mais no futuro. Por isso mesmo deve contar com instrumentos hábeis a não decepcionar a nação.

A medida provisória legislativa, acreditamos, poderá ajudar, e muito, no grande objetivo da função legislativa, ou seja, atender plenamente a sociedade que a justifica.

Este instrumento, a ter endereço constitucional, ainda mais se justifica se lembrarmos que o Princípio da Legalidade é muito restritivo para o administrador e Administração, ou seja, “somente ser permitido fazer aquilo que a lei permite”, e como ficou averbado, nas hipóteses de risco e emergência, nem sempre há previsão legal de como agir.

#### 4. Da Conclusão

Em síntese apertada sobre a matéria é possível afirmar que o Estado brasileiro é dividido em 3 (três) funções bem definidas e não Poder. São elas as funções Legislativa, Executiva e Judiciária. A melhor doutrina ensina que a função legislativa rege as relações para o futuro, as ações que devem ser tomadas pelo organismo social ou mesmo delas se abster; a função executiva rege o presente, executando as ações do Estado sob o pálio da lei; e a função judicial se manifesta sobre o passado, sobre a ação ocorrida.

Certo é, o Estado tem uma grande parcela de atuação na seara do poder discricionário, eis que o legislador não tem como prever todas as situações a serem enfrentadas, principalmente naquelas de emergência e risco.

A seu turno, o Estado-Juiz tem a seu dispor para as ocasiões de risco e emergência as medidas cautelares, tutela antecipada, poder geral de cautela e liminares em ações autônomas e recursos.

À sua vez, o Estado-Administração tem a seu favor para as hipóteses de risco e emergência as medidas provisórias e o poder de polícia, além de outros instrumentos decorrentes da gestão da coisa pública.

Restou revelado que o Estado-Legiferante não dispõe de instrumentos hábeis para enfrentamento das circunstâncias que denotem risco e emergência.

Também não é dado perder de vista que a complexidade cada vez maior de nossa sociedade, torna-se imperioso que o Legislativo esteja mais atuante e entregue ao povo o que ele efetivamente precisa.

Assim como não é dado ao juiz deixar de julgar, não é dado ao legislador deixar de legislar.

Igualmente é verdade que a medida provisória legislativa, com sede constitucional, seria o instrumento expedito do Legislativo nos embates que compreendam situação de emergência e risco. Ela teria a dupla função acautelatória e preventiva. Acautelatória para as hipóteses de risco e emergência,

quando o legislador não tem como aguardar o desfecho do processo legislativo ordinário sem o perigo de sérios e graves danos e preparatória como ferramenta de intervenção anterior à norma definitiva.

Comparada a sua co-irmã do Executivo, a medida provisória legislativa gozaria até de maior legitimidade, haja vista sua gênese no Poder Legislativo.

Não é demais ratificar, a medida provisória legislativa teria lugar para quaisquer daquelas hipóteses que os parlamentares tivessem competência para apresentar projetos de lei e que o caso em análise fosse distinguido pela relevância e urgência.

Quanto ao titular da edição da medida provisória legislativa, esta função poderia estar vinculada ao Presidente do Congresso Nacional ou até mesmo de um colegiado composto por notáveis representantes do Legislativo federal que já tenham ocupado cargos de relevância em sua Mesa Diretora, *e.g.*, ex-presidentes do Congresso, da Câmara e do Senado. Seria uma espécie de Conselho composto por membros exclusivamente do Legislativo federal e com mandato coincidente com o das Mesas Diretoras da Câmara e Senado.

Por fim, a medida provisória legislativa seria, na verdade, uma fase anterior e complementar ao processo legislativo ordinário. Uma vez editada e com seus efeitos em vigor, poderia ser imediatamente submetida ao rito do processo legislativo comum ou outro a ser estabelecido pela Constituição Federal.

#### 5. Referências

Bandeira de Mello, Celso Antônio. - *Curso de Direito Administrativo* - 9ª ed. Revista e atualizada e ampliada - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

Gasparini, Diógenes. - *Direito Administrativo* - 3ª ed. Revista e ampliada - São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* - 14ª ed. Atualizada pela Constituição de 1988 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

Mello, Celso de. - *Revistas dos Tribunais de Justiça* 151/331.

Moraes, Alexandre de. - *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*- 3ªed. – São Paulo: Editora Atlas S/A, 2003.

Zavascki, Teori Albino. - *Antecipação da Tutela* - 1ª ed.: - São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

Constituição Federal de 1988.

Código de Processo Civil, 5ªed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.