

A MEDIDA PROVISÓRIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS REQUISITOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

Ludmila M. Carabeth Gontijo

Sumário

1. Introdução. 2. A Medida Provisória no Estado Democrático de Direito. 2.1. Contextualização das Medidas Provisórias. 2.2. Devida leitura das Medidas Provisórias. 2.2.1. Relevância e urgência. 3. O controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias. 3.1. O decreto-lei na Constituição de 1967/69. 3.2 O STF e a Medida Provisória. 3.2.1. Discricionariedade. 3.2.1.1. Ato discricionário e ato vinculado. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

As Medidas Provisórias, objeto desta pesquisa, foram amplamente debatidas desde sua criação pela Constituição Federal de 1988. Foram editadas pelo Presidente da República, da promulgação da Constituição à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº32, 619 Medidas Provisórias e 5.491 reedições. Só no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso a média mensal de edição foi de 3,33 MP's por mês, excluídas as reedições. Posteriormente à EC 32/01, foram editadas 126 MP's. Dessas, 101 o foram no governo FHC, elevando a média mensal para 6,73 MP's¹⁵⁵. Daí inferir-se a importância do tema ainda após a edição da EC 32/01.

2 A MEDIDA PROVISÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Contextualização das Medidas Provisórias

Atualmente, não há como se falar em Administração Pública desvinculada do princípio da legalidade. Tal princípio e as demais bases da Administração Pública hodierna só foram possíveis com o surgimento do Estado Moderno.

Menelick de Carvalho Neto, usando o conceito de paradigma da filosofia de ciência de Thomas Kuhn, divide os paradigmas de Direito e de organização política em pré-moderno, englobando a Antigüidade

¹⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. <www.planalto.gov.br> acesso em 06/08/2003.

e Idade Média, e Moderno, que, grosso modo, surge com o Estado Moderno.

Podemos dizer que o primeiro paradigma não distinguia o direito da moral, dos costumes e da religião:

O Direito, portanto, se apresentava como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicadas casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.¹⁵⁶

Esse paradigma se dissolve com as mudanças trazidas pelos acontecimentos do século XV, tais como o Renascimento e a Reforma Religiosa, além do ressurgimento do comércio, da revolução científica e, posteriormente, como desdobramento histórico, das idéias iluministas que trouxeram as bases do Estado Moderno.

O Estado de Polícia¹⁵⁷, ou Monarquia Absoluta, foi o primeiro estágio do Estado Moderno, uma vez que, diferentemente da Tirania ou Despotismo – categoria da forma monárquica de governo¹⁵⁸ onde o monarca “além de possuir em fruição a totalidade do Poder Público, exerce-o livremente, sem reconhecer qualquer regra escrita ou costumeira, ignorando-se, assim, de todo, o Direito Público”¹⁵⁹ –, o poder do Monarca é autolimitado:

¹⁵⁶ CARVALHO NETTO, (1997:477)

¹⁵⁷ DI PIETRO, (1991:11). “A primeira etapa do Estado Moderno é conhecida como Estado de Polícia, em que a forma de Governo adotada é a monarquia absoluta”.

¹⁵⁸ BARACHO apud CARVALHO NETTO (1992:28).

¹⁵⁹ CARVALHO NETTO, (1992:28).

[...] na Monarquia Absoluta, embora o Monarca igualmente concentre em suas mãos a soma dos poderes do Estado, por sua vontade toda poderosa, esclarece as regras que limitam os seus próprios poderes e se obriga a observá-las, enquanto ele próprio não as tenha ab-rogado.¹⁶⁰

É essa característica de autolimitação que diferencia o despotismo da monarquia absoluta, muito embora, nesta última, o Monarca possa sempre modificar as regras autolimitativas quando lhe convenha, o que não ocorre nas Monarquias Constitucionais – nestas o poder do Monarca é “limitado por regras de que ele não mais pode dispor por si só”.¹⁶¹

O segundo estágio do Estado Moderno seria o Estado Liberal. Esse paradigma ocupou-se prioritariamente com o não retorno ao Absolutismo. A Constituição seria, nesse momento histórico, “um instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida que impõe limites às prerrogativas dos governantes”¹⁶².

Substitui-se a vontade do Monarca como fundamento de todo o direito, que, agora, só poderá ser entendido como “um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado”¹⁶³.

Com a adoção do princípio da separação de poderes, o Poder Executivo deixa de ditar leis gerais, sendo esta função transmitida ao Parlamento. É nesse contexto que, visando o não retorno ao

¹⁶⁰ CARVALHO NETTO, (1992:28).

¹⁶¹ CARVALHO NETTO (1992:29).

