



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Karolini Martins

Medidas Provisórias: uma análise dos requisitos relevância e urgência a partir dos princípios da administração pública

Florianópolis

2023

Karolini Martins

Medidas Provisórias: uma análise dos requisitos relevância e urgência a partir dos princípios da administração pública

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto

Coorientadora: Doutoranda Hélen Rejane Silva Maciel Diogo.

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Martins, Karolini

Medidas Provisórias : uma análise dos requisitos
relevância e urgência a partir dos princípios da
administração pública / Karolini Martins ; orientador,
Francisco Quintanilha Veras Neto, coorientadora, Hélien
Rejane Silva Maciel Diogo, 2023.

86 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito
Constitucional. 4. Medidas Provisórias. I. Veras Neto,
Francisco Quintanilha. II. Diogo, Hélien Rejane Silva
Maciel. III. Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduação em Direito. IV. Título.

Karolini Martins

Medidas Provisórias: uma análise dos requisitos relevância e urgência a partir dos princípios da administração pública

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 29 de junho de 2023.

Coordenação do Curso

Banca examinadora

Professor Francisco Quintanilha Veras Neto, Dr.

Orientador

Profa. Hélien Rejane Silva Maciel Diogo, Doutoranda

Coorientadora

Prof.(a) Bernard Constantino Ribeiro (FURG), Doutorando

Membro de Banca



Profa. Marcela Mascarelo, Mestranda

Membro de Banca



Prof.(a) Clementino Jr., Dr.

Suplente

Florianópolis, 2023.

Aos meus pais, por sempre acreditarem em mim.
Ao meu namorado, pelas incontáveis horas me escutando falar sobre o tema.
Ao Gabriel e à Marina, pela companhia.
E à Hélien, pela dedicação.

RESUMO

No presente trabalho, como objetivo geral, propõe-se analisar a aplicabilidade dos requisitos, relevância e urgência, previstos no caput do art. 62 da Constituição Federal, utilizados no exercício do instituto da Medida Provisória pelo Presidente da República, de modo a concretizar os princípios da Administração Pública. E, como problema decorrente desse objetivo, buscar-se-á responder de que maneira tais preceitos podem ser efetivamente aplicados. Para tanto, utilizou-se como base o método de pesquisa qualitativo, empregando como referências construções jurisprudenciais, bibliográficas e históricas. Dessa forma, ao decorrer do trabalho, investigou-se os elementos jurídicos e políticos das Medidas Provisórias e a sua natureza a fim de identificar uma forma viável de consubstanciação dos pressupostos, relevância e urgência, de maneira a mitigar a discricionariedade do Presidente da República e facilitar o controle exercido pelos demais órgãos, pertencentes ao Poder Legislativo e Judiciário. Assim, ao final da investigação, identificou-se a natureza legislativa-administrativa das Medidas Provisórias como regulamento administrativo autônomo com a possibilidade de ser convertido em lei, no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período. Com efeito, é possível a utilização de parâmetros pautados em princípios da Administração pública para a aplicabilidade dos requisitos, relevância e urgência, por serem considerados conceitos jurídicos abertos, impondo também que o Chefe do Poder Executivo Federal motive de maneira detalhada, no instrumento justificatório, todos os preceitos determinantes para a edição da Medida Provisória.

Palavras-chave: Medida Provisória; relevância e urgência; princípios da Administração Pública.

ABSTRACT

In this paper, as the general objective, it is proposed to analyze the applicability of the requirements — relevancy and urgency — provided in article 12 of the de Federal Constitution, utilized in the exercise of the Provisional Measure Institution by the President, in order to materialize the principles of the Administration. As a problem resulting from this objective, it will seek to answer how such precepts can be effectively applied. For that, the qualitative research method was used as a basis, using jurisprudential, bibliographical and historical constructions as references. Thus, during the course of this paper, the legal and political elements of the Provisional Measures were investigated in order to identify a viable way of consubstantiating the precepts — relevancy and urgency — to mitigate the President's discretion and facilitate the control exercised by the Legislative and Judiciary branches. Therefore, at the end of the investigation, the legislative and administrative nature of the Provisional Measures was identified as an autonomous administrative regulation with the possibility of being converted into law, within 60 days, extendable for an equal period. As a result, it is possible to utilize parameters based on the principles of public administration for the applicability of such requirements as they are considered open legal concepts, also imposing the chief of the federal executive branch to justify all the precepts for Provisional Measures issuances.

Keywords: Provisional Measure; relevancy and urgency; principles of public administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/1988 Constituição Federal de 1988

LINDB Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MP Medida Provisória

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O INSTITUTO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL.....	13
2.1 A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO BRASIL.....	13
2.2 A HISTÓRIA DOS DECRETOS-LEI NO BRASIL.....	18
2.3 A MEDIDA PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	22
2.4 A MEDIDA PROVISÓRIA E O DIREITO ITALIANO E ARGENTINO.....	29
3 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	33
3.1 A NATUREZA LEGISLO-ADMINISTRATIVA DA MEDIDA PROVISÓRIA.....	33
3.2 A MEDIDA PROVISÓRIA E OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS.....	46
4 OS REQUISITOS, RELEVÂNCIA E URGÊNCIA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	57
4.1 OS CONCEITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA.....	57
4.2 A RELEVÂNCIA E A URGÊNCIA CONJUGADA COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	63
4.3 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Prevista no artigo 62 da Constituição Federal, a Medida Provisória é um importante instituto para a solução e o remanejamento de problemas no campo econômico-social, nas hipóteses em que seria um risco esperar pela aprovação de uma lei através do rito comum, conferindo, por conta disso, ao Presidente da República, a possibilidade da edição de um ato normativo com força legislativa imediata, em caso de relevância e urgência.

Entretanto, desde a sua instauração, em 1988, as Medidas Provisórias vêm sendo instrumentalizadas pelo Chefe do Poder Executivo Federal a fim de satisfazer a sua agenda política, ao negligenciar a consubstanciação dos requisitos, relevância e urgência, essenciais para a edição desta norma.

Diante disso, buscar-se-á, no presente trabalho, como objetivo geral, analisar de que maneira a aplicabilidade dos requisitos, relevância e urgência, previstos no caput do art. 62 da CF, devem ser utilizados pelo Presidente da República, na elaboração de uma Medida Provisória, de modo a concretizar os princípios da Administração Pública.

A justificativa e a atualidade do tema encontram-se devido à ausência de definição constitucional dos requisitos, relevância e urgência, e a falta de unicidade acerca da natureza jurídica das medidas provisórias. Pois tais elementos facilitam a banalização deste instituto, ao dificultar o controle realizado pelos demais órgãos e permitir que o Presidente da República operacionalize tais requisitos de forma a se beneficiar.

A pesquisa teve como base o método qualitativo, utilizando-se de construções teóricas e críticas, com ênfase doutrinárias a respeito da aplicabilidade de princípios e fundamentos oriundos da administração pública na análise dos requisitos, relevância e urgência, na motivação de uma medida provisória e teses jurisprudenciais já elaboradas.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa exploratória, a qual, conforme Antonio Carlos Gil (2008), buscará modificar ou elucidar concepções já existentes, através de estudos de caso, levantamento documental e bibliográfico, sendo este último desenvolvido a partir de livros e artigos científicos já elaborados.

No que concerne a estruturação, o trabalho será dividido em três seções, a qual na primeira será realizado um exame político-normativo sobre os elementos que compõem as Medidas Provisórias, mediante um estudo histórico, jurídico e institucional acerca do instituto a fim de analisar, por um lado, os componentes que legitimam este instituto e, de outra forma, as características que contribuem para a sua banalização.

Na segunda seção será desempenhado um debate a respeito da Natureza Jurídica das Medidas Provisórias com o objetivo de demonstrar a sua característica legislo-administrativa, identificando, inclusive, similaridades com os regulamentos administrativos autônomos previstos no artigo 84, VI da CF.

Por fim, no terceiro e último capítulo, se procurará analisar a aplicabilidade dos requisitos, relevância e urgência, previstos no caput do art 62 da CF, de modo a concretizar os princípios da Administração Pública, principalmente a sua utilização na motivação de uma Medida Provisória.

2 O INSTITUTO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO BRASIL

Na presente seção, buscar-se-á realizar uma análise acerca dos dos elementos que compõem o instituto das Medidas Provisórias e os seus efeitos no Brasil após a edição da Constituição de 1988. Diante disso, será feita uma investigação acerca dos principais fundamentos de tal instituto, como a sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito, a sua forma de operação no sistema jurídico brasileiro e as suas problemáticas.

Assim, em um primeiro momento será estudado a separação das funções estatais e a necessidade da implementação das Medidas Provisórias como uma forma de solução imediata em certos eventos extraordinários. Por outro lado, será operado um exame político relativo à instrumentalização desta espécie normativa pelo Presidente da República e as eventuais perturbações que possam causar no âmbito jurídico e institucional, em especial, através do estudo de três problemáticas principais: (I) o histórico autoritarista deixado pelas Constituições de 1937 e 1967 (69), a influência dos Decretos-lei e a banalização das Medidas Provisórias; (II) o presidencialismo e a ausência de responsabilização eficiente do Presidente da República pela sua edição equivocada, ao comparar o instituto brasileiro com o Italiano e Argentino; e (III) os requisitos, relevância e urgência, basilares para o restante da pesquisa, como conceitos constitucionais abertos, os quais concedem maior arbitrariedade ao Chefe do Poder Executivo.

2.1 A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO BRASIL

De acordo com Marcelo Nunes Apolinário (2013), desde a Grécia Antiga é possível encontrar elementos acerca da separação tripartida dos poderes do Estado, quando Aristóteles delimitou as funções do soberano, sendo estas as de elaborar normas gerais e abstratas; executar essas mesmas normas; e dirimir conflitos. Todavia, apesar de identificar as prerrogativas para a manutenção do estado, o filósofo as distribuiu de maneira unipessoal.

Dessa forma, por milênios, os governantes passaram a exercer tais funções de modo absoluto e unilateral até que o assunto fosse retomado por importantes pensadores como Marsilio de Padua, Maquiavel, Locke e, o mais importante para a elaboração do presente artigo, Montesquieu, pois este não defendia apenas a separação tripartida dos Poderes Estatais, como também a necessidade de serem executados por órgãos diferentes e autônomos (APOLINÁRIO, 2013).

Portanto, o grande contributo de Montesquieu a esse tema não foi a separação tripartida das funções, pois estas já foram destrinchadas por Aristóteles milênios antes, mas sim a sua distribuição em órgãos e agentes distintos e autônomos, contrapondo-se aos ideários absolutistas, como uma forma de assegurar a liberdade e a segurança individual (APOLINÁRIO, 2013).

Conforme os anos, principalmente em decorrência das revoluções liberais, questões políticas passaram a ser temas de importante repercussão na esfera jurídica. Assim, com o advento das primeiras constituições, começou-se a definir de maneira positiva questões democráticas, inclusive acerca da separação tripartida dos poderes, os órgãos responsáveis e as suas funções típicas e atípicas. Nesses termos, Apolinário defende que:

Fruto de suas peculiares condições históricas, políticas e até geográficas, os Estados Unidos da América desenvolveram durante o século XVIII um sistema político-constitucional que abrangeu o federalismo, o presidencialismo, um sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário exercido de modo difuso, além de um arranjo de freios e contrapesos atribuindo aos poderes constituídos, funções eminentemente típicas e atípicas que lhes permite um eficaz controle uns sobre os outros. (APOLINÁRIO, 2013, p. 11)

No Brasil, a primeira constituição foi outorgada por Dom Pedro I em 1824, após mais de 300 anos de colonato, contava com 179 artigos, que, influenciado por Constant e o cenário pós-revolução francesa, reconhecia a existência de quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. De tal modo que delegava o Poder Legislativo à Assembleia Geral, com a sanção do Imperador; o Poder Judicial aos juízes e jurados, pelo modo que os códigos determinarem; e por fim, quem realmente governava detendo os demais poderes era o imperador, pois ele efetuava o Poder Moderador pessoalmente como chefe supremo da nação, e exercia o Poder Executivo através de seus ministros de Estado, os quais seriam nomeados livremente pela figura do imperador. (FERREIRA, 2019).

Ademais, diferente dos demais poderes, O Poder Moderador não exercia um papel ativo na execução das atividades estatais, sendo incumbido a ele, segundo o artigo 98 da constituição imperial, toda a organização Política, que era delegada privativamente ao Imperador, o qual não estava sujeito a qualquer tipo de responsabilidade (BRASIL, 1824, Art. 98).

Assim, Gabriel Afonso Campos (2019, p. 9) defende que cabia ao Imperador, enquanto representante do Poder Moderador, "controlar politicamente os atos dos outros poderes", o permitindo nomear senadores, dissolver a Câmara dos Deputados e suspender magistrados, conforme o rol do artigo 101.

Foi somente com a promulgação da Constituição da República em 1891, após o golpe republicano, que o Brasil adotaria a teoria tripartida da separação de poderes proposta por Montesquieu, onde os órgãos da soberania nacional eram divididos em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais deveriam ser harmônicos e independentes entre si (FERREIRA, 2019).

No entanto, por conta do seu viés social, o Estado contemporâneo possui como um de seus principais pilares a concretização dos direitos fundamentais, por isso, a divisão clássica da separação dos poderes está um pouco desatualizada, criando-se a necessidade do estabelecimento de uma nova reformulação da divisão das funções estatais (CLÉVE, 2021).

Assim, diante dessa nova demanda, a Constituição de 1988 instituiu um amplo rol de funções atípicas, ou seja, aquelas atribuições designadas a um órgão que foge da divisão de competência principal instituída aos poderes da União. Por conseguinte, o constituinte inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da Medida Provisória, que confere ao Presidente da República a possibilidade da edição de ato normativo com força legislativa imediata, em caso de relevância e urgência, com duração máxima de sessenta dias, prorrogável por igual período, se não houver conversão em lei pelo Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Na Constituição Federal de 1988, para o ex-presidente da República Federativa do Brasil, Michel Temer (2007), pode-se encontrar três significados para a expressão poder. Diante disso, ele pode ser lido como: (I) soberania, (II) Órgão do Estado, ou (III) função.

Além disso, de modo geral, tanto Temer (2007), quanto Alexandre de Moraes (2018), defendem a ideia de que o Estado de Direito se constitui na unidade, por conta do preceito da soberania. Todo Poder emana do povo, o Poder, portanto é uno, a divisão proposta pela Constituição está nos órgãos que desempenham as funções estatais. Dessa maneira, não poderia haver Estado sem poder e sociedade sem organização (TEMER, 2007).

Dessarte, para garantir a defesa dos direitos individuais e a manutenção da democracia, cada um dos Poderes (órgãos) estatais, devem estar dispostos de maneira a respeitar o princípio da igualdade e, assim, poderem agir de maneira autônoma e independente, onde todos os entes possam exercer suas funções de maneira complementar e limitar uns aos outros, sem que haja sobreposição de um órgão ao outro (MORAES, 2018). Para tanto, a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 2º, instituiu a separação do poder estatal em três órgãos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais são harmônicos e independentes entre si.

Sobre o tema, o professor Joel de Menezes Niebuhr (2001, p. 31) ressalta:

Importa reforçar o argumento de que divisão de poderes e direitos fundamentais são instituições interligadas. Para que os direitos fundamentais recebam eficácia, é imprescindível que o exercício do poder político seja limitado e controlado, o que só pode ser feito com a repartição de esferas de poder em que um controla o outro. Aliás, esta é a essência da teoria da divisão de poderes, que deve ser aprendida como técnica de limitação de poderes, através da repartição deles. Só o poder é capaz de controlar o poder, o que implica necessidade de distribuí-lo a órgãos ou entidades distintas.

Alexandre de Moraes (2018, p. 447) ainda defende que "cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional, as quais são as chamadas funções típicas e atípicas".

Já Niebuhr (2001) argumenta que, a princípio, ao analisar as funções de cada um dos poderes, é possível visualizar que as principais prerrogativas conferidas pela Constituição Federal a cada um dos órgãos, corresponde às atividades que caracterizam suas funções essenciais. Todavia, as atividades de um órgão não se limitam às suas funções típicas, isso porque, a constituição prevê atribuições diferentes daquelas que correspondem a essência de um órgão, para que um poder consiga controlar o outro e dessa maneira garantir a manutenção da liberdade e dos direitos fundamentais.

Acentua-se que, para o autor, as funções estatais não se limitam às correspondentes ao poder Legislativo, Executivo e Judiciário, existem, por conseguinte, tantas funções quantas possíveis a serem identificadas pelas atribuições dispostas na Constituição Federal.

Por questão de ordem técnica ou, mesmo, política, o constituinte enunciou apenas os poderes Legislativo, Judiciário e executivo, o que não autoriza afirmar que haja somente as funções legislativa, judicial e administrativa. Afora essas, há, na constituição, tantas funções quanto for possível identificar, cujo regime jurídico se distingue das demais (NIEBUHR, 2001 p. 28)

Diante disso, o Poder Legislativo é exercido no âmbito Federal pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o qual exerce de maneira típica, as funções de legislar e fiscalizar.

No que tange a função legislativa, Niebuhr (2001, p. 49) ressalta que cabe a esta "integrar a ordem jurídica, estabelecendo normas gerais e abstratas, que criam primariamente obrigações às entidades com personalidades jurídicas, tudo diretamente e em complemento com a constituição, sem pender de qualquer nível de interpretação". Já Temer (2007) define a atividade legislativa como a responsável pela produção de normas infraconstitucionais, ou

seja, todas as espécies previstas pelo art. 59 da CF, exceto as medidas provisórias e as leis delegadas, geradoras de direitos e obrigações.

Já a função fiscalizatória, está constante no artigo 70 da Constituição Federal:

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

Quanto às suas funções atípicas, estas constituem em administrar (organização e operacionalidade interna) e julgar (processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, por exemplo) (MORAES, 2018)

Em contrapartida, o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, o qual representa a figura de Chefe de Estado e Chefe de Governo, auxiliado pelos Ministros de Estado. Enquanto Chefe de Estado, este "representa o país em suas relações internacionais, bem como corporifica a unidade interna do Estado" e como Chefe de Governo, exerce a representação interna nas relações de natureza política e administrativa (MORAES, 2018, p. 509).

Geraldo Ataliba (1998) ainda argumenta que existem duas espécies de Funções Executivas: as Funções Políticas e Administrativas. As Funções Políticas, as quais são imediatamente infraconstitucionais, e permitem que o Presidente a exerça sem a necessidade de que lei infraconstitucional a regule. Além disso, estas, "são insuscetíveis de revisão quanto ao mérito por qualquer outro órgão"(ATALIBA, 1998, p. 57) , o que não significa que ele o fará sozinho sem a participação de outro órgão. Como exemplo dessa função, é possível citar a prerrogativa de iniciar o processo legislativo e a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Defende Menezes Niebuhr que as Medidas Provisórias são atos realizados pelo Presidente da República derivados da função política. Além disso, ele argumenta que tal função não é restrita ao Poder Executivo, pois também é possível analisar em todos os demais órgãos prerrogativas políticas. Sobre o controle judicial, Niebuhr (2001) possui um posicionamento divergente ao exposto por Ataliba (1998).

Demais disso, importa não esquecer que, num Estado Constitucional de Direito, qualquer ato se sujeita ao controle judicial, mesmo os de natureza política. Na constituição federal não há sequer uma vírgula que escape do controle realizado pelo Poder Judiciário, mesmo aqueles de larga fluidez semântica (NIEBUHR, 2001, p. 85).

As funções administrativas, normalmente mais voltadas à execução de políticas públicas, é o exercício de executar o exposto em lei, o qual deve estar limitado pelos princípios estabelecidos pelo artigo 37 da CRFB/1988.

Marco Aurélio Greco (*apud* CLÉVE, 2021) defende a natureza de ato administrativo, ou seja, aquelas normalmente voltadas a execução de políticas e normas infralegais, as medidas provisórias e, por isso, estas deveriam seguir, entre outros preceitos, os princípios reguladores da Administração Pública, como em verdade será debatido nas seções 3 e 4 da presente pesquisa. Por outro lado, Alexandre de Moraes (2018) aponta como funções atípicas do Poder Executivo, legislar e julgar no contencioso administrativo.

É importante frisar que o Poder (as funções) do Presidente da República emanam do povo e, por isso, são limitadas pela Constituição Federal, a qual prevê a sua responsabilização, mediante crime de responsabilidade, através do Art . 85 da CF/1988 (ATALIBA, 1998).

Por fim, as funções típicas do Poder Judiciário são as de solucionar conflitos através das normas jurídicas vigentes no ordenamento jurídico de um país, e de agir enquanto guardião da constituição, cabendo a este proteger as normas constitucionais, em especial as cláusulas pétreas.

Niebuhr (2001, p. 49) acrescenta:

Já a função judicial serve tipicamente para reintegrar a ordem jurídica violada, aplicando as normas abstratas e genéricas aos casos concretos em que haja conflito de interesses. Ademais, para cumprir a missão de reintegrar a ordem jurídica, o Poder Judicial acaba por integrá-la, mesmo que diretamente, fixando qual o entendimento acerca das normas jurídicas, seus contornos e limites. Os Magistrados tomam o fenômeno jurídico como uma ordem sistêmica, explorando as fissuras, as contadições e os espaços deixados pelo próprio direito positivo para a realização da ponderação e o balanceamento de valores, tudo em vista dos princípios e das diretrizes jurídicas

Já as funções atípicas do Poder Judiciário constituem em prerrogativas de natureza: administrativa, como, por exemplo, a possibilidade de prover, na forma prevista pela Constituição, "os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição" (art 96, I, c, da CF/88); e legislativa, ao possibilitar a edição de normas regimentais.

2.2 A HISTÓRIA DOS DECRETOS-LEI NO BRASIL

Não há consenso doutrinário acerca da natureza jurídica da Medida Provisória, se esta é lei, ato administrativo ou ato político, o único traço comum de boa parte das teorias, é o fato deste instituto ser reconhecido como ato unilateral e temporário, emitido pelo Presidente da República sob os procedimentos previsto no art 62 da Constituição Federal.

Para Alexandre de Moraes (2018), inspirado no modelo Italiano, o instituto das Medidas Provisórias surgiu no Brasil como uma forma de substituir o Decreto-lei, o qual era abusivamente utilizado pelo Presidente da República.

O Decreto-lei surge no ordenamento pátrio sob a égide da Ditadura do Estado Novo, com a outorga da Constituição de 1937 (SOBRINHO, 2016), quando o então Presidente da República Getúlio Vargas, influenciado por ideais fascistas, amplamente disseminados a época, operou a ruptura das instituições democráticas, instaurando o autoritarismo no país (VILLA, 2011).

Na visão de Marco Antônio Villa (2011) este foi um momento de amplos retrocessos para os direitos e liberdades individuais, pois apesar da Constituição manter a divisão tripartida dos Poderes com, até mesmo, a configuração de um parlamentarismo bicameral, o texto Constitucional já era abusivo *per si*, mas o fato de ele nunca ter saído do papel, em verdade, contribuiu para este feito.

Neste momento, conforme Waldemar Ferreira (2019), o parlamento era composto pela Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, os quais eram formados, respectivamente, por representantes do povo e dos estados, eleitos mediante o sufrágio indireto. No entanto, é importante ressaltar que, durante a vigência da Constituição de 1937, a função legislativa não ficava adstrita aos órgãos típicos do Poder Legislativo, conferindo-se também, ao Presidente da República, prerrogativa de: iniciar e sancionar projetos de lei; promulgar decretos-lei; dissolver a Câmara dos Deputados; e convocar o Parlamento.

A respeito dos Decretos-leis, durante o Estado Novo, destaca-se que:

Segundo ensina Alexandre Mariotti, o referido diploma constitucional introduziu a expressão no léxico constitucional brasileiro, mas essa constituição o utilizava para designar quatro diferentes espécies de atos legislativos: (a) *decretos-lei* autorizados pelo parlamento, que fixa as respectivas condições e limites (artigo 12); (b) *decretos-lei* de necessidade, emitidos nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, excluídas determinadas matérias (artigo 13); (c) *decretos-lei* sobre matéria reservada ao Presidente da República (artigo 14); e (d) *decretos-lei* de Governo de fato, expedidas pelo presidente da República, enquanto não se reunisse o Parlamento Nacional (artigo 180). (SOBRINHO, 2016, p. 61)

Ademais, Adverte-se ainda que os órgão do Poder Legislativo não operaram na prática durante este período. Pois, o artigo 178 determinou o fechamento da Câmara dos Deputados e

do Senado Federal, condicionando a abertura do Parlamento Nacional a um Plebiscito que jamais foi realizado¹. Diante disso, das modalidades citadas por Osvaldo Sobrinho, apenas a prevista no artigo 180 foi utilizada, segundo o autor, "foram editadas cerca de 9.908 *decretos-lei*, entre eles textos de suma importância para o direito brasileiro, como o *código penal*, o *código de processo penal* e quase toda a legislação laboral posteriormente reunidas na consolidação de leis laborais" (SOBRINHO, 2016, p. 62).

Em 1945, chega o fim do Estado Novo e, assim, se começa a dar início ao processo de redemocratização nacional. Por conseguinte, houve uma preocupação de reconstruir o Estado democrático de direito e, parte desta iniciativa, vinha na reafirmação da divisão tripartite dos Poderes Estatais. Nesses termos, o artigo 36 da Constituição de 1946 dispôs que:

Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.
§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.
§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

Devido a isso, diferente do ocorrido na Constituição anterior, após a redemocratização, o Presidente da República não era mais o principal detentor das funções estatais já que, a Carta de 1946, ao estabelecer que os Poderes eram independentes e harmônicos entre si, definiu funções típicas e atípica para cada um dos Poderes, os quais deveriam trabalhar juntos para manter a ordem institucional, e a manutenção dos direitos e garantias individuais (FERREIRA, 2019).

Então, centralizou-se a função legislativa nos órgão do Poder Legislativo, ou seja, no Congresso Nacional, que agora era composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sendo expressamente proibido delegar suas funções, conforme o exposto no art. 36, § 2º da Constituição de 1946. Portanto, nesse período, não havia o instituto dos Decretos-lei (SOBRINHO, 2016).

Todavia, os Decretos-lei voltam a reaparecer com o Golpe Militar de 1964.

O *decreto-lei* vai reaparecer depois do golpe militar de 1964, primeiro no ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que facultava ao Presidente da República baixar *decretos-lei* em matéria da segurança nacional (artigo 30), e, uma vez decretado, o recesso parlamentar, sobre qualquer matéria (artigo 31, parágrafo único), depois do ato institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, que estendeu a legislação por decreto, à matéria financeira, durante a convocação extraordinária do

¹ Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. (BRASIL, 1937)

Congresso nacional e até a sua reunião ordinária, e à matéria administrativa, do final da convocação extraordinária até a reunião ordinária (artigo 9º, §§ 1º e 2º). (SOBRINHO, 2016, p. 62).

Instaurado após o golpe de 1964, o Regime Militar foi um período autoritário, regido, especialmente, por uma sucessão de atos institucionais, os quais colaboraram para a restrição de direitos fundamentais e a concentração de poderes nas mãos do Presidente da República (VILLA, 2011).

Assim, antes da edição de uma nova Constituição, foi outorgado o Ato Institucional nº 2, em 1965, o qual ampliava as funções legislativas do Poder Executivo, incluindo a prerrogativa de editar Decretos-lei.

Tal instituto, apareceria novamente na Constituição de 1967², condicionado, dessa vez, aos pressupostos de urgência e interesse público, e ressurgindo de maneira similar com a edição da Constituição/Emenda Constitucional de 1969³. A respeito de tais requisitos, Osvaldo Sobrinho sinaliza acerca da existência de algumas discussões doutrinárias, a exemplo deste fato, alguns autores defenderam a definição de urgência como a "impossibilidade de guardar o normal desenvolvimento do processo legislativo" (SOBRINHO, p. 63), porém na prática, essas conceituações não foram tão importantes. Pois, o Supremo Tribunal Federal, considerou, na época, que não cabia ao Poder Judiciário realizar o controle destes preceitos, defendendo a discricionariedade do Presidente da República para realizar a concretização dos requisitos no momento de sua edição, cabendo ao Congresso Nacional realizar o julgamento da constitucionalidade durante a análise da sua aprovação (SOBRINHO, 2016).

Em tais circunstâncias, o "*decreto-lei*, tornou-se a forma 'normal' de legislação", em manifesta discordância da finalidade constitucional do instituto, implicando, por consequência, uma concentração de poderes no Presidente da República, que era

² Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado. (BRASIL, 1967)

³ Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. (BRASIL, 1969)

"denunciada como um dos abusos não nomeados do 'regime militar'" (SOBRINHO, 2016, p. 65)

Ademais, muito similar com a matéria das Medidas Provisórias, disciplinadas pela Constituição de 1988, ambos os textos Constitucionais, editados respectivamente em 1967 e 1969, sujeitam os Decretos-lei ao Congresso Nacional, o qual deveria aprová-los ou rejeitados, mas diferente da realidade vivenciada no Brasil hoje, na época, caso não houvesse a deliberação do texto, esse era considerado aprovado.

2.3 A MEDIDA PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Medida Provisória é ato unilateral, editado pelo Presidente da República, com força de lei desde sua origem, cuja discussão Democrática realizada por meio do Congresso Nacional, só ocorre depois de sua edição, portanto, após o início da sua eficácia.

Diante disso, Alexandre de Moraes (2018) define a Medida Provisória como uma prerrogativa do Presidente da República, o qual pode editá-la desde que respeitada as limitações dispostas pela Emenda Constitucional n° 32, que alterou o artigo 62 da CF/88, impondo restrições materiais e modificando, em parte, o processo de tramitação das Medidas.

Além disso, o caput do artigo 62, ainda, concede a eficácia de lei as Medidas Provisórias e condiciona a sua edição aos requisitos, relevância e urgência, expostos de maneira abstrata pelo legislador, o qual não definiu quais parâmetros deveriam ser utilizados para a sua consubstanciação. Então, coube a doutrina e a jurisprudência definir tais conceitos, os quais serão debatidos na seção quatro do presente artigo.

No tocante ao processo de conversão das Medidas Provisórias em lei, Alexandre de Moraes (2018), ainda traduz que, após a sua edição, esta deverá ser submetida imediatamente ao Congresso Nacional, o qual deverá deliberar, a respeito de tal ato, no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período. Logo, os efeitos das Medidas Provisórias ficam condicionados à atuação do Poder Legislativo, desde sua origem, pois este pode apreciá-la ou não a qualquer momento, dentro do prazo estabelecido pela constituição.

Diante disso, o parágrafo 6°, do artigo 62 da Constituição Federal, dispõe:

§ 6° Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Acentua-se, desse modo, que as Medidas Provisórias, após a sua edição, ficam sujeitas a quatro destinos: (I) aprovação integral da medida pelo Congresso Nacional, a qual resulta em conversão do ato em lei. (II) Aprovação com alterações realizadas pelo Congresso, no texto enviado pelo Presidente da República, que resulta em conversão da matéria em projeto de lei. (III) Rejeição expressa pelo Congresso Nacional, que em regra deixa de surtir efeitos de maneira *ex tunc* e resulta na impossibilidade de sua reedição na mesma sessão legislativa (62, § 10) e (IV) rejeição tácita⁴ por inércia do congresso nacional, também com efeitos *ex tunc*, mas com possibilidade de uma reedição (MORAES, 2018).

Ocorre que, mesmo com o dispositivo previsto pelo artigo 62, § 6º, da CF/1988, em muitos casos, o Congresso Nacional acaba não realizando as deliberações em suas Casas, nos prazos estabelecidos em lei e, portanto, as medidas acabam sendo rejeitadas por inércia do Poder Legislativo.

Por conseguinte, Sobrinho (2016) destaca que as Medidas Provisórias são utilizadas, no Brasil, como um instrumento de governabilidade, quando o Presidente da República detém pouco apoio no Parlamento. Então, na prática, o Chefe do Executivo sobrecarrega o Poder Legislativo de Medidas Provisórias, a fim de dificultar a sua apreciação e, dessa forma, concretizar pautas de interesse do governo através destes atos.

Consequentemente, as Medidas Provisórias podem ser utilizadas de maneira estratégica pelo Presidente da República, pois a partir de sua edição, caso não forem convertidas em lei, elas mantêm a eficácia, até a sua rejeição expressa realizada pelo Congresso Nacional ou o fim do prazo constitucional de 60 dias, prorrogável por igual período.

Assim, o Presidente da República que não tiver apoio do Poder Legislativo ou não estiver aberto a negociar com os seus representantes, poderá consubstancializar as matérias de seu interesse, mesmo que apenas durante o prazo constitucional de 60 dias. Logo, esse seria um meio de instrumentalizar as Medidas Provisórias de forma a não mais atender aos requisitos constitucionais, relevância e urgência, e sim apenas aos interesses pessoais ou políticos do Chefe do Poder Executivo Federal.

Adverte-se ainda para o fato de que ao sobrecarregar o Congresso Nacional com Medidas Provisórias, a fim de assegurar a vigência das matérias de interesse para o governo, aumenta-se o número de atos editados sem atender os preceitos, relevância e urgência, além de instrumentalizar de maneira não legítima o tempo de análise de servidores e representantes

⁴ Para Alexandre de Moraes (2018), a rejeição tácita ocorre quando o Congresso Nacional não aprecia a matéria no prazo constitucional, de 60 dias ou 120 dias, a depender do caso.

do Congresso Nacional, os quais poderiam estar trabalhando em outros projetos, que efetivamente concretizariam as funções Constitucionais dispostas, como a elaboração de leis ordinárias pelo parlamento.

Por conta da prática reiterada de tais circunstâncias pelo Presidente da República, para evitar mais danos, a Emenda Constitucional n° 32, a pesar de ter permitido uma única prorrogação da medida pelo prazo de 60 dias, ela define que se o Poder Legislativo se mantiver inerte, a rejeição tácita se torna definitiva, impedindo a sua reedição na mesma sessão legislativa (MORAES, 2018). Dessa forma, inspiradas no Modelo Italiano, as Medidas Provisórias são uma exceção à máxima que incumbe ao Poder Legislativo editar atos inovadores e abstratos, vinculativos e obrigatórios (TEMER, 2007).

Todavia, embora seja recorrente o uso equivocado de tal instituto como ferramenta de governabilidade pelo Presidente da República, é inegável a sua importância em períodos de crise financeira e sanitária, como de fato ocorreu durante a pandemia da Covid-19⁵, quando, devido a uma situação anômala, a qual exigiu soluções imediatas, não sendo possível esperar pelo tempo despendido através do processo legislativo ordinário.

O problema desse instituto, portanto, está na sua banalização, pois a usurpação das funções Legislativas pelo chefe do Poder Executivo é capaz de gerar insegurança jurídica e institucional em uma nação.

Um dado importante é que desde a sua criação até fevereiro de 2023 já foram editadas mais de 1.160 Medidas Provisórias, sendo que 283, ao longo dos 4 anos de mandato do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro e 7, somente no primeiro mês do terceiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva⁶⁷. Ocorre que, muitos desses atos não contavam, de fato, com a relevância e urgência exigidas pelo texto constitucional, como pode ser observado através da MP 876 de 13 de março de 2019, a qual altera a Lei n° 8.934/1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, sob o pretexto de "desburocratizar e reduzir o número de dias para abertura de empresas no Brasil". A respeito do tema, o ex-ministro da economia Paulo Guedes utilizou como motivação para justificar os requisitos relevância e urgência:

⁵ Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde, a Pandemia do Corona Vírus foi uma "Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional" decretada em março de 2020 pela OMS. Disponível em: OPAS/OMS ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia da COVID-19**. Site PAHO. 2023 Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> Acesso em: 29 maio 2023.

⁶ Tais dados foram extraídos através de uma análise quantitativa realizada pelo autor, das informações disponíveis pelo governo brasileiro, através do site do planalto, referentes às medidas provisórias editadas após a emenda constitucional n° 32

⁷ PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. **Medidas Provisórias**. Site do Planalto. 2023 Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias> Acesso em: 12 maio 2023.

Por seu turno, o Doing Business – relatório elaborado pelo Banco Mundial, que avalia e classifica a facilidade para abertura de empresas nos países, é o mais importante indicador para a atração de investimentos. O processo de coleta de informações que gera o ranking conclui-se em março de cada ano. As medidas ora propostas impactam diretamente no tempo de registro de empresas, refletindo-se assim na posição do Brasil naquele ranking. Portanto, a implementação das presentes medidas ainda no mês de março ensejará a melhoria da posição do Brasil no ranking neste exercício, justificando-se desta forma a urgência e relevância desta proposta⁸.

Em suma, o economista argumenta que tal medida cumpre os requisitos essenciais por potencialmente melhorar a posição do Brasil no ranking realizado pelo "Doing Business"⁹, o que poderia acarretar no aumento dos investimentos no país. Porém, embora seja possível avaliar o impacto que tal medida pode causar para fins econômicos e de mercado, o mesmo não pode ser observado a respeito dos requisitos de relevância e urgência.

Outrossim, realiza-se também a análise da Medida Provisória n° 1.140 de 27 de outubro de 2022, que institui o Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual no âmbito dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e distrital, a qual é proposta pelo Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos e Ministério da Educação, durante o governo Bolsonaro, na exposição dos motivos, ambos os ministros, Victor Godoy Veiga e Cristiane Rodrigues Britto, explicam detalhes importantes acerca da matéria, trazendo algumas definições sobre o conceito de "assédio sexual", os locais onde podem ocorrer, algumas práticas possíveis de serem classificadas e a frequência que tais práticas ocorrem em alguns ambientes específicos. Nesses termos, sobre a relevância e a urgência, destaca-se o seguintes pontos apontados na Exposição de Motivos:

16. Diante desse contexto fático, é preciso desnaturalizar a ideia de que a prática do assédio sexual se encontra circunscrita apenas ao ambiente laboral. Observa-se de notícias veiculadas por periódicos jornalísticos, por exemplo, que: (i) o estado de São Paulo registra em média um estupro e/ou uma tentativa de estupro por dia em estabelecimentos escolares públicos e privados – incluindo berçários; (ii) no estado do Pará, é registrado um caso de violência sexual em escolas públicas toda semana; (iii) no estado do Rio de Janeiro, são registrados em média 7,3 casos por mês de violência em estabelecimentos de ensino; (iv) em Minas Gerais, são registrados em média 6 casos por mês; (v) no Paraná, 13,8 por mês.
(...)

⁸ BRASIL. Ministério da Economia. Exposição de Motivos n° 000036/2019 ME Altera a Lei n° 8.934, de 18 de novembro de 1994. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-876-19.pdf. Acesso 10 mar. 2023

⁹ É um índice realizado pelo Banco Mundial o qual "realiza uma análise do ambiente de negócios" de diversos países. Disponível em: THE WORLD BANK. **Medindo a Regulação do Ambiente de Negócio**. Site do Doing Business. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/pt/doingbusiness>. Acesso em: 29 maio 2023

22. É dever do Estado, também, assegurar a saúde física e psíquica, que são bens jurídicos de todas as pessoas e acabam sendo violados de maneira extrema pela conduta criminosa do assédio sexual quando este resta impune.

23. Ressalta-se a urgência em tornar efetivas as ações instituídas pela Medida Provisória que Institui o Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual no âmbito do Sistema de Ensino Federal, Estadual, Municipal e Distrital, sobretudo em virtude do aumento expressivo de casos no âmbito dos estabelecimentos de ensino, conforme já demonstrado nesta Exposição de Motivos¹⁰.

Cabe ainda destacar que a MP n° 876 perdeu a sua eficácia em decorrência do término do prazo para a sua conversão, pois não fora realizada a votação pelo Congresso Nacional¹¹, ocasionando na rejeição tácita com efeitos *ex tunc*, assim como inúmeros outros atos editados pelo Presidente da República durante a vigência da Constituição Cidadã. Já a MP n° 1.140 foi aprovada na forma de projeto de Lei de Conversão¹².

É importante reiterar, inclusive, que boa parte do problema em relação a banalização do Instituto das Medidas Provisórias e o seu eventual controle realizado pelos demais órgãos ocorre, em verdade, pois o constituinte não detalhou quando disciplinou a matéria das Medidas Provisórias os elementos que comporiam os pressupostos de relevância e urgência, conferindo, em primeira instância, ou seja, no momento de edição do ato normativo, ao Presidente da República decidir quais elementos concretizam esses requisitos.

A respeito da temática, Cléve (2021) argumenta que se trata de cláusulas abertas, ou seja, conceitos adaptáveis conforme a realidade. Porém, apesar de estarem acomodados pelo ordenamento jurídico contemporâneo, tal espécie de instituto dificulta o controle realizado pelos demais Poderes Estatais, Judiciário e Executivo. Isso porque, conforme enunciado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso Antônio de Bandeira Mello (2015), praticamente toda a matéria que tenha importante caráter nacional ou envolva a prestação de serviços públicos pode ser considerada relevante. Além disso, deve-se ainda provar a urgência, ou seja, a circunstância extraordinária que impossibilita a espera pelo processo legislativo ordinário, e se a medida é compatível com a fragilidade do momento.

¹⁰ BRASIL. Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos; Ministério da Educação. **Exposição de Motivos n° 000062/2022 MEC MMFDH**. Medida Provisória n° 1.140 de 27 de outubro de 2022. Institui o Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual no âmbito dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e distrital. Brasília, DF: Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-MPv-1140-22.pdf. Acesso 29 mar. 2023

¹¹ CONGRESSO NACIONAL. **Site do Congresso Nacional**, 2023. Medida Provisória n° 876 (Arquivamento dos atos constitutivos de empresas mercantis). Disponível em: [//www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135693](http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135693) Acesso em: 3 abril 2023.