¹⁶² DI PIETRO (1991:14).

¹⁶³ CARVALHO NETTO (1992:477).

Absolutismo, o Parlamento ganha certa supremacia em relação aos demais poderes:

[...] o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei; acima dessa vontade nenhuma outra se coloca, nem mesmo a do monarca; de outro lado, a idéia da separação de poderes, que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros sob a égide da lei. O Executivo e o Judiciário apenas executam as normas emanadas do Legislativo, deixando de ser vistos como expressão da soberania e perdendo qualquer margem de poder normativo¹⁶⁴.

Ressalta-se, ainda, o caráter formal dado à igualdade no paradigma do Estado de Direito, onde ela é vista como a igualdade de todos perante a lei.

Esse modelo de organização político-jurídico-social começa a entrar em decadência já no final do século XIX. Os movimentos populares permeados por idéias marxistas e anarquistas, a grande exploração e conseqüente opressão do proletariado fazem ruir a ordem liberal. A luta por direitos coletivos e sociais realizada pelos movimentos sociais da época, coroada com êxito, traz novo contexto histórico e, com isto, a necessidade de repensar o modelo liberal de liberdade negativa e igualdade formal, que não se sustentava sequer em sua base burguesa.

Destarte, há, além do aparecimento de novos direitos fundamentais capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da

¹⁶⁴ DI PIETRO (1991:15).

riqueza produzida socialmente"¹⁶⁵, tais como a saúde e educação, a materialização dos chamados direitos de primeira geração¹⁶⁶.

Segundo Alexy, a materialização decorre do fato de "que a liberdade de direito, portanto a permissão jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, não possui nenhum valor sem a liberdade de fato, ou seja, sem a possibilidade concreta de escolher entre aquilo que é permitido"¹⁶⁷.

Assim, nesse novo paradigma há um inchaço das funções estatais, passando o Estado a promover serviços necessários à realização de uma igualdade material – saúde, educação, previdência –, antes relegados à iniciativa privada. Para realizar o que se propunha, o Estado interferia em todas as esferas, inclusive a privada. Direitos tidos como absolutos tais como a propriedade privada foram relativizados com o conceito de função social. No campo dos contratos privados foram criadas normas de proteção social. Daí dizer-se que houve, nesse paradigma, o início da publicização do Direito Civil, trazendo a premissa de que os interesses públicos têm supremacia sobre os privados.

É nessa crescente complexidade da função estatal que vemos o fortalecimento do Poder Executivo:

[...] o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor – trouxe como consequência o fortalecimento do Poder Executivo e,

¹⁶⁵ HABERMAS (1997:vol. II, 139).

¹⁶⁶ CARVALHO NETTO (1992:480). Os direitos de primeira geração seriam os direitos individuais.

¹⁶⁷ ALEXY apud HABERMAS (1997:vol.II, 140).

inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação de poderes. Já não se vê o Legislativo como único Poder de onde emanam atos de natureza normativa. O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo que, para atuar, não podia ficar dependendo da lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo. Como consequência, passou-se a conferir atribuição normativa ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos¹⁶⁸.

Nesse contexto é que observaremos o surgimento dos decretos-leis, provimentos provisórios, etc., que deram os contornos ao que chamamos de Medidas Provisórias, objeto da presente pesquisa.

F. Müller, na Conferência Nacional do Advogados em 1999, relembra a experiência vivida pela Alemanha durante a República de Weimar (1919-1933), cuja Constituição de 1919, de caráter eminentemente social, criou algo estrutural e funcionalmente comparável às Medidas Provisórias (doravante MP's): o direito de presidente do Reich de editar decretos emergenciais, disposto no art. 48, § 2º. Os pressupostos de edição desses decretos eram a perturbação da segurança e da ordem pública.

No princípio esse pressuposto visou perigos políticos e tentativas de subversão violenta. Mas não tardou que o conceito fosse estendido mais e mais, sobretudo também a problemas econômicos, tais como: elevação e redução dos impostos, combate a fuga de capitais, regulamentação do comércio de divisas. O art. 48 foi usado de forma mais ampla imaginável para substituir o caminho da legislação pelo caminho do decreto¹⁶⁹.

¹⁶⁸ DI PIETRO (1991:15).

¹⁶⁹ MÜLLER (2000).

Os números apresentados pôr F. Müller são: de 1919 a 1925 foram editados 163 decretos emergenciais. Segundo o autor, “em 1930 a Dieta promulgou somente 98 leis, em 1931 somente 34 e em 1932 mal e mal 5 leis. Em oposição a isso, o número dos decretos emergenciais do presidente aumentou de 5 em 1930 para 44 no decorrer de 1931, chegando em 60 em 1932”¹⁷⁰, tendência retomada com a crise mundial de 1929¹⁷¹.