¹² CONGRESSO NACIONAL. **Site do Congresso Nacional**, 2023. Medida Provisória n° 1.140 (Institui Programa de Proteção e Combate a Assédio Sexual). Disponível em: [https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/154989](http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/154989). Acesso em: 3 abril 2023.

Dessarte, como uma forma de diminuir a abstração dos conceitos, relevância e urgência e facilitar o controle realizado pelos demais órgãos (poderes) da União, propõe-se, a partir da presente pesquisa, a utilização dos princípios da Administração Pública para a consubstanciação de tais preceitos, matéria esta que será analisada na seção quatro.

Ademais, outro problema da caracterização dos institutos, relevância e urgência, está na falta de unicidade em relação ao tema pela doutrina. Os juristas pátrios divergem a respeito da natureza jurídica da Medida Provisória, se estas são projeto de lei, lei, ato administrativo ou político, o que influencia no tratamento destes requisitos, como eles serão executados e controlados.

Entretanto, a flexibilidade na conceituação de tais temas não concede aos agentes públicos a prerrogativa de ignorar os requisitos impostos pela lei, apenas incumbe à gerência de uma espécie de lógica para determiná-los, a fim de facilitar a sua aplicabilidade no caso concreto. Pois, a edição de Medidas Provisória impacta o cenário político, econômico e institucional do país, por terem o poder de modificar o ordenamento jurídico pátrio, mesmo que temporariamente, caso estas não sejam convertidas em lei. Como exemplo disso, Michel Temer (2007, p. 153), destaca que:

A Medida Provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava a mesma matéria. Se a medida provisória for aprovada, se opera a revogação. Se, entretanto, a medida provisória for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isto porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada.

Assim, quando uma Medida Provisória é editada, novas obrigações são criadas ou modificadas de maneira unilateral pelo Presidente da República, o que, caso utilizada de maneira inapropriada, pode gerar insegurança jurídica e institucional.

Rodrigo Otávio da Silva Horta (2016) pontua que é necessário à governança corporativa, planejar a Segurança Institucional, a qual está relacionada a operação da atividade fim. Já relacionado ao desenvolvimento dessa temática no âmbito da administração pública, André Soares (2011), destaca que a “Segurança Institucional é um tema ausente da agenda nacional, e tradicionalmente não constitui prioridade das autoridades e dirigentes do poder público”.

Além disso, apesar da inobservância de tal assunto pelas autoridades públicas, Soares (2011) alerta para o fato de a Segurança Institucional de um órgão, empresa pública ou sociedade de economia mista, transcender a ação de proteção da própria instituição e a

eficiência da execução da sua atividade fim, podendo afetar até, em última instância, a segurança nacional.

De forma concreta, como exemplo de situações que podem causar Insegurança Institucional, o autor cita grandes escândalos de corrupção como as operações, caixa de pandora e Mãos Limpas, e grandes acidentes ou tragédias, como é o caso do "afundamento da P-36 da Petrobras em 2001, maior plataforma marítima de exploração de petróleo do mundo, implicando um prejuízo de US\$ 354 milhões e a morte de 11 funcionários" (SOARES, 2011).

Quanto às Medidas Provisórias, é inegável que elas muitas vezes tratam de matérias instrumentalizadas pela Administração Pública de maneira direta ou indireta. É fato também, que essas espécies normativas apresentam-se com força de lei e, em geral, aplicação desde sua edição. Desse modo, é possível citar, como exemplo, três espécies de Medidas Provisórias que podem abalar a Segurança Institucional da Administração Direta e Indireta: (I) tributárias; (II) que versam sobre a abertura de crédito extrafiscal; e (III) as que interferem na organização da própria Administração Pública.

De uma maneira mais concreta, dos meses de agosto a dezembro de 2022, durante o Governo do presidente Jair Bolsonaro, foram editadas algumas MPs, que podem ser utilizadas como exemplo. a MP n° 1.145 de 14 de dezembro de 2023, que "altera a Lei n° 12.249, de 11 de junho de 2010, quanto à Tabela de Taxas de Serviços Metrológicos" a qual foi convertida em lei; a MP n° 1.143 de 12 de dezembro de 2022, que "dispõe sobre o valor do salário mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2023" a qual foi revogada; A MP n° 1.134 de 25 de agosto de 2022, que "abre crédito extraordinário, em favor de Encargos Financeiros da União, no valor de R\$ 2.500.000.000,00, para o fim que especifica" a qual teve a sua vigência encerrada; e a MP n° 1.133 de 12 de agosto de 2023, a qual "Dispõe sobre as Indústrias Nucleares do Brasil S.A. e sobre a pesquisa, a lavra e a comercialização de minérios nucleares, e seus concentrados e derivados, e de materiais nucleares" que foi convertida em lei¹³.

Em síntese, conclui-se que muitas Medidas Provisórias, versam sobre matéria que não apenas impacta a vida dos cidadãos brasileiros, como também, de maneira direta ou indireta, o funcionamento da Administração Pública. Portanto, não saber a duração da vigência de atos normativos de tamanha magnitude pode abalar a Segurança Institucional da Administração Pública Direta ou Indireta.

¹³ PORTAL DO GOVERNO BRASILEIRO. **Medidas Provisórias**. Site do Planalto. 2023 Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias> Acesso em: 16 maio 2023.

2.4 A MEDIDA PROVISÓRIA E O DIREITO ITALIANO E ARGENTINO

Apesar do histórico dos Decretos-lei no ordenamento jurídico pátrio, muitos autores, como Alexandre de Moraes (2018), Michel Temer (2007) e Osvaldo Sobrinho (2016) apontam o instituto do *decreto-legge* italiano, como inspiração para o surgimento das Medidas Provisórias na Constituição Federal, mas poucos apontam as semelhanças do instituto brasileiro com o *decreto de necesidad y urgencia* presente na Argentina

Para Sobrinho (2016), o *Decreto-legge* aparece no artigo 77 da Constituição Italiana de 1977, como uma forma de resposta aos grandes abalos e tensões ocorridas na Europa, na primeira metade do século XX, quando, notou-se a necessidade de haver um "instrumento legislativo mais rápido para ser utilizado em situações de gravidade e urgência necessidades". (SOBRINHO, 2016, p. 21).

Tal prerrogativa foi concedida ao Governo, que no sistema italiano corresponde ao gabinete, por meio do primeiro ministro, o qual está autorizado, em uma situação de necessidade, ou seja, naquelas circunstâncias em que não é possível aguardar os ritos normais de tramitação de uma matéria legal no parlamento, expedir decretos com força de lei, desde seu nascimento, os quais, perdem a sua eficácia, desde o começo se não forem convertidos em lei pelo Poder Legislativo, no prazo de 60 dias. (TEMER, 2007; SOBRINHO, 2016).

Portanto, de modo paralelo ao que ocorre no direito brasileiro, a necessidade e a urgência são requisitos fundamentais para o exercício do *decreto-legge*. Além disso, muitos autores italianos, defendem que o *Decreto-legge* possui valor de lei ordinária, não sendo considerado lei do ponto de vista formal, apenas na esfera material, mas podendo adquirir *status* formal, após a sua conversão realizada pelo congresso nacional.

Dessa maneira, o *decreto-legge* é ato normativo primário do Governo, ocupando no sistema de fontes do direito italiano, a mesma posição da lei formal do Parlamento. Deve-se ressaltar que o *decreto-legge* não é formalmente lei. Somente é lei materialmente. Porém, evidentemente, após exitoso processo de conversão em lei, o *decreto-legge* transforma-se em lei formal do parlamento. (SOBRINHO, 2016, p. 24)

Tal entendimento, assemelha-se muito à tese defendida por inúmeros autores brasileiros, que defendem a natureza jurídica da Medida Provisória de lei apenas no plano da

eficácia¹⁴, só podendo ser classificada como lei formal após a sua conversão realizada pelo Congresso Nacional.

Ademais, acerca do instituto *decreto de necesidad y urgencia* presente no ordenamento argentino, é possível destacar muitos aspectos semelhantes e divergentes ao instituto brasileiro, pois, de modo similar, na Argentina, existiram antecessores aos Decretos de *necesidad y urgencia*, utilizados no país, desde o final do século XIX até os dias atuais (SOBRINHO, 2016).

Até o ano de 1976, o instituto era empregado de maneira mais contida, porém, após 1983, foram se intensificando a sua prática, desse modo, de 1983 até 1989, durante o governo de Raúl Alfonsín, foram editados 10 decretos e, nos 7 anos subsequentes, a partir do mandato de Carlos Menem, em 1989, totalizou-se trezentos e noventa e oito decretos, intensidade esta, que a partir desse momento, passa a ser equiparada com a brasileira. (SOBRINHO, 2016).

As estatísticas demonstram objetivamente que, a partir de 1989 até 1994, os *decretos de necesidad y urgencia* editados pelo Presidente da República, praticamente sem freios nem controles efetivos, são muito mais numerosos que os emitidos durante o lapso temporal que vai desde 1853-1860 até 1983. (SOBRINHO, 2016, p. 132)

Ocorre que, até a reforma constitucional de 1994, admitia-se a faculdade de o Poder Executivo editar "regulamentos" e "decretos", sendo os *Regulamentos de necesidad e urgencia*, uma espécie dos vários tipos de regulamentos previstos pelo direito argentino (SOBRINHO, 2016).

Além disso, muitos autores argentinos associam a usurpação das funções legislativas pelo Poder Executivo, através dos *Regulamentos de necesidad e urgencia*, à uma má definição dos requisitos, necessidade e urgência, semelhante com o que a doutrina pátria sustenta a respeito das medidas provisórias (SOBRINHO, 2016).

Dessarte, Osvaldo Sobrinho (2016) pontua que a matéria dos *regulamentos de necesidad e urgencia*, são próprias do legislador, mas devido a um fato específico, que concretize uma circunstância de necessidade e urgência, tal prerrogativa passa ao Poder Executivo.

Cabe ressaltar, ainda, que a necessidade e a urgência são requisitos essenciais para a edição desta espécie de decreto, mas a sua averiguação é feita, mediante análise de

¹⁴ Segundo Cléve (2021), muitos autores defendem que a Medida Provisória não é lei formal, pois ela é ato precário e unilateral editado pelo presidente da república sem passar pelos trâmites processo legislativo comum, mas, apesar disso, repercute efeitos idênticos aos das leis ordinárias, pois a Constituição a confere "força de lei". Então, em resumo, para tais teóricos a Medida Provisória é lei apenas no plano da eficácia, pois ela não é lei formal, ela apenas produz os mesmos efeitos de uma lei.

conveniência e oportunidade realizada pelo Executivo, não podendo o Poder Judiciário argentino adentrar no mérito (SOBRINHO, 2016).

No entanto, de maneira similar, apesar de muitos doutrinadores brasileiros apontarem o vácuo normativo, a respeito dos requisitos, relevância e urgência, com um dos fatores determinantes para o excesso de edições das Medidas Provisória, não se trata apenas de um problema pontual que começou a ocorrer após a constituição de 1988. Pois, é inegável a influência dos Decretos-lei no instituto das Medidas Provisórias, e do autoritarismo que marcou o país nos momentos em que foram utilizados esse instituto.

Assim, diferente do caso argentino, que a banalização do instituto passou a ser visualizada após a segunda metade do século XIX, no Brasil, o seus antecessores, presentes nas constituições de 1937 e 1967, eram amplamente utilizados, em especial, no Estado Novo, que era a regra legislativa, e deixam marcas até os dias atuais, pois ainda contamos com legislações desse período, como é o caso do Código Penal, outorgado por meio do Decreto-lei n° 2.848 de 1940 (SOBRINHO, 2016).

Sobrinho (2016) ainda aponta que, tanto o instituto brasileiro, quanto o argentino se assemelham ao mesmo tempo que se distanciam do *Decreto-legge* italiano, devido ao seu sistema político. Pois, a Itália é parlamentarista, enquanto a Argentina e o Brasil são presidencialistas, fazendo com que tal instrumento se comporte de maneira diferente em ambos os países.

Por a Itália ser parlamentarista, o Governo é descrito como o Gabinete, por meio do Primeiro Ministro, o qual editará o *decreto-legge* sob a sua responsabilidade, que nesse sistema é política, portanto, se a Medida Provisória não for aprovada pelo parlamento, o responsável por sua edição corre o risco de cair (TEMER, 2017). Enquanto, no presidencialismo, apesar de dever-se garantir a independência entre o legislativo e o executivo, conforme o artigo 85 da CF/88, o qual prevê as hipóteses de crime de responsabilidade aos atos do Presidente da República (MORAES, 2018), Temer (2017) defende não haver responsabilização ao presidente que utiliza de maneira equivocada o instituto das Medidas Provisórias. Por isso, o autor (TEMER, 2007) pontua que as Medidas Provisórias pouco se distanciam dos Decretos-lei, regulados nas constituições anteriores.

O que é *responsabilidade* no sistema parlamentar? É aquela de natureza política. Portanto, o que ocorre se a medida provisória não for aprovada pelo Parlamento Italiano? O Gabinete (Governo) cai. (...) Por outro lado, também não prevê. A nossa constituição a responsabilidade política do Presidente da República no caso de não aprovação da *medida provisória*. (TEMER, 2017, p. 153)

De fato, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter previsto, no art. 85, II, o ato do Presidente da República que atente contra "o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação" (BRASIL, 1988) como crime de responsabilidade, não há nenhuma responsabilização específica para o uso equivocado das Medidas Provisórias, o que em conjunto com a má definição dos preceitos, relevância e urgência e a ineficiência do controle realizado pelo Congresso Nacional dos Méritos destes atos, aliados com um histórico autoritário herdado através das constituições anteriores, abrem margem para a usurpação das funções legislativas pelo Chefe do Poder Executivo.

3 A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Nesta seção, pretende-se definir a natureza jurídica das Medidas Provisórias e classificar qual espécie normativa tal instituto corresponde, a fim de estudar, no próximo tópico, como concretizar os requisitos, relevância e urgência, presentes no artigo 62, da CF/1988.

3.1 A NATUREZA LEGISLO-ADMINISTRATIVA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Embora muito debatido, permanecem nebulosos os conceitos de relevância e urgência, pois a falta de consenso dificulta a aplicabilidade das Medidas Provisórias pelo Presidente da República e o eventual controle de constitucionalidade realizado pelos demais poderes da União. Assim, para dar luz a tal demanda e fazer uma leitura digna aos requisitos, relevância e urgência, é necessário definir a natureza jurídica das Medidas Provisórias.

Tendo em vista a imprecisão acerca da temática na doutrina, é possível afirmar que não há consenso acerca da natureza jurídica das Medidas Provisórias, do mesmo modo como ocorre em outros elementos dessa espécie normativa. Dessa maneira, a partir da obra Medidas Provisórias, de Clémerson Cléve, é possível identificar duas correntes principais sobre o assunto. A primeira defende, de maneira geral, que as MPs não são leis do ponto de vista formal, apenas no plano da eficácia, ou seja, tal instituto nada mais é do que um ato com força de lei (CLÉVE, 2021).

O fundamento principal desta teoria consiste em duas expressões utilizadas no artigo 62. A primeira, está presente no caput do dispositivo, a qual concede a Medida Provisória "força de lei"¹⁵. Por conseguinte, Cléve (2021) sustenta que, muitos dos autores adeptos dessa teoria, se embasam no fato de haver somente a possibilidade de conferir "força de lei" a um objeto que não é, por natureza, legislação.

Outrossim, o outro elemento que ajuda a corroborar tal teoria, está na expressão "conversão em lei pelo congresso", a qual não aparece literalmente com essas palavras na

¹⁵ " 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" (BRASIL, 1988).

redação do artigo 62, mas se traduz, quando, nos parágrafos 2º e 3º é transmitida a ideia de que a Medida Provisória deverá ser convertida em lei pelo Congresso Nacional (CLÉVE, 2021).

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.

(...)

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

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) argumenta que as Medidas Provisórias são atos excepcionais, editados pelo Presidente da República e condicionados aos pressupostos específicos de relevância e urgência, com a sua durabilidade prevista na Constituição Federal. Enquanto as leis são a via normal pela qual os assuntos devem ser disciplinados, elas emanam do Poder Legislativo e tem como caráter fundamental a durabilidade, surtindo efeitos no ordenamento jurídico, em via de regra, por tempo indefinido.

Vale ressaltar que, como bem pontuado por José Afonso da Silva (2016, p. 538) as Medidas Provisórias "perdem sua condição de Medidas Provisórias por uma das três situações previstas no § 3o do art. 62: sua *conversão em lei* no prazo, sua *rejeição* ou, não se verificando nem aquela, nem esta, a *perda de sua eficácia*".

Já no caso das leis, "além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias, cuja duração máxima já está preestabelecida na Constituição" (MELLO, 2015, p. 133)¹⁶.

Ademais, as Medidas Provisórias podem ser sujeitas a confirmação do Congresso a qualquer momento e, no caso de decisão negativa acerca de sua apreciação na forma de lei, essas perdem a sua eficácia desde o início, ao passo que as leis, ao serem revogadas, apenas cessam seus efeitos de maneira *ex nunc* (MELLO, 2015).

Logo, para a seguinte dúvida: se não é lei, então que espécie de ato normativo é a Medida Provisória?

Para alguns estudiosos, a Medida Provisória é ato administrativo excepcional e precário, editado unilateralmente pelo Presidente da República. Sobre o tema:

¹⁶ Art. 2º "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue" (BRASIL, 1942)

No Brasil, Marco Aurélio Greco Sustentou tratar-se a medida provisória de ato administrativo dotado de força de lei. Por isso, "(...) quanto à sua natureza, não difere de um decreto, igualmente a um ato oriundo do Poder Executivo. A competência em que ele se apoiou não é legislativa em sentido técnico. Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação de Poderes, confundiria as suas funções e não aplicaria o desfazimento integral da Medida provisória caso não convertida (...). A isto, se acrescenta que, nos termos do art. 62, a medida provisória é *convertida* em lei. Logo em si mesma, não é lei, pois não se converte o que já é. Nota-se, ademais, a título meramente ilustrativo, que as Medidas Provisórias vêm sendo publicadas no Diário Oficial como *Atos do Poder Executivo* e não como *Atos do poder legislativo*, o que, embora não seja decisivo para uma análise jurídica, é indicativo de maneira pela qual é concebida" (CLEVE, 2021, p. 54).

Diz-se excepcional, pois, este ato está condicionado a circunstâncias fáticas, relevantes e urgentes. Já a precariedade é conferida devido ao prazo de duração da Medida, o qual não poderá ser superior a 60 dias, prorrogáveis por igual período, se não for convertido em lei.

De forma semelhante, outros adeptos dessa corrente concordam com a teoria de que este é ato excepcional e precário com força de lei, mas discordam quanto à natureza administrativa, argumentando que este seria um ato político. Nesse termo:

Medida provisória é ato político ou de governo. a lei é modo normal de criar direito; a medida provisória, o modo excepcional, pendente de relevância e urgência, autorizada para casos anômalos, cuja desatenção imediata acarretaria gravemente insuportável para o interesse público, afetando a estrutura política vigente. Para evitar tal gravame é que o Presidente da República pode editar medida provisória, visando, a preservar a ordem política ameaçada pela potencial derrogação de interesses públicos de tão elevada monta. A medida provisória serve exatamente para isto: para casos completamente apartados da normalidade, para algo que acontecesse com extrema raridade e provocasse singular comoção (NIEBUHR, 2001, p. 85).

Dessarte, para Niebuhr (2001), a Medida Provisória não pode ser lei, pois ela não passa pelo crivo do Poder Legislativo antes da sua edição. Também não pode ser ato administrativo, pois, estes estão abaixo da lei, não podendo inovar na ordem jurídica. O autor define, portanto, a Medida Provisória como "ato político, normativo, discricionário, excepcional, cautelar, precário e com força de lei" (NIEBUHR, 2001, p. 88).

Designa-se como ato político, pois ele advém da função política atribuída ao Poder Executivo. Isso porque, para o autor, o fato de a Constituição Federal ter organizado a ordem estatal em três Poderes, sendo estes o Legislativo, Executivo e Judiciário, não é condicionante para limitar as funções estatais, as três espécies de funções típicas de cada um dos Poderes. Seguindo esse raciocínio, fora as expressamente descritas no texto constitucional, há tantas funções quanto for possível identificar. Assim, cada um dos Poderes, além de conterem

Funções típicas e atípicas, estes também, teriam funções políticas, sendo o ato político uma manifestação desta prerrogativa pelo Poder Executivo (NIEBUHR, 2001).

Delimita-se como discricionário, uma vez que a autoridade competente dispõe de certa liberdade acerca do dever de atuar ou não (NIEBUHR, 2001).

Cumpra-se destacar que é também excepcional e cautelar, devido ao fato de ele ser utilizado em caso de relevância e urgência, ou seja, quando, devido às circunstâncias fáticas não houver condições de esperar a regulamentação típica, conferida via processo legislativo ordinário, através do Congresso Nacional (NIEBUHR, 2001). Todavia, Osvaldo Sobrinho critica a natureza cautelar defendida por Niebuhr, nos seguintes termos:

Por outro lado, não transmite uma ideia precisa à afirmação de que a medida provisória seja "[...] a expressão concreta de um poder cautelar geral deferido ao chefe do Poder Executivo da União. Isso porque, a medida cautelar típica é um provimento não satisfativo do direito brasileiro (isto é, que se limita a tomar providência só aptas a assegurar a eficácia de um provimento definitivo que ainda está por vir, mas sem adianta-lo), enquanto a medida provisória é satisfativa, antecipando, desde logo, a própria normatização pretendida, em prejuízos de eventuais modificações de origem parlamentar quando da conversão em lei. (SOBRINHO, 2016, p. 68).

Considera-se como ato precário, pois a sua eficácia está condicionada a apreciação realizada pelo Congresso Nacional e com força de lei, devido a previsão constitucional, artigo 62, caput, da CF/88 (NIEBUHR, 2001).

De forma similar, Barioni (2004) define a Medida Provisória como um ato político-normativo com força de lei, de caráter excepcional e precário. Sobre o seu caráter normativo, o autor pontua:

O caráter normativo exsurge de seu próprio fundamento de existência, qual seja, o de regular as relações sociais que demandem soluções urgentes, o que, ademais, não se discute. Por fim, a "força de lei" condiz com o poder de inovação na ordem jurídica, ainda que provisoriamente (o que repise-se, faz as Medidas Provisórias distorcem da Lei, pois estas inovam de forma permanente), decorrendo da própria norma constitucional. (BARIONI, 2004, p. 62)

Há por fim, entre os adeptos dessa corrente, aqueles como, Osvaldo Sobrinho (2016), que defendem o fato das Medidas Provisórias serem projetos de lei com força de lei, até a sua apreciação realizada pelo Congresso Nacional.

A medida provisória - tanto no modelo originário da Constituição brasileira de 1988, quanto pelo modelo proposto pela Emenda Constitucional n° 32/2001 - é o ato normativo primário, e provisório, circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, força, eficácia e valor de lei. Assim,

é materialmente lei. Na prática, a medida provisória funcionava e continua a funcionar - como um projeto de lei com eficácia antecipada, circunstância essa "[...] que impõe, em caráter imprescindível, a necessidade do pronunciamento parlamentar. (SOBRINHO, 2016, p. 67)

As Medidas Provisórias, possuem, portanto, para Sobrinho (2016), duplo caráter: de (I) ato normativo provisório e de (II) projeto de lei, porque, quando editado, tal instituto não possui natureza de lei formal, mas pode-se tornar formal, a partir do processo de conversão feito pelo Congresso Nacional. Logo, o Presidente da República, nesse caso, exerce o papel de partícipe do processo legislativo (SOBRINHO, 2016).

Para Sobrinho (2016, p. 70), "o processo de conversão em lei da medida provisória é, dessa maneira, o ápice do controle do Poder Legislativo sobre o exercício do processo legislativo confiado pela constituição ao Poder executivo por meio de decretação de urgência".

O próprio professor, Joel de Menezes e Niebuhr (2001), concorda que o instituto das Medidas Provisórias possui traços semelhantes aos do projeto de lei. Todavia, tais medidas são muito mais do que simples instrumentos enviados pelo Chefe do Executivo para futuras deliberações nas casas legislativas. Logo, o simples ímpeto de se sujeitar à apreciação realizada pelo Congresso Nacional, não faz com que tais atos sejam equiparados a projetos de lei.

É importante lembrar que, para os teóricos dessa primeira corrente, as Medidas Provisórias já possuem eficácia de lei antes mesmo de qualquer apreciação realizada pelo Congresso Nacional, fato este que concede ao Presidente da República maiores poderes para interferir na ordem jurídica, do que a atuação legislativa, usual atribuídas aos sujeitos competentes para propor a iniciativa de lei, a qual só poderá gerar repercussões jurídicas após deliberações e, eventualmente, modificações, realizadas por ambas as casas do Congresso Nacional, como ocorre com os Projetos de Lei, perante o processo legislativo comum.

Ademais, reitera-se que existem duas correntes acerca da natureza da Medida Provisória, assim, há, ainda, os defensores da natureza legislativa desta espécie normativa. Os apoiadores dessa teoria, elencam alguns pilares essenciais para fundamentar este caráter.

O primeiro diz respeito ao poder de inovar. As Medidas Provisórias não poderiam ser atos administrativos, segundo os pensadores dessa tese, pois os atos administrativos são atos secundários e subordinados a execução de uma lei pré-existente, enquanto, as Medidas podem inovar (CLÉVE, 2021).

Além disso, Cléve (2021), argumenta, que não se deve reduzir a expressão lei, a lei em sentido formal, pois (I) a própria constituição, em verdade, alimenta o caráter formal, quando vincula o processo legislativo a elaboração das normas, mas também ela apresenta inúmeras outras facetas, apresentando-as, por exemplo, como sinônimo de ordem jurídica (art 5, caput da CRFB/1988); (II) a expressão conversão em lei pelo congresso¹⁷, para o autor, não pode ser lida de maneira literal, pois ela se refere apenas a conversão de lei precária¹⁸ em lei permanente (CLÉVE, 2021).

Cléve (2021) ainda contribui ao expor sua visão a respeito da atual configuração da separação dos poderes no Brasil e a função legislativa. O autor de fato, pontua que, atualmente, não é mais possível encarcerar tal atribuição ao Poder Legislativo, sendo legítima a prerrogativa do poder executivo legislar, sem a necessidade de delegação, quando houver demonstrações fáticas de "circunstâncias graves e excepcionais" (CLÉVE, 2021, p. 27).

Outrossim, ele alerta que não é mais compatível com o Estado Democrático de Direito, engessar o Processo Legislativo aos ritos ordinários, pois ainda que não caiba mais ao parlamento o monopólio universal da elaboração da lei, "o conceito de lei vem sofrendo profundo processo de mutação" (CLÉVE, 2021, p. 61).

Sob esta perspectiva, a Constituição Federal de 1988, trouxe o instituto das Emendas Constitucionais, o qual aceita, a partir de um rito específico, novas normas que passam a vigorar com o mesmo peso de uma norma constitucional originária, assim, como concede ao Poder Executivo, a prerrogativa de legislar sobre Medidas Provisórias e Leis Delegadas (CLÉVE, 2021).

No tocante ao tema, José Afonso da Silva (2016) define o Processo Legislativo como um conjunto de atos realizados pelo parlamento no processo de criação de uma lei, os classificando em categorias, conforme os procedimentos utilizados na formação da norma jurídica, mas por questões didática, a presente pesquisa apenas adentrará nas espécies, denominadas pelo autor, como ordinária e especial.

¹⁷ O artigo 62 da Constituição Federal de 1988 traz a ideia de que a medida provisória deverá ser convertida em lei pelo Congresso Nacional, nos parágrafos 2º e 3º:

"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.

(...)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no

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

Procedimento legislativo ordinário. É o procedimento comum, destinado à elaboração das leis ordinárias. É mais demorado. Comporta mais oportunidade para o exame, o estudo e a discussão do projeto. Desenvolve-se em cinco fases: (a) a introdutória; (b) a de exame do projeto nas comissões permanentes; (c) a das discussões; (d) a decisória; (e) a revisória. (SILVA, 2016, p. 534)

Procedimentos legislativos especiais. São os estabelecidos para a elaboração de emendas constitucionais (que já examinamos), de leis financeiras (lei do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei do orçamento anual e de abertura de créditos adicionais), de leis delegadas, de medidas provisórias e de leis complementares. Quanto a estas últimas nada mais carece dizer senão que só diferem do procedimento de formação das leis ordinárias na exigência do voto da maioria absoluta das Casas, para sua aprovação (art. 69), sendo, pois, formadas por procedimento ordinário com *quorum* especial. (SILVA, 2016, p. 546)

Assim, os teóricos que corroboram com a teoria de que a Medida Provisória é lei, se sustentam no fato de que elas não seriam Leis Comuns. Essas, seriam, portanto, leis precárias e temporárias, que nascem no nosso ordenamento jurídico em circunstâncias excepcionais, onde não seria possível esperar o tempo médio de deliberação despendido através do rito ordinário. Sendo a conversão, referida nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 62, em lei permanente (CLÉVE, 2021).

As Medidas Provisórias seriam, portanto, atos precários, pois após a edição, a sua duração está condicionada a conversão em lei ou não pelo Congresso Nacional, o qual pode: (1) converter em lei; (2) transformar em projeto de lei e tecer mudanças; (3) revogar expressa ou tacitamente, no período de 120 dias.

No entanto, a precariedade não condiz com a natureza das normas primárias, pois as leis não são formalmente ou materialmente condicionadas a outro órgão após a sua edição, somente sendo revogada por outra lei editada posteriormente. Diante disso, Gagliano e Pamplona Filho (2019) ainda defendem que, em via de regra, as normas têm duração indeterminada, até que outra a modifique ou revogue.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (BRASIL, 1942)

Para Helena Zani Morgado (2016) exceção dessa regra está nas leis temporárias, as quais são amplamente discutidas em âmbito do direito penal, e consistem em leis que carregam em seu texto o lapso temporal que estará em vigor.

Resta expresso no próprio texto, portanto, seu prazo de validade, isto é, a data de início e de término de sua vigência. Por essa razão, diz-se que a lei penal temporária é autorrevogável, vez que, encerrado o prazo fixado em lei, deixa de existir, sem necessidade de uma nova lei ab-rogatória (MORGADO, 2016, p. 356).

Dessarte, os defensores da natureza legislativa, o fazem apontando que tais atos não seriam lei comum, mas leis temporárias, sendo a sua conversão, referida nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 62, em lei permanente (CLÉVE, 2021). Todavia, as Medidas Provisórias, não tem prazo certo de duração. Elas podem persistir durante o período constante na CF/1988 de 60 dias, mas esse prazo pode ser encurtado, por conta da sua não apreciação pelo Congresso Nacional, ou ampliada caso haja a sua prorrogação ou conversão em lei, hipótese em que perde o "status" de precariedade.

Ademais, outra característica das leis temporárias e das leis ordinárias de maneira geral é a ultratividade da norma, ou seja, ela continua a surtir efeitos, para os atos praticados durante a sua vigência, mesmo após a sua revogação¹⁹ (MORGADO, 2016). Enquanto as Medidas Provisórias, em via de regra, quando não apreciadas pelo Congresso Nacional, perdem seus efeitos, retroagindo a data da sua edição.

Entretanto, embora a Medida Provisória não seja lei desde o seu nascimento, não significa que ela não detenha também natureza legislativa. Isso porque, ela possui a possibilidade de ser transformada em lei pelo Congresso Nacional, através de um processo legislativo extraordinário, que pode invalidá-la ou transformá-la em lei ou em projeto de lei.

Outrossim, após a análise de ambas as teorias a respeito da natureza jurídica das Medidas Provisórias, no presente trabalho, propõe-se uma terceira hipótese, a qual fundamentará o restante do projeto, a de que as Medidas Provisórias são regulamentos administrativos com pretensão de serem convertidos em lei. Devido a isso, defenderei uma natureza *sui generis* para tal instituto, por conta de sua característica legislo-administrativa.

A priori, cabe ressaltar que, de fato, a Constituição Federal delimitou competências legislativas ao Poder Executivo, quando por exemplo, conferiu ao Presidente da República a função de participar do processo legislativo através de leis delegadas, iniciativa de projeto de lei e a prerrogativa de sancionar ou vetar uma lei. Porém discordo, que tenha conferido essa prerrogativa por meio de Medidas Provisórias.

O objetivo primordial das leis, segundo Adhemar Ferreira Maciel (2005) é promover coesão social, previsibilidade e segurança jurídica, elementos incompatíveis com o ato de

¹⁹ "Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora, decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência" (BRASIL, 1984)

edição de uma Medida Provisória, na medida em que, elas são elaboradas de maneira unilateral pelo Presidente da República e tem a sua validade condicionada a confirmação realizada pelo congresso nacional.

Além disso, a confiabilidade e a segurança jurídica não dependem apenas da previsibilidade, como também do formalismo, pois é através dos procedimentos previstos pela Constituição Federal para a elaboração de uma norma (Iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação²⁰), que é garantido o elemento democrático a norma. Sobre o assunto, José Afonso da Silva (2016, p. 528) pontua:

A elaboração de *leis delegadas* e de *medidas provisórias* não comporta atos de iniciativa, nem votação, nem sanção, nem vetor nem promulgação. Trata-se de mera *edição* que se realiza pela publicação autenticada. Por isso não é cabível falar-se em processo legislativo a respeito delas, mas de simples *procedimento elaborativo*

Aqueles que equiparam as Medidas Provisórias a lei, os fazem sustentando-se em uma suposta legitimidade, a qual seria conferida devido ao fato de que o Presidente da República é democraticamente eleito pelos cidadãos de um país (CLÉVE, 2021).

No entanto, destaca-se que se a Medida Provisória fosse considerada lei desde seu nascimento, em sua essência, estaríamos admitindo a possibilidade da adição de uma norma, de forma discricionária, por um único agente político. Ignorando, desse jeito, mesmo que temporariamente, o viés democrático da norma, o qual apenas é garantido através do processo legislativo, ou seja, um processo formal, que garante a deliberação do conteúdo normativo através de uma pluralidade de representantes do povo.

Em verdade, conforme explicado por Cléve (2021) e corroborado por Niebuhr (2001), não cabe mais nas democracias modernas o império das funções legislativas ao Poder Legislativo. Mas isso não significa que é democrático ou viável delegar ao Chefe do Executivo a prerrogativa de editar lei unilateralmente. Quando é citado o termo função legislativa, o agente não pode se referir simplesmente ao ato final de editar uma lei, mas sim, a todo o processo de sua criação.

Assim, é importante reiterar que de fato não é mais adequado limitar a função legislativa ao Poder Legislativo, devendo-se estender essa função, também, ao Executivo, mas como partícipe do processo legislativo, ao conferir, por exemplo, ao Presidente da República a prerrogativa de propor projetos de lei e posteriormente a sua sanção ou veto.

²⁰ Essas são as fases do processo legislativo elencadas por José Afonso da Silva (2016, P. 529), em suas palavras: “Processo legislativo é um conjunto de ato preordenados visando a criação de normas de Direito. Esses atos são: (a) iniciativa legis- lativa; (b) emendas; (c) votação; (d) sanção e veto; (e) promulgação e publicação”

Permitir que o Presidente da República edite leis sozinho é antidemocrático. Isso porque, como já discutido, é apenas através do processo legislativo que se obtém o elemento democrático.

O poder legislativo é, portanto, o órgão mais adequado para titular as principais funções legislativas e, conseqüentemente, produzir normas jurídicas, pois é apenas através dele que é garantido a representação do povo. Isso porque, o pluripartidarismo, a quantidade de assentos disponíveis no Congresso Nacional e o voto proporcional, garantem uma maior pluralidade de representação. Dessa forma, apesar da maior parte dos congressistas representarem a mesma imagem do recorte político do restante do país, é nesse órgão que é conferido voz e representação às minorias.

Em 2021, a Agência Senado²¹ informou que dos 513 deputados, 436 dos que compunham a câmara dos deputados eram homens, enquanto 77 eram mulheres. Desses, apenas 125 se autodeclaravam negros, entre eles, 104 pardos e 21 pretos. Diante disso, embora, ainda haja uma disparidade de representação no Congresso Nacional, das diferentes camadas que compõe o parlamento, é apenas através do Processo Legislativo que estas minorias conseguem exercer algum tipo de vós ativa, por meio de deliberações, propostas de projetos de lei e coalizões políticas²².

Nesses termos, Niebuhr (2001, p. 34) pontua que:

E isso decorre do alto grau de legitimidade dos órgãos que tipicamente exercem a função legislativa. Dentre outras razões, merece relevo o fato de os representantes do Legislativo serem eleitos por sufrágio universal e de atuarem através de colegiado, albergando representantes dos mais variados setores sociais, o que assegura a voz das minorias. O poder legislativo é o mais apto para mediar as relações entre o Estado e a sociedade. É ele que deve receber os influxos do cotidiano, a fim de manter a ordem jurídica alinhada às expectativas sociais. Veja-se, a essa altura, que os representantes do legislativo se encontram imersos e espalhados nos mais diversos espaços sociais, colhendo várias experiências e visões, indispensáveis à edificação de uma ordem jurídica que se declara pluralista.

Os demais poderes não possuem essa legitimidade, pois o Poder Judiciário é composto por uma série de juristas os quais, na maior parte dos casos, ingressaram na carreira por meio de concurso público, carecendo nesse caso o elemento democrático. Enquanto, o Presidente

²¹SENADO FEDERAL. **Site do Senado Notícias**, 2021. Brancos Dominam Representação, Aponta Grupo de Trabalho. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/26/brancos-dominam-representacao-politica-aponta-grupo-de-trabalho> Acesso em: 25 abril 2023.

²²Streck e Moraes (2003), argumenta que o presidencialismo de coalizão vem se desenvolvendo no Brasil desde a proclamação da República, mas sendo instaurado de fato com a Redemocratização, após a década de 1980, quando os partidos e os agentes políticos institucionalizaram a prática de acordos para adquirir mais governabilidade.

da República, apesar de ingressar de maneira democrática, exerce suas funções de forma unipessoal e representa na maior parte das vezes apenas uma linha política e ideológica singular (NIEBUHR, 2001). Diante disso, o poder legislativo seria o único órgão capaz de garantir a legitimidade as leis.

Todavia, o fato de o Poder Legislativo ser o órgão mais legítimo, não faz com que ele esteja livre de cometer erros. Nesses termos, Niebuhr (2001, p. 39) ressalta que, "é necessário analisar os atos do poder Legislativo à luz da constituição".

Ademais, o parlamento não foi configurado para exprimir respostas imediatas, porque o Processo Legislativo Comum é um mecanismo que demanda tempo, tendo em vista disso, o autor ainda considera que:

O Poder Legislativo não foi nem é estruturado para produzir respostas imediatas. Dada a necessidade de conferir segurança jurídica à própria sociedade, as leis precisam ser pensadas, refletidas e revistas com parcimônia pelos mais variados setores representativos, o que exige largo lapso temporal. Em oposição, o Poder Executivo é quem reúne capacidade de oferecer posições com agilidade, mesmo porque os atos dos Presidente da República não precisam ser debatidos com quem quer que seja. (NIEBUHR, 2001. p. 36)

Assim, as Medida Provisória tem sua utilização resguardada aos períodos de anormalidade, quando não é possível esperar soluções imediatas pelo Poder Legislativo (NIEBUHR, 2001). Porém, Lênio Streck e Moraes (2003) citam em seu livro que alguns países da América Latina, como o Brasil e a Argentina, utilizam desses institutos de maneira desordenada, resultando em dois fenômenos: (1) o decretismo e (2) as democracias delegativas.

Três países latino-americanos – Brasil, Argentina e Peru – se encaixam perfeitamente nesse modelo de democracia delegativa, dizia O'Donnell nos idos de 1991. Não é preciso recapitular e detalhar a profundidade da crise que esses países herdaram dos regimes ditatoriais. Uma crise social e econômica é o terreno ideal para liberar as propensões delegativas. Uma crise como essa gera um forte senso de urgência. Problemas e demandas se acumulam para os novos governos. Os presidentes se elegem prometendo que – fortes e corajosos, acima dos partidos e interesses, machos – salvarão o país. O governo deles é um “governo de salvadores”. Logo, os “pacotes” se seguem. Uma vez que as esperanças iniciais se dissipam, e os primeiros “pacotes” fracassam, o cinismo e o desespero se tornam atitudes dominantes. Os presidentes na Argentina, na Bolívia, no Brasil, no Equador e no Peru foram eleitos prometendo políticas (STRECK; MORAIS, 2003, p. 110)

Para Streck e Moraes (2003), em muitos países latinoamericanos, com uma memória recente do autoritarismo, existe uma visão paternalista do Presidente da República, o qual colocará "ordem na casa" e resolverá todos os problemas internos gerados pelas gestões

anteriores. Tal movimento gera eleições emocionadas, muito similar a dinâmica da torcida de um jogo esportivo. Então, quando declarado o político vitorioso, existe a sensação de que o povo, ou seja, a maioria que o elegeu, a qual em um país como o Brasil, consiste em cerca de 30% do eleitorado, delega poderes quase irrestritos ao presidente da república agirem da forma como acharem corretas a fim de consertar a estrutura interna da nação, gerando, por exemplo, aversão a fiscalização exercida pelos demais poderes (legislativo e judiciário) e por organizações privadas (STRECK; MORAIS, 2003).