Müller ressalta ainda a importância dos decretos emergenciais no governo nazista:

[...] o terror partidário, arbitrário com o recurso do art. 48 foi aumentado mais ainda: ao passo que o governo do Reich já estava sendo conduzido pôr Hitler, o decreto emergencial de 1 de fevereiro de 1933 dissolveu a Dieta, organizando, no entanto, ao mesmo tempo novas eleições. O decreto emergencial ‘para a proteção do povo alemão’, emitido três dias depois e conhecido sob o nome de Decreto de Gaveta, serviu nesse contexto ao impedimento brutal da oposição política, estendido, ainda mais pelo decreto emergencial inequivocamente inconstitucional de 28 de fevereiro (‘decreto do incêndio da Dieta’), que proclamou um estado de emergência de resto permanente até o fim da ditadura nazista em 1945, e conduziu até o outono europeu de 1933 à prisão de aproximadamente cem mil opositores políticos,

¹⁷⁰ MÜLLER (2000).

¹⁷¹ FRANÇA JÚNIOR (2002): “(...) de 06 de outubro de 1988 (data da promulgação da CF) até 11 de setembro de 2001 (data da EC n.º32/01) foram editadas originariamente 616 (seiscentos e dezesseis) medidas provisórias, acrescidas de 5.513 (cinco mil quinhentos e treze) reedições, o que totaliza 6.102 (seis mil cento e duas) medidas provisórias. E o pior é que desse total, o Congresso Nacional rejeitou apenas 22 (vinte e duas), o que representa 0,36% (zero, trinta e seis por cento) do total (1). Note-se, mais grave ainda, que no mesmo lapso temporal acima citado, o número de leis ordinárias confeccionadas pelo Congresso Nacional não alcança nem a metade do número de medidas provisórias editadas, restando claro como a luz solar e certo como uma grandeza algébrica que no Brasil, quem mais legisla é o Poder Executivo ”.

constituindo o passo decisivo na direção da dominação arbitrária dos nacional socialistas”¹⁷².

O Estado de Bem-Estar Social começa a entrar em decadência após a II Guerra Mundial, mas a crise derradeira deste paradigma manifesta-se no início da década de setenta.

O questionamento a esse modelo se dá quanto à transformação dos indivíduos em clientes do Estado, acabando com a autonomia de cada sujeito:

Um Estado Social providente, que distribui chances de vida, garantindo a cada um a base material para uma existência humana digna através do direito ao trabalho, à segurança, à saúde, à habitação, à educação, ao lazer, à constituição de um patrimônio e às condições naturais de vida, correria o risco de prejudicar, através de suas intervenções antecipadas a própria autonomia que ele deve proteger, preenchendo os pressupostos fáticos de um aproveitamento, em igualdade de chances, das liberdades negativas¹⁷³.

A falha do paradigma do Estado Social está em que, assim como o Estado Liberal, compartilha a imagem produtivista de uma sociedade capitalista industrial:

Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um status negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos da liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais.¹⁷⁴

¹⁷² FRANÇA JÚNIOR (2002).

¹⁷³ HABERMAS (1997: vol. II, 145).

¹⁷⁴ HABERMAS (1997: vol. II, 145-146).

Há um engano na redução da justiça à “distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos”¹⁷⁵.

O paradigma do Estado Democrático de Direito surge buscando diminuir a distância entre a esfera pública e a privado por meio do chamamento do indivíduo à participação na construção da normatividade do meio em que está inserido. Dessa forma, a autonomia relegada a segundo plano no paradigma anterior é resgatada através da participação-discussão do sujeito nos processos decisórios.

Além disso, entende-se, diferentemente dos paradigmas anteriores, que “os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos ‘gozá-los’ exercitando-os. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem das normas produzidas legitimamente.”¹⁷⁶

É esse o ponto.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, muito embora utilize instrumentos do paradigma do Estado de Bem-Estar Social, como as Medidas Provisórias. Como já foi dito anteriormente, institutos tais como as MP's são típicos de um Estado com Poder Executivo forte, exercendo prerrogativas do Poder Legislativo.

¹⁷⁵ HABERMAS (1997:vol II, 159).