Segundo O'Donnell, as democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é, assim, a encarnação da nação, o principal fiador do "interesse maior da nação", que cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – afinal, ele foi autorizado a governar como achar conveniente. E, como essa "figura paternal" precisa cuidar do conjunto da nação, é quase óbvio que sua sustentação não pode advir de um partido; sua base política tem de ser um movimento, a superação supostamente vibrante do facciosismo e dos conflitos que caracterizam os partidos. Tipicamente, os candidatos presidenciais vitoriosos nas democracias delegativas se apresentam como estando acima de todas as partes, isto é, os partidos políticos e dos interesses organizados. Como poderia ser de outra forma para alguém que afirma encarnar o conjunto da nação?" (STRECK; MORAIS, 2003, p. 109)

Já o "decretismo" é uma ação muito utilizada nas "democracias delegativas", por meio da decretação desgovernada de Medidas Provisórias a fim de o Presidente da República adquirir maior governabilidade (STRECK; MORAIS, 2003). Todavia, o sentimento particular de permissibilidade não faz com que tais atos se imputem como legítimos.

Apesar disso, não discordo da imprescindibilidade da edição de Medidas Provisórias em tempos de necessidades, como em períodos de grave crise financeira e calamidades públicas, em que não se pode esperar pelo tempo dispendido ao longo do rito ordinário.

Mas se não é lei em sentido estrito, qual a natureza jurídica das Medidas Provisórias?

O Presidente da República, enquanto chefe do Poder Executivo, configura no cargo de Chefe de Governo e de Estado, exercendo, Segundo Ataliba (1998) duas espécies distintas de funções, sendo elas as de caráter político e administrativo. As funções políticas estão previstas pela constituição federal e não dependem de regulamentação legal para a sua execução. Como exemplo dessas atribuições, Clève (2021) aponta a prerrogativa do Presidente da República iniciar o Processo Legislativo e nomear ministros de estado.

Além disso, por conta de sua natureza, elas são insuscetíveis de revisão quanto ao mérito por qualquer outro Poder, o que não significa que o Presidente necessariamente atuará

sozinho, existem casos, como na indicação para o posto de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a qual exige a realização da sabatina pelo Senado (ATALIBA, 1998).

Já as funções administrativas, normalmente mais voltadas a execução de políticas públicas, devem respeitar os princípios estabelecidos pelo artigo 37 da CRFB/1988, incluindo a legalidade, fundamento este responsável por limitar a atuação do agente público ao estipulado pela lei, até as mais genéricas, ou seja, aquelas não detalhadas o suficiente pelo legislador.

Em suma, é certo que, conforme o estabelecido, o Presidente da República não possui por si só a função unipessoal de editar uma lei. Além disso, o próprio caput do artigo 62 da Constituição Federal, confirma tal teoria, quando concede "força de lei" as Medidas Provisórias e, como ressaltado por Celso de Mello (2015), não se transmite força ao que já é. A Medida Provisória é, portanto, ato jurídico *sui generis* de natureza legislo-administrativa.

Confere-se a natureza administrativa a norma, pois, as Medidas Provisórias são regulamentos administrativos, do mesmo modo como previsto no artigo 84, IV e VI, da CRFB/1988²³, limitado a fiel execução do artigo 62 da Magna Carta; e, excepcional devido aos elementos relevância e urgência, os quais não apenas condicionam a sua edição, como possibilitam a atuação em matérias que apenas poderiam ser positivadas por vias legislativas. Quanto à natureza legislativa, ela não se dá por conta do plano da eficácia, mas sim, devido ao fato de conter a potencialidade de se transformar em lei. Portanto, a Medida Provisória é um regulamento administrativo autônomo com potencialidade de se transformar em lei.

3.2 A MEDIDA PROVISÓRIA E OS REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

Para explicar a natureza administrativa das Medidas Provisórias é necessário falar sobre os regulamentos administrativos no Brasil. Como já estudado, influenciado pelo modelo norte-americano, o Brasil optou pela separação tripartite do Poder Estatal, delegando a atividade normativa primária, de forma típica, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, a fiel execução das leis (PALMA, 2014).

²³ "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;"

Para Juliana Bonacorsi de Palma (2014), o debate acerca da atividade regulamentar da administração pública começa a ser desenhado, no Brasil, durante a vigência da constituição de 1824²⁴, quando os juristas da época começaram a discutir os limites dos atos do Imperador. Nesse momento, já existia o entendimento de que esses atos regulamentares eram secundários à lei. Porém, a extensa atividade normativa, surge de fato, com a Constituição de 1891²⁵ e o fim do Poder Moderador. Cabe destacar que ambas as Constituições trouxeram expresse em seus dispositivos, que aos regulamentos deveriam cumprir como finalidade a execução das leis.

Já a Constituição Federal de 1988 trouxe muitas matérias relativas ao Direito Administrativo, incluindo um amplo rol de princípios da Administração Pública presentes no artigo 37²⁶, direitos conferidos aos particulares a serem oponíveis ao Poder Público e a possibilidade do Presidente da República emitir Decretos e Regulamentos (PALMA 2014).

Nesses termos, sobre o regulamento administrativo, apesar de constar no ordenamento jurídico pátrio, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988, art 5, II), atribuindo-se tal prerrogativa tipicamente ao Congresso Federal, a Constituição também traz, no artigo 84, IV, que confere ao Presidente da República a competência de expedir decretos e leis a fim de atingir a fiel execução da lei (PALMA 2014)²⁷.

Assim, os doutrinadores clássicos definem os regulamentos administrativos, como a atividade normativa secundária, atribuída ao Presidente da República que o faz de maneira geral ou individual, para atender a execução da lei formal ou "disciplinar determinadas matérias inseridas na sua competência e não sujeitas à reserva de lei formal" (GONZALES, 2012, p. 3).

Nesse sentido, Celso de Mello dispõe:

“(...) Pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a

²⁴ "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principais atribuições

XII. Expedir os Decretos, Instruções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis". (BRASIL, 1824)

²⁵ Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República:

1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução". (BRASIL, 1891)

²⁶ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte"

²⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". (BRASIL, 1988)

estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.” (MELLO, 2015, p. 351).

Já autores como Gustavo Binjenbojm (2014) defendem uma visão mais ampla de regulamentos administrativos, onde tais atos, até mesmo os mais restritos a execução, teriam a possibilidade de inovar o ordenamento jurídico, ainda que limitados aos dispositivos da lei. De maneira similar, para o estudioso, parte da doutrina defende a leitura dos regulamentos expedidos pelo Presidente da República como leis materiais, pois, apesar de não terem sido expedidos diretamente pelo Congresso Nacional, e por isso não podem ser consideradas formais, elas têm a potencialidade de serem abstratas, gerais ou individuais, vinculantes e obrigatórias, tendo seu espaço normativo definido por leis Constitucionais ou infraconstitucionais, as quais definiram a margem de atuação do Poder Legislativo.

Os regulamentos são havidos por parte da doutrina como leis em sentido material, na medida em que veiculam normas gerais e abstratas, e têm por escopo básico desenvolver o sentido das normas legislativas ou, sem a necessidade da intermediação do legislador, para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, quando isto não implicar aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos. Embora os regulamentos possam ser vistos como leis em sentido material, na medida em que são atos gerais quanto aos seus destinatários e abstratos quanto às hipóteses em que são aplicáveis, jamais terão eles a eficácia normativa e a estatura hierárquica própria de um ato com força de lei (BINENBOJM, 2014, p. 160).

Acrescenta o autor que tal atividade administrativa da administração pública é tão utilizada no nosso sistema que, “os regulamentos são a fonte mais importante para o direito administrativo” (BINENBOJM, 2014, p. 160).

Sobre a sua classificação, Daniel Galliza Simões Lorenzo Gonzalez (2012), determina as espécies de regulamentos a partir de alguns critérios: (I) quanto ao destinatário do ato; (II) a abrangência de seus efeitos; (III) o agente emissor; (IV) e a sua posição em relação a lei. Esses últimos podem ser divididos em executivos e autônomos, os quais são objeto de muita divergência entre os estudiosos e a sua compreensão é de suma importância para o desenvolvimento da presente pesquisa.

Sobre a Classificação dos regulamentos autônomos, nas palavras do autor:

Lançadas essas considerações, insta observar que, em sede doutrinária, há uma pluralidade de classificações dos regulamentos, não existindo um consenso acerca do tema. Por exemplo, o eminente mestre administrativista Diogenes Gasparini vislumbra a existência de quatro classificações distintas quanto aos regulamentos no direito brasileiro: a) quanto aos destinatários, os regulamentos poderiam ser gerais ou especiais; b) referentemente à abrangência dos seus efeitos, haveria regulamentos nacionais e gerais; c) no que tange às entidades que os editam, configurar-se-iam em

federais, estaduais, distritais ou municipais; e, d) considerando a sua posição em relação à lei, os regulamentos seriam executivos, delegados ou autônomos. (GONZALEZ, 2012, p. 8).

Porém, antes de analisar especificamente os regulamentos executivos e autônomos, é necessário discutir as correntes doutrinárias que o cercam. Sobre o assunto, Juliana Barcosi de Palma (2014), em sua tese de doutorado, intitulada, "Atividade Normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo", consegue explorar com maestria os elementos que compõem os regulamentos administrativos. Diante disso, a respeito da essência de tal instituto, é possível destacar duas correntes: (I) da legalidade estrita ou legalismo, e (II) Neoconstitucionalismo.

Para a corrente do legalismo, as ações administrativas devem estar estritamente em conformidade com a lei, portanto, para os adeptos dessa teoria, os regulamentos devem estar limitados à lei a fim de alcançar a sua fiel execução. Pois, para esses autores, apenas a lei formal tem "força de lei", e por isso, gera os efeitos dispostos no art 5º, II, da CF/1988²⁸, por dois motivos: (I) a lei apenas adquire a sua força, quando ela passa pelo processo legislativo formal, o que garante o elemento político e democrático a norma; e (II) a Constituição Federal, expressamente prevê nos artigos 5º, II e 84, IV, que caberá a lei criar normas que obriguem a todos os cidadão e ao presidente da república editar regulamentos para a sua fiel execução (PALMA, 2014).

A chave de compreensão da legalidade administrativa, para este modo de interpretação, é a lei formal. Ao mesmo tempo em que a lei se apresenta como fundamento jurídico da organização e atuação administrativa, também é a lei que fixa os interesses públicos e os meios de satisfazê-los, condicionando por completo o exercício da função pública pela Administração. Assim, "o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis". A relação de legalidade no âmbito do direito administrativo logo seria compreendida como uma relação de conformidade, pois que, ao contrário do mundo privado em que prevalece a autonomia da vontade, a Administração tem por função satisfazer os interesses públicos fixados na lei formal, sob pena de incorrer em disponibilidade do interesse público, não por outra razão a defesa de que a Administração Pública apenas pode atuar *secundum legem*, e Não *contra legem* ou *pratear legem* (PALMA, 2014, p. 78)

Destarte, para a autora, o fato que mais distancia a lei dos regulamentos administrativos é a autonomia da vontade, pois enquanto no processo legislativo, os órgãos competentes tem amplas prerrogativas para inovar a ordem jurídica desde que respeitados os parâmetros constitucionais, os regulamentos estariam limitados ao mero exercício da função.

²⁸ "Art 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";

"Assim, a administração pública estaria limitada à operacionalidade dos ditames da lei formal. Não podendo, portanto, inovar a ordem jurídica" (PALMA, 2014, p. 78).

Já para a parte da doutrina alinhada ao Neoconstitucionalismo, a atividade normativa da Administração Pública não estaria limitada à fiel execução da lei formal, mas sim, à concretização da Constituição Federal (PALMA, 2014).

Na visão de Palma (2014, p. 79):

Primeiramente, a Constituição passa a figurar no centro do ordenamento jurídico. No caso brasileiro, este fenômeno teria iniciado tardiamente, apenas com a promulgação da constituição de 1988, mas cujos efeitos seriam incontestáveis: os preceitos constitucionais teriam efetivo valor normativo e a Constituição seria uma norma suprema dentre as demais fontes normativas (supremacia da Constituição). Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo conferiria uma nova perspectiva de compreensão e operacionalização do Direito, pois a ordem jurídica passaria a ser sintetizada a partir da Constituição, de modo que, a aplicação do Direito implicaria, na ponta, em aplicação direta ou indireta dos princípios e preceitos constitucionais (filtragem constitucional). Por fim, o movimento de constitucionalização do Direito determinaria que a principiologia constitucional e a ordem de valores enfaixada na Constituição passaria a direcionar a realização do Direito como um todo, inclusive a atuação administrativa desde a elaboração de sofisticadas políticas públicas até a edição de atos administrativos mezinhos.

Importante destacar que o princípio da legalidade ainda existe para os adeptos desta corrente, mas ele passaria a estar subordinado primeiro à Constituição e apenas em um segundo plano a lei formal. Como consequência disso, a Administração Pública ao invés de exercer o papel de simples executor das normas, ela também atuaria como um intérprete constitucional, concebendo portanto a validade de atos administrativos, que deixem de aplicar leis formais por entendê-las inconstitucionais (PALMA, 2014; BARROSO, 2009).

Nesses termos, conforme exposto pela autora (PALMA, 2014, p. 80):

Com o posicionamento da Constituição na centralidade no Direito Administrativo, o neoconstitucionalismo reconhece a validade jurídica dos atos administrativos que deixam de aplicar o conteúdo de uma lei formalmente válida e eficaz por entendê-la inconstitucional. Pela chamada *judiciedade contra legem*, lei administrativa reputada inconstitucional pode ser afastada mediante motivação com fundamento imediato na constituição, independente de pronunciamento judicial prévio, uma vez que a Administração Pública é uma das Intérpretes constitucionais

Por fim, mesmo que a doutora Juliana de Palma expressamente afirme não se alinhar à corrente Neoconstitucionalista, ela assume que é forte a "constitucionalização do Direito Administrativo" (PALMA, 2014, p. 82). A partir do estudo das correntes doutrinárias acerca da aplicabilidade do princípio da legalidade do regulamento administrativo, é possível estudar a classificação de tal instituto sobre a ótica da sua margem de atuação.

Como já apresentado, sobre essa ótica, existem dois tipos de regulamentos principais, os executivos e os autônomos. Em teoria, os primeiros se apresentam no ordenamento jurídico pátrio através do art 84, IV e o segundo, através do artigo 84, VI da CRFB, que dispõe:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Os regulamentos autônomos seriam, portanto, nas palavras de Binbenbojm (2014, p. 168), "aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção".

A respeito da classificação dos regulamentos administrativos em decorrência de sua margem de atuação, é possível destacar duas correntes principais: (I) a que nega a existência dos regulamentos autônomos, defendendo apenas a existência dos regulamentos de execução; (II) a que defende a coexistência das duas espécies no ordenamento jurídico brasileiro.

Os adeptos da primeira corrente, negam a existência de regulamentos autônomos, pois afirmam que o princípio da legalidade, assim como expresso no artigo 37 e 84, IV da CF/1988, obriga a fiel submissão destes atos as leis formais editadas pelo congresso, não admitindo dessa forma a edição de uma espécie de regulamento fundamentada apenas na CF/1988. Diante de tais informações:

Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do *princípio da legalidade no Brasil* impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato *estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*. Logo, com a ressalva acima feita, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como "regulamentos executivos". Daí que, em nosso sistema, *de direito*, a função do regulamento é muito modesta. (MELLO, 2015, p. 351)

No tocante ao artigo 84, VI, da CF/1988, Mello (2015) argumenta que não se trata de atos autônomos, pois a alínea "a" apresenta mera possibilidade de arranjo de órgão criados em lei e, da mesma forma, na alínea "b", trata-se apenas de "ato concreto de sentido contraposto a uma lei", nesse caso, o cargo é criado por lei, o decreto poderia apenas extinguir o cargo, desfazendo um mandamento legal.

Em contrapartida, autores como Binbenbojm (2014), não apenas defendem a existência dos regulamentos autônomos, como também vislumbram a possibilidade dos regulamentos de

execução não estarem apenas submetidos ao legalismo estrito, o permitindo repetir, ampliar e completar a matéria disposta em lei.

Para Binenbojm (2014), os regulamentos dispostos no artigo 84, IV da CF/88, são sim editados com objetivo de executar o disposto em lei, mas o fato de o ato estar submetido à lei formal não impede que ele inove na ordem jurídica. Isso porque, quando editado um regulamento, o seu principal objetivo é trazer normas específicas que possam ser utilizadas na concretização de uma diretriz ou mandamento legal.

Dessarte, esta espécie de regulamentos pode inovar na ordem jurídica dentro dos limites impostos pela lei, o qual poderá ser maior ou menor, a depender da abstração do legislador (BINENBOJM, 2014). Portanto, os regulamentos executivos podem ser considerados uma norma nova, desde que não contrariem a lei. Da forma como exposta pelo autor:

Entende-se que os regulamentos de execução operam efeitos apenas *secundum legem* e *intra legem*, nunca *ultra legem*, *contra legem*, ou *praeter legem*. Neste sentido, o regulamento executivo tem por escopo básico instrumentalizar a execução da lei, "detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo." São eles que "desenvolvem os textos legais" (BINENBOJM, 2014, p. 164)

Já os regulamentos autônomos são atos administrativos, cuja a sua edição foi conferida ao Presidente da República por meio de distribuição de competência atribuída de maneira direta ou indireta através da Constituição Federal, sem a necessidade de lei infraconstitucional para intermediar essa relação (BINENBOJM, 2014).

Assim, embora boa parte da doutrina cite o inciso VI do artigo 84 da CF/1988 como o responsável por instituir o regulamento autônomo na Constituição de 1988, muitos autores como González (2012) e Binenbojm (2014) argumentam que esta modalidade de ato normativo se estende para outros artigos da Constituição, como o art 49, inciso V²⁹ e o art 237³⁰.

Em síntese: são autônomos os regulamentos que encontram fundamento direto na Constituição, seja por uma competência normativa expressamente assinalada no texto constitucional (como aquela prevista no art. 84, VI, a, introduzido pela Emenda Constitucional no 32/2001 e no art. 237 da Carta de 1988), seja como uma decorrência implícita de competências administrativas que careçam de normatização

²⁹Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa";

³⁰Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda".

prévia ao seu exercício. Duas ressalvas se fazem necessárias, todavia, em relação aos regulamentos autônomos: (i) em ambas as hipóteses assegura-se a primazia da lei supervenientemente editada sobre os regulamentos autônomos;³⁸⁰ (ii) não se admite a sua edição em espaços sujeitos à reserva legal (BINENBOJM, 2014, p. 179)

Ademais, parte da doutrina, ao analisar a existência dos regulamentos autônomos no Brasil, o faz comparando com o direito Europeu, o qual, historicamente falando, apresentam três espécies de regulamentos: (I) executivos, (II) delegados e (III) autônomos (MELLO, 2015)³¹.

A respeito do assunto, Mello acrescenta:

Dessarte, regulamentos que dispunham sobre os assuntos referidos eram então estranhos ao que, nos Direitos europeus, chamou-se de "reserva de lei". Podiam, por isto, independentemente de lei, ser editados pelo Executivo. Tais regulamentos é que são os *regulamentos independentes ou autônomos*, pois, ao contrário dos regulamentos *executivos*, não dependiam de lei alguma e expressavam um poder autônomo do Executivo. Se tais regulamentos foram havidos como uma expressão de poderes naturais do Executivo, mais tarde vieram a ter previsão constitucional expressa. Assim, por exemplo, na França, onde seu âmbito é o mais amplo possível, o art. 34 da Constituição de 1958 menciona as questões que são "matéria de lei", e no art. 37 se diz que tudo que não estiver incluído como matéria de lei é matéria de regulamento. (MELLO, 2015, p. 349)

Sobre os regulamentos autônomos, entre os países que utilizam esse instituto, destaca-se o direito francês. Tanto que, segundo Binenbojm (2014, p. 169), “diz-se na França que o art. 37 tem por escopo a deslegalização de matérias”.

A divisão de domínios normativos na França deu-se da seguinte forma: primeiramente, estabeleceu-se, no art. 34, uma enumeração taxativa daquelas matérias que deveriam ser tratadas por lei. Em segundo lugar, o art. 37 estabeleceu que as demais matérias não enumeradas no art. 34 têm caráter regulamentar e que "os textos de forma legislativa referentes a tais matérias podem ser modificados por decretos promulgados após consulta ao Conselho de Estado". Determina ainda o referido art. 37 que "os textos legislativos que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da presente Constituição só poderão ser modificados por decreto se o Conselho Constitucional declarar que têm caráter regulamentar. (BINENBOJM, 2014, p. 168)

É de se destacar a importância do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional, os quais devem ser consultados previamente. Isso porque, na França, a lei não se sujeita ao controle de constitucionalidade após a sua promulgação, sendo necessária a realização prévia dessa análise (BINENBOJM, 2014).

³¹ Semelhante ao que ocorre no processo de criação de uma Lei Delegada, prevista pela Constituição de 1988, em alguns países da Europa, os regulamentos autorizados permitiam que o Legislativo conferisse por meio desse ato ao legislativo o Poder de disciplinar determinada matéria. (MELLO, 2015)

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) argumenta que o ato administrativo disposto no art 84, VI, da CF/1988 não corresponde aos regulamentos autônomos europeus, não sendo possível comparar os regulamentos administrativo brasileiro com o direito alienígena.

De fato, é difícil comparar os regulamentos administrativos disposto no ordenamento jurídico brasileiro com os estrangeiros, em especial o europeu, quando nos atemos apenas a uma análise histórica do Poder Regulamentar do Presidente da República, sem estudar toda a separação de competências no âmbito de outras funções estatais dispostas ao Chefe do Executivo em Constituições anteriores. Isso porque, no Brasil, essa não é uma questão apenas administrativa, pois, o país, ao longo de pouco mais de 200 anos de história, passou por três períodos de extremo autoritarismo, que permitiram ao Chefe do Executivo exercer, muitas vezes de maneira unipessoal, funções legislativas.

Primeiro o Imperador, e depois o Presidente da República durante a Era Vargas e o Regime Militar, além de controlarem o funcionamento do parlamento, também detinham amplas prerrogativas para a criação de leis. Nesses termos, é importante destacar que o Decreto-lei, vigente durante o Estado Novo, não era considerado função regulamentar, mas sim função legislativa, ou seja, lei.

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição (BRASIL, 1937).

Por outro lado, a Constituição de 1967 (1969)³² não trouxe nenhuma menção à natureza jurídica dos Decretos-lei, semelhante à maneira tratada pela Constituinte em 1988, apenas o elencou no rol das espécies abarcadas pelo Processo Legislativo (art. 49)³³ e delimitou as hipóteses e a forma de incidência (art 58)³⁴.

³² A Marcação "Constituição de 1967 (1969)" está sendo utilizada ao longo da pesquisa, pois, para muitos autores, como Marco Antônio Villa (2011), a Emenda Constitucional editada em 1969 realizava tantas alterações na Constituição de 1967 que, na prática, poderia ser considerada uma nova constituição.

³³ "Art 49 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares à Constituição;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - decretos-leis;
- VI - decretos legislativos
- VII - Resoluções". (BRASIL, 1967)

³⁴ "Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

- I - segurança nacional;

Além dessas semelhanças, alguns autores como Vera Marisa Vieira Ramos (1987), já defendiam que os Decretos-lei só poderiam ser considerados leis no plano da eficácia, devendo ser considerados, desde sua edição, como Decretos, por classificá-los como atos do Presidente da República.

Os decretos-lei são atos baixados pelo Presidente da República (sem a possibilidade de sua adoção também pelos Estados-membros, por força do parágrafo único do art 200), dentro de matérias delimitadas e circunstâncias especiais, dotadas de força própria de lei. São decretos na medida em que são atos da alçada do Presidente da República e são leis enquanto da eficácia inerente a estas estão invertidos. (RAMOS, p. 166)

É nítido que as medidas provisórias e as leis-delegadas adentraram no nosso ordenamento jurídico como uma forma de substituir de maneira democrática o instituto do Decreto-lei.

Ademais, destaca-se que "a Medida Provisória pode ser pontuada como como componente imprescindível à formação do poder de agenda do Executivo" (PALMA, 2014, p. 83). Do mesmo modo, os Decretos-leis foram amplamente utilizados no Brasil nos períodos em que tiveram vigência. Em todo caso, existiam muitos autores que, já durante a vigência da Constituição de 1967 (1969), defendiam a existência dos decretos autônomos.

Conforme Binenbojm (2014), similar ao que ocorre atualmente, havia muitas divergências acerca da matéria durante o Regime Militar, período em que muitos juristas ainda sustentavam apenas a existência dos regulamentos executivos. Porém, os defensores da existência de regulamentos autônomos, os faziam conforme o art. 81, V da CF/1967 (1969)³⁵.

Assim, autores como Hely Lopes Meirelles defendiam que tais regulamentos poderiam ser editados caso houvesse omissão legislativa a respeito do assunto desde que a matéria não se tratasse de objeto de competência estritamente legislativa. Cabe ressaltar que, estes atos administrativos, só seriam considerados válidos, para o teórico, enquanto não editada lei a respeito do assunto (MEIRELES *apud* BINENBOJM, 2014)

Todavia, com a nova redação do art. 84, IV da CF/1988, a qual traz como objetivo dos regulamentos a fiel execução da lei, muitos autores deixaram de defender tal instituto (BINENBOJM, 2014).

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado". (BRASIL, 1967)

³⁵Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República: V - dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal" (BRASIL, 1969).

Vale ainda apontar que, apesar das divergências doutrinárias, Binjenbojm (2014), afirma que o STF decidiu duas vezes, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.254-ES e 2.857-ES, reconhecendo uma nova espécie de regulamento, mas se mantém a preferência da lei. Dessa forma, quando se tratar de "matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá no que dispuser em sentido diverso" (BINENBOJM, 2014, p. 176).

Ademais, ainda se aceita a sujeição de tais atos quando houver omissão legislativa de matéria reservada à lei formal ou material, a qual seria necessária para que a Administração Pública cumpra algum dever constitucionalmente estabelecido. Porém, também, prevalece a lei formal editada posterior à edição do regulamento.

Por fim, é importante destacar que negar a influência do direito constitucional no instituto dos regulamentos administrativos é negar a realidade jurídica e política brasileira. Isso porque, o Estado Constitucional de Direito, desenvolve-se na Europa apenas no pós 2º Guerra Mundial, em especial na Alemanha e na Itália, com a retomada da discussão durante a década de 1970, com o fim dos regimes autoritários na Espanha e em Portugal. Enquanto no Brasil, tal processo se iniciou na década de 1980, com a edição da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2009). Pois, até esses períodos, a Carta Constitucional era encarada como um instrumento político e administrativo, sem haver força normativa pragmática (BARROSO, 2009). Sobre a realidade brasileira, o Ministro Luís Roberto Barroso apresenta:

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada (*v. supra*). (BARROSO, 2009, p. 160)

Na concepção de Barroso(2009,p.159),com o Neoconstitucionalismo, houve três grandes mudanças: "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional". Desta forma, assim, não apenas a Constituição Federal passou a ter dupla função legislativa. A primeira é que agora tem força normativa, passando a exercer um valor

vinculante e obrigatório, e a segunda, reside no fato de ser considerada objeto de subordinação para as demais leis do ordenamento jurídico de um país.

Portanto, quando o artigo 84, IV da CF/1988, traz em seu texto a ideia de que os regulamentos administrativos servem para conferir a fiel execução da lei, não podem os juristas limitar esses dispositivos às normas infraconstitucionais, pois a Constituição Federal também é lei. É nesse ponto que surge a ideia dos regulamentos autônomos, os quais nada mais são do que o exercício regulamentar conferido por um comando constitucional.

São, por conseguinte, nos termos da Constituição Federal de 1988, as Medidas Provisórias, regulamentos administrativos, pois, o artigo 62, caput, como bem discutido, traz que é prerrogativa do presidente da República editar unipessoalmente Medidas Provisórias, no caso de relevância e urgência, com força de lei.

Entretanto as Medidas Provisórias não são atos administrativos comuns, pois embora não sejam consideradas leis desde seu nascimento, estas possuem natureza legislativa já que detêm a expectativa de serem convertidas em lei através de apreciação realizada pelo Congresso Nacional.

Além disso, apesar de não poderem ser consideradas como atos eminentemente políticos, as Medidas Provisórias possuem um caráter político, pois, todo ato discricionário de um agente público, em especial daqueles conferidos através do sufrágio direto tem certo grau político na tomada de decisão.

As Medidas Provisórias são portanto Regulamentos Administrativos Autônomos de natureza *sui generis*.

Acerca da sua característica autônoma, esta é reforçada, pois conforme, Binjenbojm (2014) os atos autônomos não são limitados ao artigo 84, VI da CF/1988 e (II) eles não surgiram com a implementação deste dispositivo no texto constitucional.

Vale consignar que a previsão constitucional expressa da possibilidade da edição de regulamentos autônomos não é propriamente uma inovação da EC 32/2001. Com efeito, o art. 237 da Constituição, situado nas "Disposições Constitucionais Gerais", atribui ao Ministério da Fazenda competência para exercer a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. (BINENBOJM, 2014, p. 178)

Note-se que a existência do art. 84, VI, "a" e do art. 237, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que mencionam, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos, na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reservas de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar. (BINENBOJM, 2014, p. 179).

Por fim, conclui-se que a Medida Provisória, não é apenas um Regulamento Administrativo Autônomo limitado à fiel execução do artigo 62 da Constituição Federal, ela também é um ato editado com a pretensão de ser transformado em lei. Possuindo assim natureza jurídica administrativa e legislativa. Por conta dessa característica, quando examinada a constitucionalidade e a validade de uma Medida Provisória, deve-se observar tais requisitos, na perspectiva administrativa e legislativa, mesmo após a sua conversão em lei ordinária.

4 OS REQUISITOS, RELEVÂNCIA E URGÊNCIA SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesta seção será analisada a materialização dos requisitos, relevância e urgências, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, em especial, a necessidade da utilização de princípios da Administração Pública, como forma de concretização e controle desses pressupostos.

4.1 OS CONCEITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

Como já estudado, as Medidas Provisórias são atos normativos de natureza legislo-administrativa, pois, são regulamentos administrativos autônomos com força de lei ordinária, cuja edição está condicionada aos requisitos, relevância e urgência, presentes no artigo 62 da CF/1988.

Sobre tais pressupostos, Clémerson Merlin Cléve (2021) pontua que estas são cláusulas abertas e por isso não possuem um significado preciso. Porém, não significa que devam ser ignoradas ou que não seja possível determinar alguma espécie de lógica ou diretriz de aplicação, isso apenas indica que os conceitos podem ser adaptados conforme a realidade.

Sobre a matéria, o ex-Ministro Celso de Mello, expôs na Ação Direta de Inconstitucionalidade 293 MC/DF, em 16 de abril de 1993, que este ato normativo é competência constitucional extraordinária, constituindo, Poder Cautelar deferido ao Chefe do Poder Executivo da União, condicionando, portanto, a sua atuação a existência de um estado de necessidade de tamanha repercussão, que impõe ao poder público a adoção de uma resposta legislativa imediata, devido ao *periculum in mora* (perigo no atraso).

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 62) - NATUREZA JURÍDICA - COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - SEPARAÇÃO DE PODERES - SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL - NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO - MEDIDA PROVISÓRIA N. 190/90 - DISSÍDIOS COLETIVOS - PRESIDENTE DO T.S.T. - POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE SENTENÇAS NORMATIVAS - REEDIÇÃO CARACTERIZADA DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA - LIMINAR CONCEDIDA.

(...) O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio "periculum in mora" que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (BRASIL, 1990, p. 9)

Logo, para Mello, os requisitos, relevância e urgência, imprescindíveis para a edição de uma Medida Provisória, se traduzem no fato concreto como a existência de um estado de necessidade, o qual gere, "fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause lesão, de difícil reparação, ao interesse público" (BRASIL, 1990, p. 19).

De uma maneira mais específica, Cléve (2021, p. 73) traduz a relevância como "aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável", a qual deve satisfazer unicamente o interesse público³⁶. Não se trata também de relevância ordinária, presente no processo legislativo comum, mas sim, de relevância extraordinária e, por isso, o estado responsável por legitimar a edição de tal ato deve ser dotado de imprevisibilidade. Já a urgência, estaria ligada a questões temporais, quando a não prestação da medida legislativa poderia causar dano (CLÉVE, 2021).

De forma similar, Niebuhr (2001) aponta que toda a lei é relevante de uma certa forma, para conseguir operar no processo legislativo ordinário, por conta da extensão de seus efeitos, os quais incidem materialmente na vida dos cidadãos que estão sob a sua égide. Então, a Medida Provisória, por se tratar de função legislativa atípica do Chefe do Executivo, a sua relevância não pode ser meramente comum.

Desse modo, se toda a lei é relevante por si mesma, a medida provisória, por ser excepcional, requer grau de relevância também excepcional, extremo, absolutamente fora de parâmetros ordinários, apoiado em situação fática anômala, para exprimir providência que seja efetivamente indispensável, cujo não atendimento acarretaria gravames de enorme repercussão (NIEBUHR, 2001, p. 93).

³⁶ Para Parahyba (2010), o interesse público é um princípio presente em todos os Estados Sociais, o qual consiste no fato de toda a atuação da Máquina Governamental, seja na criação de leis ou na implementação de políticas públicas, tenha como finalidade o bem comum. Todavia, para o autor, apesar de muito importante na atualidade, este preceito também detém uma parcela de indeterminação.

Além disso, é importante ressaltar que, não é porque a matéria seja pertinente para a concretização da agenda política de um Presidente da República que ela necessariamente seja dotada de relevância institucional (NIEBUHR, 2001).

Quando a Constituição Federal atribuiu ao Poder Legislativo a função de legislar, ela não apenas permitiu que esse órgão editasse leis de maneira típica, como, o concedeu, também, a prerrogativa de realizar o juízo de valores acerca de quais matérias deveriam virar lei e em que momento isto deveria ocorrer. De maneira óbvia, a CF/1988 traz as matérias que devem ser constituídas em lei, mas se não há prazo estabelecido pela própria Constituição, o Congresso Nacional é livre para legislar quando e da forma que achar necessário.

A respeito da urgência, Niebuhr (2001) destaca não apenas o fato de tal requisito fazer referência às matérias as quais não podem aguardar os trâmites do Processo Legislativo Ordinário, mas também, as hipóteses em que não é possível utilizar os demais procedimentos previstos na CF/1988, incluindo a edição de projetos de lei de iniciativa do Presidente da República com solicitação de urgência e a Lei Delegada³⁷³⁸.

Outrossim, na ADI 293 MC/DF, Mello pontua que "Os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa - relevância da matéria e urgência na sua positivação - submetem-se, num primeiro momento, ao juízo político e avaliação discricionária do presidente da república". Por conseguinte, o autor, coloca a medida provisória como um direito potestativo do Presidente dotado de discricionariedade, desde que submetido a tais pressupostos, o tornando, " árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício" (BRASIL, 1990, 20).

Todavia, tal circunstância, não retira a prerrogativa dos demais poderes realizarem a apreciação dos requisitos condicionais. Sendo o Legislativo, através do procedimento

³⁷ "Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

³⁸ Para Niebuhr (2001), as Medidas Provisórias são mais gravosas que as Leis Delegadas. Pois, as matérias sujeitas a a delegação são delimitadas pelo Congresso Nacional por ato próprio e de maneira prévia, sendo que este órgão ainda poderá decidir se aprovará ou não a lei. Enquanto as MPs são elaboradas de maneira discricionária pelo Presidente da República, com eficácia anterior ao

legislativo extraordinário instaurado com a edição de uma MP e o Judiciário, através do Controle de Constitucionalidade (BRASIL, 1990).

A respeito da ADI 293 MC/DF, Niebuhr (2001) comenta que quando o então Ministro Celso de Mello caracterizou as Medidas Provisórias como ato normativo primário, discricionário e político do Presidente da República, não considerou como uma liberdade irrestrita do Chefe do Executivo de legislar conforme a sua vontade ou interesse político. Pois, a discricionariedade conferida à autoridade competente é a de decidir se deve ou não atuar em determinado fato concreto, ou seja, ainda é necessário haver as circunstâncias fáticas excepcionais que exijam uma resposta imediata.

O autor ainda defende que a matéria deve ser concomitantemente relevante e urgente, devendo-se haver correspondência entre tais pressupostos e a norma (NIEBUHR, 2001).

Quer dizer que, antes mesmo de avaliar as normas consignadas na medida provisória, é imperativo julgar se há fatos relevantes e urgentes. Após analisar os fatos, então sim, parte-se para o teor normativo da medida provisória, isto é, se avalia se as providências tomadas são relevantes e urgentes. (NIEBUHR, 2001, p. 92)

Logo, o Presidente da República não tem competência irrestrita para atuar, pois o campo de atuação de uma Medida Provisória é restrita à relevância e à urgência do caso concreto.

Ademais, esta discussão ganhou espaço novamente em 2015, no Supremo Tribunal Federal, com Recurso Extraordinário n° 568.396/RS que discutia a constitucionalidade do artigo 5° da Medida Provisória n° 2170-35/2001³⁹, entre outros motivos, em decorrência dos requisitos de relevância e urgência.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 5o DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.

³⁹ A MP n°2170-35 foi editada em 2001 e "dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências." Os Principais objeto de discussão, no Recurso Extraordinário no 568.396/RS, era (I) o artigo 5° o qual versava que "nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano" e (II) a possibilidade da vigência desta Medida por tempo indeterminado (BRASIL, 2001).

2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.
3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.
4. Recurso extraordinário provido. (BRASIL, 2015, p. 1)

Marco Aurélio, ministro relator, decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 5º da MP nº 2.170/2001, defendendo a ausência dos requisitos de relevância e urgência na edição da norma. Porém, a maior parte dos outros ministros decidiram pela constitucionalidade da norma.

Dessarte, a análise feita por Teori Zavascki, Ministro responsável pela elaboração da ementa e cujo voto foi acompanhado pela maioria de seus colegas, foi em defesa da incidência do controle estrito, o qual permite ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle judicial apenas quando os requisitos constitucionais forem flagrantemente desrespeitados. Seguindo esse critério, em sede do Recurso Extraordinário nº 568.396/RS, o jurista acolheu a existência cabal dos requisitos, relevância e urgência, reconhecendo, conseqüentemente, a constitucionalidade, argumentando que:

Quanto à relevância, não há o que opor contra a edição da medida provisória em questão. O tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. De modo que é difícil imaginar a possibilidade de se declarar que não havia relevância na matéria, em se tratando de regular operações do Sistema Financeiro.

No que se refere à urgência, também vejo dificuldade de, agora, já passados quase quinze anos, nos transportarmos para o passado, numa época em que a situação econômica, o Sistema Financeiro, vivia num cenário completamente diferente, e afirmarmos hoje que aquela medida provisória deve ser considerada nula porque faltou urgência naquela oportunidade (BRASIL, 2015, p. 2)

É ainda tocante enfatizar que, por se tratar de norma em vigor há quinze anos, a contar da data do julgamento, é importante manter a constitucionalidade da norma por uma questão de Segurança Jurídica e conveniência. Sobre o assunto Zavascki pontuou que:

Acrescento também que existe, a propósito do tema - como também salientou o Ministro Relator - uma ação direta de inconstitucionalidade na qual foi pedida uma medida liminar. Embora conte com a adesão dos votos de alguns Ministros e a oposição de outros, a verdade é que até hoje não se concedeu essa medida liminar. Portanto, essa norma está vigorando há quinze anos. Declararmos a inconstitucionalidade dessa norma significaria, portanto, atuar sobre um passado em que milhares de operações financeiras, em tese, poderiam ser atingidas. Até por esse motivo de conveniência, não vejo como se deva, hoje, declarar a inconstitucionalidade (BRASIL, 2015, p. 14).

Da mesma forma, Rosa Weber reforça:

As duas teses foram muito bem expostas. Eu também havia definido, como tema decidendo, justamente a existência ou não de urgência e relevância para a edição de medida provisória sobre o tema, requisitos constantes do art. 62 da Constituição da República. E, assim como o Ministro Teori, não vejo como agora, quinze anos depois, pronunciar-me a respeito de sua eventual inexistência, destacando, ainda, que a própria jurisprudência do Supremo não apresenta norte quanto ao tema, porque a matéria até hoje não foi enfrentada em ADI pendente de julgamento (BRASIL, 2015, p. 15).

Outrossim, Gustavo Binenbojm (2014), também defende a necessidade de prezar pela Segurança Jurídica, mesmo na hipótese da incidência de atos inconstitucionais editados de maneira unilateral pelo Presidente da República, como uma forma de resguardar a confiabilidade com os administrados.

A segurança jurídica representa, como se sabe, uma das ideias mais caras ao Estado de direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública.

(...) Neste sentido, pode-se afirmar que a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo,⁴⁰⁵ verdadeiro princípio implícito à cláusula do Estado democrático de direito e ao sistema de direitos fundamentais (BINENBOJM, 2014, p. 186).

De fato, é necessário resguardar a Segurança Jurídica em um Estado Democrático de Direito, porém é igualmente importante preservar a confiabilidade nas instituições. Por isso, deve haver um limite na aceitação de um ato potencialmente inconstitucional, que agregue a boa-fé do cidadão que agiu pensando se tratar de norma legítima e preserve a distribuição de competências disposta pela Constituição Federal.

Conclui-se, por fim, que não é Democrático aceitar ações inconstitucionais advindas dos agentes estatais. Ao contrário disso, é necessário prezar pela fiel execução dos instrumentos legais, inclusive investindo em mecanismo de controle dos atos públicos. Pois, aceitar a vigência de uma Medida Provisória dotada de vício na consubstanciação dos preceitos, relevância e urgência, é permitir que o Poder Executivo se sobreponha aos demais órgãos da União.

4.2 A RELEVÂNCIA E A URGÊNCIA CONJUGADA COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As Medidas Provisórias, enquanto regulamentos administrativos são atos administrativos normativos cuja edição está condicionada ao preenchimento dos requisitos, relevância e urgência, os quais são considerados conceitos indeterminados, fato este que, para Parahyba (2010), confere discricionariedade ao agente público.

Parte da doutrina, a exemplo de Antonio Francisco de Sousa e Germana de Oliveira Moraes, sustenta que a indeterminação dos conceitos no âmbito normativo, não significa não poderem ser determinados no caso concreto, ou seja, os conceitos indeterminados ou fluidos somente apresentam essa característica quando são considerados em abstrato; mas, quando da aplicação diante dos casos concretos, a indeterminação não subsiste.

Em confronto com as situações do mundo dos fatos, tais conceitos ganhariam concretude e univocidade, de tal maneira que, diante das situações fáticas, sempre se poderia perceber quando uma determinada situação é considerada ou não “necessidade pública”, se determinada função é dotada ou não de “periculosidade”, se o interesse em questão é ou não “relevante” e assim por diante (...).

A melhor solução é a que considera a existência de discricionariedade no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, mas não em todas as hipóteses, pois a indeterminação dos conceitos é reduzida pelo contexto em que estão inseridos e pela mutação que sofrem em virtude da apreciação pelo Direito (PARAHYBA, XXX, p. 2013).

Diante disso, a doutrina clássica classifica os atos administrativos de acordo com a liberdade conferida pela administração pública, em atos vinculados ou discricionários. Binenbojm (2014) indica que os atos vinculados são aqueles amarrados à lei e discricionários, os vinculados a princípios. De forma semelhante, Celso de Mello (2015), adepto a esta corrente, conceitua:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos "discricionários", pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles* (MELLO, 2015, p. 439).

Todavia, apesar dessa distinção, Celso de Mello (2015) aponta que mesmo discricionário, todo ato tem um certo grau de vinculação, ainda que apenas em relação, a competência designada por lei ou pela constituição para a sua prática ou a sua finalidade, pois

todo ato administrativo almeja de certa forma alcançar o interesse público. Nas palavras do autor:

Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fin* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato - e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto (MELLO, 2015, p. 439).

Já Binenbojm (2014), por acreditar não haver ato totalmente vinculado ou discricionário, não concorda com tal dicotomia, propondo uma nova forma de classificação, a qual deveria ser realizada através da análise do grau de vinculação de cada ato e de sua judicialidade (grau de controle jurisdicional da administração pública). Seguindo esse critério, os atos administrativos poderiam ser vinculados por: (I) regras; (II) conceitos jurídicos indeterminados; e (III) princípios constitucionais, legais ou regulamentares.

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários mas isto sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. (BINENBOJM, 2014, p. 219)

Os atos vinculados por regras, como o próprio nome diz, são atos determinados por regras, ou seja, normas descritivas, que delimitam a abrangência de determinado ato, conferido pouca margem de discricionariedade ao administrador, que "deverá fazer cumprir o comando cerrado contido na norma, cabendo ao Judiciário verificar se a conduta da autoridade administrativa foi a correta" (BINENBOJM, 2014, p. 244). Entretanto, para o Binenbojm (2014), tais atos são raridade no sistema jurídico pátrio, pois, para ele, a maior parte dos comandos administrativos contém um grau considerável de abstração.

De forma similar, Parahyba (2010, p. 2014) conceitua que "nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias à sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis à plena eficácia jurídica da medida prevista, sob pena de invalidade".

Já os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cuja aplicação está condicionada ao preenchimento de requisitos dispostos através de conceitos abertos. Como exemplo, Binenbojm (2014) traz a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, que apesar de estar sujeita a regra da idade, os requisitos, notável saber jurídico e reputação ilibada, são conceitos jurídicos indeterminados, fato este que não exclui a sua apreciação pelos demais órgãos, como ocorre por meio da sabatina realizada pelo senado e o controle de judicialidade.

Todavia, é importante destacar que, analogo ao controle estrito descrito pelo ministro Teori Zavascki, no Recurso Extraordinário no 568.396/RS, tais atos tem o controle realizado pelo judiciário limitado a uma avaliação negativa ou positiva, devendo-se esclarecer se há ou não um completo desvio na sua consubstanciação. No caso em questão, portanto, ao examinar a validade na escolha de um ministro do STF, o tribunal deveria apenas identificar, por exemplo, se a pessoa nomeada possui conhecimento jurídico o suficiente para exercer o cargo e se ela foi condenada em um processo penal. Não permitindo ao judiciário efetuar juízo de valor sobre a decisão tomada pelo Executivo, como, por exemplo, se a pessoa indicada é amiga íntima ou aliada política do Presidente da República, ou se existia alguma pessoa melhor do que aquela escolhida para exercer a função (BINENBOJM, 2014).

Diversamente do que se dá no controle de atos vinculados por regras, em que o juiz afere se a Administração deu ao caso a solução correta (controle positivo), no controle dos atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados o juiz deve ater-se a afastar as soluções manifestamente incorretas. Trata-se, assim, de um controle eminentemente negativo. (BINENBOJM, 2014, p. 246)

Assim, o instituto das Medidas Provisórias, conforme a análise realizada no tópico anterior, pode ser classificado como um ato vinculado por conceitos jurídicos indeterminados, pois estão condicionadas aos requisitos, relevância e urgência, reconhecidos como conceitos constitucionais abertos.

Em verdade, as Medidas Provisórias são atos vinculados, como todos os atos administrativos, em razão da: (I) finalidade, "interesse público" ou nesse caso "relevância"; (II) a competência, designada constitucionalmente ao Presidente da República; e (III) as vedações materiais dispostas pelo artigo 62, § 1º, da CF/1988. Porém, também são discricionárias devido aos preceitos indeterminados, relevância e urgência e, por conseguinte, ao tratar destes quesitos, atualmente, o judiciário deve observar apenas se: (I) o contexto fático criou a necessidade de se adotar uma medida a fim de resguardar o interesse público; (II) se essa medida tem um caráter de urgência, ou melhor, se não pode aguardar o processo

legislativo ordinário; e (III) se a medida é uma solução válida ao fato ensejador da necessidade e da urgência.

Entretanto, para o Binenbojm (2014) os conceitos indeterminados causam dúvidas e controvérsias em relação ao seu alcance e significado e ao grau de controle jurisdicional. Para o autor, em alguns momentos este será mais amplo e em outros mais limitado.

Com efeito, as normas jurídicas podem trazer, em seu enuncia do, conceitos objetivos (idade, sexo, hora, lugar), que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance; conceitos cujo conteúdo é decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento); e, finalmente, conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização) . Estes últimos integram o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de aplicação causa dúvidas e controvérsias, propugnando-se ora por um controle jurisdicional amplo, ora por um controle limitado, dependendo de sua associação ou dissociação da discricionariedade. (BINENBOJM, 2014, p. 226)

De acordo com Niebuhr (2001, p. 91), "nota-se que a locução conceitos indeterminados pressupõem existir algum conceito que, conquanto não seja preciso, definido, determinado, pode ser construído ou delimitado, mesmo que em linhas gerais". Algo que não apenas é possível, mas também necessário.

Além disso, Gustavo Binenbojm (2014), adverte que impedir o poder judiciário de exercer o controle sobre os atos do administrador público é permitir o ativismo monárquico.

Diante do tema, muitos juristas defendem o controle jurisdicional dos atos administrativos apenas nas matérias formalmente vinculadas à lei e nas zonas discricionárias uma reação mínima jurisdicional. Desse modo, pode o administrador no campo discricionário agir da forma como convier, desde que não seja completamente o mandamento legal (MELLO, 2015; BINENBOJM, 2014).

Todavia, nesse caso, só existe uma forma de estabelecer limites à atuação administrativa e jurisdicional, definindo tais conceitos, ou seja, tornando o que é indeterminável o mais determinável possível. Pois, quanto mais indeterminável o conceito, mais difícil dizer até que ponto a administração pública deve agir e quando o judiciário deve atuar.

No caso das Medidas Provisórias, como já muitas vezes apontado, a Constituição quando propôs como requisito, a "relevância" e a "urgência", não conceituou tais termo, quem, de fato, trouxe o significado de "relevância" como uma resposta a uma necessidade extraordinária causada por um fato concreto e a "urgência" como a impossibilidade de aguardar o processo legislativo comum, foram a doutrina e jurisprudência. Porém, mesmo

com os esforços do intérprete de conceituar tais temas, eles se mantêm ainda muito vagos e indeterminados, com apenas um diferencial, estão sujeitos a discordância.

Pois, por exemplo, apesar de um pouco mais delimitado do que a simples menção à "relevância", o termo "necessidade extraordinária" também é muito vago e sujeito a muitas indagações, sobre o significado de necessidade e o que ensejaria a extraordinariedade. Além do mais, muitos juristas poderiam se opor a esse conceito, propondo, por exemplo, que a constituição não se refere a necessidade extraordinária, mas a qualquer necessidade ou questionando se em verdade o vocábulo "necessidade" satisfaz o mandamento "relevância".

Assim, para Niebuhr (2001), por os preceitos dispostos no artigo 62 da CF/1988 serem serem conceitos populares e de muito uso no cotidiano popular, a simples menção de um sinônimo não é o suficiente, pois, dessa forma, o problema seria transferido para outro termo, e nada se resolveria acerca da sua aplicabilidade nos institutos das Medidas Provisórias.

Ademais, julgo afirmar que a simples menção a qualquer significado aos preceitos constitucionais, "relevância" e "urgência" de nada adiantará na prática se não for proposto um mecanismo eficaz de atuação e de controle. Por isso, sugere-se, a partir da presente pesquisa, a utilização dos princípios norteadores da Administração Pública na consubstanciação destes requisitos e, conseqüentemente, na motivação da Medida, e na análise do mérito e do motivo sucedido pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Parahyba (2010) atribui aos atos discricionários a materialização dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais exigem que a administração pública concretize as demandas abstratas legais conforme o contexto fático, permitindo que o agente público aja com uma certa liberdade.

Semelhante a Binenbojm, o autor reconhece a limitação da atuação do Judiciário quando se tratar de critérios relacionados à conveniência e oportunidade. Porém, ele discorda da tese do controle judicial restrito, onde o magistrado só poderia intervir quando houvesse completa obscuridade do administrador (PARAHYBA, 2010).

A noção de discricionariedade serve justamente para se referir a situações em que a Administração se utiliza de certa liberdade, por força do qual o Poder Judiciário não pode ir além de certos limites estabelecidos.

A discricionariedade não se limita à esfera das opções administrativas com base em critérios de oportunidade e conveniência, tema pertencente ao mérito do ato administrativo. Certamente que o abrange, mas não se restringe a ele, pois também envolve tema da interpretação dos conceitos indeterminados (PARAHYBA, 2010, p. 2014)

Então, Parahyba (2010) defende um espaço mais amplo de atuação do Judiciário, isso porque, a legislação teria disposto limites à atuação do Poder Executivo quando: (I) versou sobre os conceitos abstratos, pois, conceder discricionariedade aos agentes públicos não é o mesmo do que atribuir plena arbitrariedade, já que a Administração ainda está vinculada a lei mas de uma forma mais branda; e (II) instituiu princípios a ordem jurídica. De maneira mais detalhada, o autor enfatiza que:

O legislador mostra-se incapaz de prever todas as situações possíveis de ocorrer na realidade dos fatos e, por tal motivo, opta por atribuir ao administrador, a possibilidade de escolher, com base em seus próprios critérios, qual a melhor solução diante do caso concreto. Mas é necessário ressaltar que a discricionariedade não é resultado de uma simples possibilidade de fato de escolher entre duas condutas possíveis.

Resulta, na verdade, de uma possibilidade jurídica da realização dessa escolha. Portanto, tal escolha conferida ao administrador somente caracteriza a discricionariedade quando é determinada em lei; pois, caso não haja essa determinação, não se pode falar em poder discricionário. (PARAHYBA, 2010, p. 2014)

Sobre os princípios, o autor defende que em um Estado de Direito, para assegurar as garantias e liberdades fundamentais dos indivíduos, a Constituição traz uma série de princípios norteadores da ordem jurídica e institucional pública. A legitimidade desse mecanismo ocorreria, na ordem administrativa, portanto, conforme analisado na seção anterior, pois parte significativa da demanda do Direito Administrativo é imposta pela Constituição Federal, ainda que apenas diante dos princípios estabelecidos pelo artigo 37 da CF/1988, os quais devem ser utilizado como parâmetro de atuação na execução dos conceitos abstratos (PARAHYBA, 2010)

A discricionariedade conferida ao administrador, para que o mesmo opte pela melhor maneira de satisfazer os interesses públicos, está submetida a vários limites, sem os quais se evidenciaria uma verdadeira arbitrariedade. Em um Estado de Direito não se concebe liberdades irrestritas, tendo em vista que todos os atos estatais devem estar correspondentes aos princípios constitucionais.

O controle, em geral, da atuação do administrador é absolutamente necessário. Dessa forma, à medida que se dá certa liberdade a esse para a emanação de determinados atos, é restringido seu poder de atuação. Sua atuação encontra limites nos princípios elencados em nossa Lei Magna. Ao exarar um ato administrativo discricionário, não pode o administrador desprender-se de aspectos como legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, todos referenciais de controle da atividade administrativa discricionária (PARAHYBA, 2010, p. 2016).

Dessarte, expõe-se os atos vinculados diretamente por princípios, também denominados, de maneira imprópria de atos discricionários, os quais teriam o menor grau vinculativo à juridicidade (BINENBOJM, 2014).

Para Binenbojm (2014), nesses casos, o Judiciário não apenas apura os requisitos vinculados, como também preza pela conformidade do ato com os princípios da Administração pública.

Assim, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima).

Dessa análise, poderá o magistrado concluir que o ato administrativo acatou aos princípios incidentes à hipótese, não causando qualquer lesão ao administrado. Caso conclua que algum princípio foi violado ou que a ponderação administrativa foi mal feita, poderá exercer um (i) controle ablativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato ou (ii), dependendo das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação dos princípios, realizar um controle ablativo e mandamental (ou condenatório), determinando qual a única decisão conforme ao direito para solucionar o caso (BINENBOJM, 2014, 247)

A respeito do tema, Robert Alexy (2015), importante jurista alemão, aponta que, análogo às regras, os princípios são normas jurídicas, mas diferente dos primeiros, possuem um alto grau de generalidade. Além disso, os princípios são mandamentos de otimização, os quais são satisfeitos conforme a realidade fática. Nas Palavras do autor:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2015, p. 90)

No Brasil, essa teoria foi transportada para o ordenamento jurídico pátrio, o qual previu, tanto na Constituição Federal quanto nas leis infraconstitucionais, princípios gerais e setoriais do Direito. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), o Direito Administrativo, do mesmo modo como os outros ramos normativos, possuem princípios que podem ser próprios (setoriais) ou comum a outras áreas jurídicas.

Os princípios Administrativos podem ser classificados como expressos, aqueles dispostos no artigo 37, caput, da CF/1988⁴⁰, e implícitos, os quais não estão formalmente transcritos na Constituição Federal, mas são aferidos, a partir de dispositivos pertinentes para a consolidação do Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, o interesse público, a segurança jurídica, a boa-fé, a motivação e a finalidade (PIETRO, 2015; MELLO, 2015).

A existência desta espécie normativa é importante, pois ela permite que a Administração Pública e o Judiciário mantenham o equilíbrio entre os deveres dos administradores e os direitos dos administrados (PIETRO, 2015). Em relação às Medidas Provisórias, alguns princípios merecem destaque, sendo eles o princípio da finalidade, do interesse público, da eficiência e da motivação.

Em primeiro lugar, é essencial citar o Princípio da Finalidade, no qual, para Celso de Mello (2015, p. 109), a Administração "subjuga-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa" descrita no ordenamento jurídico. Para o autor, quando o legislador positiva o conteúdo determinado pela norma primária, ele o faz visando um objetivo em específico, seja ele concreto ou abstrato.

Destaca-se que a finalidade é sempre um interesse público, pois, os agentes e órgãos responsáveis pela elaboração e execução da norma não podem utilizar a legislação com o intuito de atender os seus próprios interesses particulares (MELLO, 2015).

Além disso, ele está implícito no art 5º, LXIX da CF⁴¹, dispositivo este responsável por prever o Mandado de Segurança, remédio constitucional utilizado na hipótese de incidência de ação com abuso de poder quando o causante "for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (BRASIL, 1988), pois "um dos limites do Poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado" (MELLO, 2015, p. 111), o qual para Pietro (2015) seria capaz de tornar um ato ilegal.

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade

⁴⁰ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)" (BRASIL, 1988)

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

do ato, por violação *da finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que "o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato".¹⁵ E que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estriba em uma ou outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: "A regra de competência não é um cheque em branco. (MELLO, 2015, p. 110)

Como toda a finalidade de uma norma jurídica deve ser o interesse público, o segundo princípio de importante monta é o da supremacia do interesse público sobre o Interesse Privado o qual concede à Administração pública o poder-dever de agir com o intuito de atingir o bem comum, que, em um Estado Democrático de Direito, sobrepõe-se aos interesses privados e dos órgãos governamentais (MELLO, 2015; PARAHYBA, 2010).

Diante disso, Parahyba (2010, p. 2016) afirma que o interesse público "norteia todas as relações do Estado". De modo similar, Celso de Mello (2015) adverte que este princípio está em todas as sociedades, pois ele é necessário para o convívio coletivo.

Celso de Mello explica que:

A Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce "função", instituto - como visto - que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apetece, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei. (MELLO, 2015, p. 101)

Ademais, tal preceito não está expresso na Constituição de forma direta, mas há desdobramentos dele positivados na própria Constituição Federal, no o art 170, III, V e VI⁴², ao dispor sobre a proteção da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do

⁴² "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade;

(...)

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;" (BRASIL, 1988)

meio ambiente, e no art 5º, XXIV e XXV⁴³, ao estabelecer, por exemplo, a necessidade e a utilidade pública como critério para a desapropriação (MELLO, 2015). Para Parahyba:

A supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos são as pedras de toque do Direito Administrativo. Observando os princípios ora em questão, a Administração Pública, na prática de seus atos, deve respeitar a lei e zelar para que o interesse público seja alcançado. Assim, sempre que se constate que um ato administrativo foi expedido em desconformidade com a lei, ou que se encontre em colisão com os interesses públicos, os agentes públicos têm a prerrogativa administrativa de revê-los, como uma decorrência do próprio princípio da legalidade. (PARAHYBA, 2010, p. 2010)

A doutrina pátria ainda classifica o interesse público em interesse Primário e Secundário. Sendo o Primário aquele que vincula a sociedade como um todo. Já o Secundário é o que destina apenas a atuação do aparelho estatal. Cabe ressaltar, que este último só poderá ser utilizado quando vincular, também, um interesse primário (MELLO, 2015).

Já o princípio da eficiência, explícito no art 37, caput da CF/1988, para Maria Sylvia Di Pietro (2015), traduz-se no dever de boa administração. Por conta dele, legitimam-se mecanismos de controle, limitação e regulamentação estatal da atuação do agente público e a forma como a administração se organiza, como, por exemplo, o controle de resultado e o sistema de mérito, a fim de garantir a prestação do serviço público de forma adequada.

Parahyba discorrer que:

Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos da satisfação das necessidades públicas em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo.

(...)

Estará, portanto, a Administração buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível, visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que deseja alcançar. (PARAHYBA, 2010, p. 2012)

Assim, tal princípio se resume na seguinte máxima: a busca pelos melhores resultados com os menores custos.

⁴³ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;" (BRASIL, 1988)

Por último, é importante apontar o Princípio da Motivação o qual é responsável por exigir que todos os atos da administração pública sejam justificados com os pressupostos de fato e de direito pertinentes à edição do ato (PIETRO, 2015).

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (PIETRO, 2015, 115)

De modo similar Celso Antônio de Bandeira Mello indica que o princípio da motivação:

Implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. (MELLO, 2015, p. 115)

Implícito no no artigo 1º, II, da CF⁴⁴, o qual traz a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, para Celso de Mello (2015), a motivação dos atos de competência governamental é dever em um Estado Democrático de Direito. Pois, essa é uma forma de assegurar o controle judicial confiável da materialização dos princípios gerais do direito. Por conseguinte, para Pietro (2015), a exigência da motivação existiria muito mais para resguardar o interesse dos administrados do que da própria Administração Pública.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodidamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, "construir" motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado. (MELLO, 2015, p. 116)

⁴⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania"; (BRASIL, 1988)

Dessarte, a Motivação deve ser feita antes ou durante a edição de um ato administrativo de forma detalhada, para assegurar a perpetuação do elemento democrático no momento de sua edição (MELLO, 2015; PIETRO, 2015) Além disso:

A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante. (PIETRO, 2022)

A respeito do controle de atos realizados com base em conceitos jurídicos indeterminados e a necessidade de motivação, é importante ressaltar que foram incluídos pela lei nº 13.655/2018 o artigos 20 e 21 da LINDB, os quais dispõe que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL, 1942)

Por fim, julgo afirmar que a melhor forma de garantir a materialização dos requisitos, relevância e urgência, de forma a garantir a manutenção da separação tripartida dos Poderes Estatais, em matéria das Medidas Provisórias, é utilizando a vinculação dos pressupostos constitucionais, relevância e urgência, aos Princípios Gerais do Direito Administrativo, em especial, a Motivação, instrumento este que possui a finalidade de apresentar as justificações acerca dos atos da Administração Pública.

4.3 AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O mecanismo de controle citado no presente capítulo são os Princípios Constitucionais e Legais do direito, os quais, não apenas servem como um instrumento de moderação para assegurar, principalmente, a finalidade da norma e o interesse público, como também são elementos vinculantes oriundos da própria vontade legislativa.

Todavia, a única maneira de efetivar de forma eficiente este controle é através da própria motivação dos atos administrativos, pois, não somente os conceitos indeterminados são dotados de abstração como também, para Pietro (2015), os próprios princípios jurídicos. Logo, para garantir a fiel consubstanciação de ambos os elementos (vontade da norma e princípios) é necessário que o agente público demonstre de maneira concreta e abstrata a execução da atividade administrativa em conformidade com os pressupostos legais. Pois, conforme já analisado, é inegável a competência do Poder Judiciário de exercer o controle dos atos dos demais Poderes, em especial, quando se trata do respeito às normas constitucionais. Porém, os dessa atuação ficam nebulosos quando se trata de atos oriundos da execução de conceitos vagos.

Ademais, é importante ressaltar que não cabe ao judiciário analisar as condições de conveniência e oportunidade, é de competência deste órgão apenas verificar a concretização dos princípios administrativos e a fiel execução dos requisitos legais (PIETRO, 2015). Dado que, como bem estudado, a Constituição atribuiu ao Judiciário o dever de defender a vontade Constitucional e ao Poder Executivo de efetivar os comandos legais, através, por exemplo, do exercício de serviços públicos (NIEBUHR, 2001; MORAES, 2018).

Entretanto, não cabe ao Poder Judiciário decidir como a Administração Pública vai operar as funções de sua incumbência, cabe apenas a este poder, prezar pela fiel operação da lei, ou seja, pela execução e integração dos princípios e regras dispostos no ordenamento jurídico (PARAHYBA, 2010).

Com efeito disso, para garantir a liberdade de atuação do Poder Executivo nos seus atos, os agentes devem motivar de forma detalhada acerca da (I) sua atuação e (II) da conformidade com o comando normativo e os princípios legais, a fim de direcionar e limitar o campo de operação do Judiciário. Isso porque, os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são normas abertas que admitem um grau elevado de discricionariedade na sua aplicação, ou seja, elas concedem ao responsável pela sua execução uma alta margem interpretativa em relação a condução da norma na realidade fática. Porém, não pode o administrador lidar com suas atribuições ao seu bel prazer, agindo com arbitrariedade, sem suprir as necessidades impostas pelo ordenamento jurídico.

Outrossim, embora seja incumbido ao julgador garantir a devida atuação do agente público, não é legítimo que este adentre na competência constitucional ou legal de um outro Órgão. A motivação é, portanto, a maneira mais adequada de garantir a manutenção da competência de ambos os Poderes da forma mais democrática. Pois, é a partir deste

instrumento que o representante da Administração demonstra, não apenas ao judiciário, mas a toda a população como ele atingiu a finalidade exigida pela norma.

Para isso, Pietro (2015) defende que, além das justificativas de fato e de direito, o agente deve provar a concretização dos princípios da Administração Pública da forma mais detalhada possível, com gráficos, relatórios e estudos acerca da temática.

Assim, quando editar uma Medida Provisória, o Presidente da República deve justificar, em ato próprio, anterior ou contemporâneo a publicação do ato normativos e de forma detalhada, apresentando: (I) as circunstâncias que ensejaram a necessidade e a urgência; (II) a necessidade de auferir medida imediata, sem passar pelo crivo do processo legislativo ordinário e das Leis Delegadas; (III) a correlação entre os fatos, a norma e os requisitos, relevância e urgência; (IV) como a norma jurídica irá suprir os princípios gerais do Direito Administrativo, em especial, a finalidade, interesse público e eficiência, um a um, de forma delimitada.

Cabe apontar ainda que quanto mais detalhes e especificações sobre a tomada de decisão e a conformidade com o regulamento jurídico a Administração Pública fornece no instrumento justificatório, menor é a arbitrariedade do judiciário. Pois, as cláusulas constitucionais abertas aceitam um alto grau de discricionariedade, justamente por conta da sua imprecisão conceitual. Essa discricionariedade, como já analisado, decorre quando as normas não estão acompanhadas por regras objetivas responsáveis por indicarem a forma que serão executadas. Pelo contrário, elas são apenas exigências abstratas, as quais até possuem um significado linguístico, mas só ganham escopo na esfera jurídica após a incidência de fatos concretos.

Exemplo disso são os requisitos, relevância e urgência, condicionantes das Medidas Provisórias, os quais possuem um significado semântico presente em diversos dicionários, mas no campo jurídico eles são indeterminados. Porém, é importante ressaltar que tais conceitos não são abstratos apenas para a Administração Pública, eles são indeterminados para toda a sociedade. Por conseguinte, tais preceitos também são imprecisos para: (I) os Membros do Poder Legislativos, os quais serão responsáveis por analisar as Medidas Provisórias e decidir sobre a sua conversão em lei; (II) o Poder Judiciário, que possivelmente exercerá o controle de constitucionalidade; e (III) para os cidadãos como um todo, que serão alvos das determinações do Poder Executivo.

Entretanto, é importante reiterar que, não é porque o conceito seja considerado indeterminado que em algum momento ele não possa ser determinado (NIEBUHR, 2001; CLÉVE, 2021). Dessa forma, quando o Presidente da República edita uma Medida Provisória

em conjunto com um instrumento justificatório, ele substancia algo que até então era apenas abstrato. Porém, se há a ausência deste instrumento ou se a motivação não é detalhada o suficiente, mantém-se o conceito vago, mesmo que em um grau diferente. Pois, é evidente, que se o Chefe do Executivo, por exemplo, especificou de forma razoável, sobre o contexto fático e a necessidade da edição da norma, mas esqueceu dos outros motivos determinantes, como a urgência, a compatibilidade e os princípios da administração pública, ele pôs luz em uma área da abstração, mas não supriu todas as necessidades para livrar por completo da indeterminação.

Então, após a publicação do ato em conjunto com a sua razoável motivação, com a determinação dos conceitos abstratos, não há mais a discricionariedade na compreensão da norma, mas sim, a interpretação dos motivos determinantes para a sua edição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, a separação Tripartida de Poderes e Funções Estatais era necessária a fim de controlar as arbitrariedades cometidas pelo Soberano. Porém, o Estado de Direito Contemporâneo lida com situações complexas, não podendo mais contar com uma divisão rígida de atribuições.

Então, em 1988, inspirado no modelo estadunidense de freios e contrapesos, o constituinte brasileiro instituiu para cada um dos poderes da União funções típicas e atípicas, sendo as primeiras aquelas que compatibilizam com a essência de cada órgão. Diante disso, concedeu-se ao Poder Executivo, funções políticas e administrativas; ao Legislativo, a prerrogativa de fiscalizar e criar de leis; e ao Judiciário, distribuiu a competência de guardião da constituição e de dirimir os conflitos através das normas vigentes no país (APOLINÁRIO, 2013).

Ainda é seguro afirmar, que estes órgãos são os mais apropriados para lidar com tais incumbências na maior parte das vezes, mas existem exceções, como é o caso das Medidas Provisórias.

Em verdade, o Poder Legislativo é o órgão mais adequado para realizar a confecção de normas jurídicas primárias, pois é apenas nele que é possível garantir a pluralidade de representação. Já que o posto de Presidente da República é ocupado por um único indivíduo,

o qual representa o recorte do ideal de uma maioria de eleitores e, de modo similar, os membros do Judiciário, em via de regra, são compostos por pessoas concursadas ou indicadas por representantes de outros órgãos. O Parlamento é, conseqüentemente, o único capaz de garantir diversidade, devido ao voto proporcional e ao número de cadeiras, sendo o processo legislativo o mecanismo responsável por garantir o debate das matérias que serão reguladas em forma de lei.

Entretanto, é justamente a morosidade do processo legislativo ordinário que impede o Congresso Nacional de conseguir tomar decisões apropriadas quando ocorrem problemas que demandam respostas imediatas. Por isso, atribui-se ao Poder Executivo a incumbência de editar atos com força de lei, com a finalidade de garantir o interesse público em caso de extrema necessidade.

Assim, as Medidas Provisórias surgem como uma forma legítima de manter a estabilidade institucional, jurídica e política da Nação, em casos extraordinários, como durante uma forte crise econômica e sanitária, a exemplo da Pandemia da Covid-19. Porém, é comum no Brasil que o Presidente da República instrumentalize esta espécie normativa a fim de concretizar seus interesses políticos, algo que de um ponto de vista democrático é extremamente reprovável, pois isso significa viver com a arbitrariedade de um soberano. Porém, muito envolto por uma mentalidade paternalista do Presidente da República, que atribui ao Chefe do Executivo a imagem de mártir, ou seja, aquele que veio salvar a população dos descasos cometidos pelos governantes anteriores, parte dos cidadãos legitimam tal fenômeno, quando praticados pelos políticos eleitos por eles.

A contraponto disso, embora tal fenômeno seja considerável aceito por parte do povo, isso não faz com que esses atos sejam de veras democrático. Pois, a vontade popular, não é só atendida a partir da atuação de um agente político, muitas pessoas não se sentem representadas pelo Presidente da República, o qual, para ser eleito, basta apenas obter mais de 50% dos votos válidos, que em um país como o Brasil, não representa, metade da sua população, pois, além daqueles que escolheram o candidato derrotado, há ainda quem não foi ou pode votar. Logo, permitir que uma única pessoa, a qual representa apenas um recorte político, edite atos com força de lei como mecanismo de governabilidade, mesmo que a sua vigência seja meramente temporária, é atentatório à segurança jurídica, institucional e democrática.

Tendo em vista isso, é de suma importância definir a natureza jurídica das Medidas Provisórias, a fim de construir métodos de controle da consubstanciação dos preceitos, relevância e urgência, presentes na constituição. Pois, a banalização da utilização deste

instituto é realizada, na prática, através do uso equivocado destes requisitos por parte do Presidente da República.

Sobre o assunto, o resultado obtido por meio do presente trabalho é a do duplo caráter deste instituto. Por um lado, (I) legislativo, devido a pretensão de ser convertida em lei pelo Congresso Nacional e, por uma outra forma, (II) administrativo, podendo ser classificado como um regulamento administrativo autônomo, por ser editado de maneira unilateral pelo Presidente da República como forma de suprir um comando expresso na Constituição Federal. Por conseguinte, o Chefe do Poder Executivo, quando editar este ato normativo, deve se atentar aos pressupostos de atuação legais e administrativos.

Em relação a natureza administrativa das Medidas Provisórias, para chegar a essa categoria, o princípio da legalidade foi o mais importante mecanismo de análise, o qual hoje, devido ao Neoconstitucionalismo, não é mais cabível ficar restrito às normas infraconstitucionais, devendo ser expandido para a CF/1988, que atualmente desempenha um papel significativo no sistema jurídico pátrio.

Dessarte, o artigo 84, IV da CF/1988, quando dispôs que compete privativamente ao Presidente da República editar regulamentos a fim de conferir a fiel execução das leis, não se referiu apenas a atuação das normas ordinárias, mas também, das normas constitucionais. Porém, por não se tratar da execução de leis comuns, mas sim, de mandamentos oriundos da Magna Carta, as Medidas Provisórias não podem ser consideradas como simples atos da Administração Pública, mas sim regulamentos autônomos, vinculados à execução do artigo 62 da CF, do mesmo modo como o artigo, 84, VI.

Além disso, é importante salientar que o artigo 62 é recheado de requisitos, mas os mais importantes a serem desenvolvidos no presente trabalho foram a relevância e a urgência, os quais são considerados por parte da doutrina e da jurisprudência como conceitos abstratos, que apesar de possuírem um significado semântico, juridicamente eles não podem ser definidos sem a incidência de um caso concreto.

Das espécies de mecanismos de controle e substanciação de atos administrativos estudados na terceira seção, a mais democrática e que garante a maior transparência para os cidadãos e os demais órgãos estatais, em matéria das Medidas Provisórias, é a sua vinculação aos princípios do Direito Administrativo, em especial, o Princípio da Motivação. Isso porque, por se tratarem de conceitos abertos, os requisitos, relevância e urgência, conferem um alto grau de discricionariedade ao Chefe do Executivo, só podendo ser definido a partir do do contexto fático com a incidência da norma.

Ocorre que tais pressupostos não são apenas abstratos para o agente público, mas também para toda a sociedade. Então, para dirimir a sua impalpabilidade é imprescindível: (I) a utilização de Princípios da Administração Pública na consubstanciação dos requisitos previstos no caput do artigo 62 da CF/1988, pois eles são responsáveis por resguardar os direitos constitucionais dos Administrados; (II) a publicação de um instrumento justificatório anterior ou contemporâneo a edição de uma Medida Provisória que apresente de forma detalhada: (a) as circunstâncias que ensejaram a relevância e a urgência; (b) a primordialidade de auferir medida imediata, sem passar pelo crivo do processo legislativo ordinário e das leis delegadas; (c) a correlação entre os fatos, a norma e os requisitos, relevância e urgência; (d) como a norma jurídica suprirá os princípios gerais do direito administrativo, em especial, a finalidade, interesse público e eficiência, um a um, de forma delimitada.

Por último, para terminar de responder o problema proposto - "De que maneira a aplicabilidade dos requisitos, relevância e urgência, previstos no caput do art. 62 da CF, devem ser utilizados pelo Presidente da República, na elaboração de uma Medida Provisória, de modo a concretizar os princípios da administração pública?" - seria necessário mais pesquisa a fim de analisar: (I) individualmente quais princípios precisam ser aplicados em matéria de Medida Provisória; (II) como cada um desses princípios deveriam ser utilizados na motivação de uma Medida; e (III) de que maneira estes princípios podem ser utilizados como mecanismo de controle dos pressupostos, relevância e urgência, realizado pelos demais Poderes da União.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 669 p. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.
- APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **A Nova Dogma Constitucional da Separação das Funções (ou Poderes) Estatal e a Judicialização da Política**. 2013. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2013/09/separacao-funcoes-poderes.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2023. 2
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 164 p. Atualizado por Rosolea Miranda Folgosi.
- BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system)**. *Revistas Revista Jurídica Luso- Brasileira*, Lisboa, v. 2, n. 5, p. 1627-1634, fev. 2019. Bimestral. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-2/188>. Acesso em: 2 mar. 2023
- BARIONI, Danilo Mansano. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Pilares, 2004. 239 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Rogério. **Judiciário e a Política no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 1997. 215 p.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 358 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. 280 p.
- BRASIL. Constituição (1824). **Lex: Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição (1891). **Lex: Constituição da República dos Estados de 24 de Fevereiro de 1891**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 mar. 2023
- BRASIL. Constituição (1937). **Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 mar. 2023
- BRASIL. Constituição (1946). **Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Constituição (1967). **Lex: Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm.
 Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Constituição (1988). **Lex: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Emenda Constitucional (1969). **Lex: Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Lex: Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm.
 Acesso em: 29 mar. 2023

BRASIL. Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984. **Lex**. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Exposição de Motivos n° 000036/2019 ME**. Medida Provisória 876 de 13 de março de 2019. Altera a Lei n° 8.934, de 18 de novembro de 1994. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-876-19.pdf.
 Acesso 10 mar. 2023

BRASIL. Ministério da Família, Mulher e Direitos Humanos; Ministério da Educação. **Exposição de Motivos n° 000062/2022 MEC MMFDH**. Medida Provisória n° 1.140 de 27 de outubro de 2022. Institui o Programa de Prevenção e Combate ao Assédio Sexual no âmbito dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e distrital. Brasília, DF: Ministério da

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 293. Reqte. Procurador-Geral da República. Reqdo. Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 6 de junho de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 592.377 Rio Grande do Sul, Relator do Acórdão Ministro Teori Zavascki. Recdo. Nelci Terezinha Azambuja. Rect. Banco Fiat S/A. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2015.

CONGRESSO NACIONAL. **Site do Congresso Nacional**, 2023. Medida Provisória n° 876 (Arquivamento dos atos constitutivos de empresas mercantis). Disponível em:
[//www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135693](http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135693) Acesso em: 3 abril 2023.

CONGRESSO NACIONAL. **Site do Congresso Nacional**, 2023. Medida Provisória n° 1.140 (Institui Programa de Proteção e Combate a Assédio Sexual). Disponível em:
<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/154989>. Acesso em: 3 abril 2023.

CAMPOS, Gabriel Afonso. **Poder moderador na obra de Constant e na Constituição de 1824: pena de morte e sua comutação e perdão entre os escravos brasileiros no século XIX.** 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902019000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 nov. 2022.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias.** 4. ed. São Paulo: Thonson Reuters Revistas dos Tribunais, 2021. 240 p.

Família, Mulher e Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-MPv-1140-22.pdf. Acesso 29 mar. 2023

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e lincdb.** 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 384 p. Apresentação Michel Temer.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único.** 4. ed. São Paulo: Saraíva, 2019.

GOVERNO FEDERAL. **Portal da Legislação.** Medidas Provisórias. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acesso em: 29 mar. 2023.

GONZALEZ, Daniel Galliza Simões Lorenzo. **O regulamento autônomo no modelo constitucional brasileiro.** 2012. 23 f. Artigo (Pós-Graduação Lato Sensu) - Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/danielgalliza.pdf. Acesso em: 11 abr. 2023.

Horta, Rodrigo Otávio da Silva. **A Gestão da Segurança Institucional na Administração Pública.** Boletim Científico Escola Superior Do Ministério Público Da União, 2016. (47), 277–293. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/552>. Acesso em: 16 mar. 2023.

MACIEL, Helena Rodrigues Caitano. **A Eficiência e a Importância da Separação de Poderes para a Democracia Brasileira: validade e aplicabilidade da teoria dos freios e contrapesos no cenário político brasileiro atual.** 2020. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá, 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15781/1/TCC%20Helelan%20Riuni.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Medida Provisória e Segurança Jurídica. **Constituição e Segurança Jurídica. Belo Horizonte: Fórum,** p. 261-264, 2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16021404.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2023

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 1150 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 988 p.

MORGADO, Helena Zani. Considerações Sobre a Inconstitucionalidade das Leis Temporárias no Direito Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UfmG**, [S.L.], v. -, n. 68, p. 339-374, 22 dez. 2016. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. <http://dx.doi.org/10.12818/p.0304-2340.2016p339>.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**. São Paulo: Dialética, 2001. 207 p.

OPAS/OMS ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia da COVID-19**. Site PAHO. 2023 Disponível em:

<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> Acesso em: 29 maio 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade Normativa da Administração Pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. 480 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/publico/Tese_Juliana_Bonacorsi_de_Palma_versao_final.pdf. Acesso em: 11 abr. 2023.

PARAHYBA, Andrea Joffily. Os Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito. *In*: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2011, Florianópolis. **Anais...** 2010. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3087.pdf> Acesso em 7 jun 2023

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1038 p.

RAMOS, Vera Marisa Vieira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 271 p.

ROSENDA, Kamila Rodrigues. **O Excesso de Medidas Provisórias e a Usurpação da Função Legislativa Pelo Executivo**. 2013. 68 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3147/1/Monografia%20IDP%20-%20%20Kamila%20Rodrigues%20Ro.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013.

SENADO FEDERAL. **Site do Senado Notícias**, 2021. Brancos Dominam Representação, Aponta Grupo de Trabalho. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/26/brancos-dominam-representacao-politica-aponta-grupo-de-trabalho> Acesso em: 25 abril 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 936 p.

SOARES, André, 2011. **Site Jornal do Brasil**, 2011. Segurança Institucional no Brasil. Disponível em: <https://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2011/04/13/a-seguranca-institucional-no-brasil/>. Acesso em: 16 maio 2023.

SOBRINHO, Osvaldo. **Medida Provisória**: um paralelo entre os direitos brasileiro, italiano e argentino sob a perspectiva da segurança jurídica. Cuiabá: Carlini e Carniato, 2016. 223 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 195 p.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 232 p.

THE WORLD BANK. **Medindo a Regulamentação do Ambiente de Negócio**. Site do Doing Business. Disponível em: <https://archive.doingbusiness.org/pt/doingbusiness>. Acesso em: 29 maio 2023

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo. Leya, 2011.