¹⁷⁶ HABERMAS (1997:vol.II, 159)

Ocorre que o principal aspecto problemático, conforme demonstraremos adiante, não está exatamente no fato de a MP derivar de institutos pertinentes ao *Welfare State*. Isso é muito bem resolvido pelo Estado Democrático de Direito. Existem inúmeras Constituições atuais que absorveram os “decretos emergenciais”. Dentre elas, a Constituição da República Portuguesa, de 02.04.1976, e posteriores alterações que atribuem competência ao governo para expedir decretos-leis; a Constituição da Espanha, de 27.12.1978, que permite, conforme artigos 97 e 98, em caso de necessidade extraordinária e urgente, editar disposições legislativas provisórias; a Constituição Francesa, de 04.10.1958, atualizada em 23.11.1983, que dispõe que “o governo, para a execução de seu programa, pode solicitar ao Parlamento para, mediante decretos-leis (*ordonnances*) e por prazo limitado, tomar providências que normalmente pertencem ao domínio da lei”¹⁷⁷.

O problema que se coloca, no Brasil, refere-se à interpretação dos pressupostos de autorização da edição feita pelo Supremo Tribunal Federal, que, conforme se verá adiante, não difere em nada da experiência alemã apontada por Müller.

2.2 Devida leitura das Medidas Provisórias

A Constituição de 1988 dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Desta forma, as MP's devem ser entendidas

¹⁷⁷ SZKLAROWSKY, (1991:34).

levando-se em consideração os princípios trazidos por nossa Carta Constitucional, principalmente, neste caso, aqueles que advêm do Estado Democrático de Direito.

Como exposto, as MP's, embora decorram dos antigos decretos-leis, sempre presentes nas Constituições brasileiras anti-democráticas – Constituição de 1937, notadamente fascista e Constituição de 1967/69, do período da ditadura militar –, guardam algumas diferenças. Listemos alguns. Os pressupostos autorizadores não são os mesmos: enquanto na MP os dois pressupostos – relevância e urgência – reclamam simultaneidade, os pressupostos do antigo decreto-lei – urgência ou interesse público relevante –, não. Se não convertidas em lei no prazo constitucional, as MP's perdem sua eficácia desde a edição. Já os decretos-leis, na mesma situação são tidos como aprovados. Mas a diferença mais importante está em que a disciplina do decreto-lei, no Brasil, residia em Constituições autoritárias. Já a MP está incorporada em uma Constituição Democrática “cujos princípios apontam para a excepcionalidade da atuação normativa de urgência do poder Executivo, tendo ampliado as possibilidades de controle do Legislativo e do Judiciário e restabelecendo um verdadeiro sistema de freios e contrapesos”¹⁷⁸.

Para uma devida leitura das Medidas Provisórias, delimitaremos em linhas gerais as matérias que, através de uma interpretação sistêmica da Constituição, não podem ser objeto de MP's.

¹⁷⁸ CLÈVE, (2000:159).

1º. Matérias vedadas ao legislador ordinário. Ora, se ao legislador ordinário, aquele cuja função precípua é a elaboração de leis, está vedada a alteração da Constituição, não é a um ato excepcional do poder executivo que lhe serão facultadas. Não obstante, no Brasil existe caso em que MP altera a Constituição. Exemplo disso é a concessão de franquias aos Correios:

O art. 21 – Compete à União:

[...]

X- manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

[...]

Os incisos que se seguem tratam da exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão de serviços públicos. Ora, se o legislador constituinte não incluiu o serviço postal nesses outros incisos, se o legislador constituinte não pretendeu que este serviço fosse delegado a particular, não seria através de lei ordinária (e muito menos de Medida Provisória) que se poderia fazê-lo. Ocorre que a MP 1.017 de 08.06.1995, convertida na Lei nº 9.074/95, alterou a Constituição, conforme demonstrado, sujeitando o serviço postal à concessão e permissão.

2º. Cláusulas Pétreas, conforme disposto no art. 60, §4º, CF/88.

3º. Matérias pertencentes à reserva absoluta do legislativo indelegáveis. Art. 68, § 1º – se não podem sequer ser objeto de lei delegada (que para ser editada necessita de aprovação do Legislativo), não poderão ser objeto de Medida Provisória.

Assim é o voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADIn 162-1 DF:

Há dois instrumentos básicos de legislação pelo Governo no Direito brasileiro: um é a medida provisória, outro é a delegação legislativa. Qual é o mais grave para o sistema de separação de poderes? Creio ser patente que é a medida provisória, porque, aí, a iniciativa, o impulso original, a decisão é do governo, ao passo que na delegação legislativa o ato normativo governamental sucede a prévia habilitação do Congresso que ele pode limitar, que ele pode restringir, ditando standards fundamentais. [...]

Não consigo entender, no pressuposto da racionalidade de um texto normativo, que onde se limitou a delegação legislativa que, como mostrei é uma derrogação muito menos violenta do sistema fundamental de separação dos poderes –, se possa permitir, em matéria de medida provisória, que por um ato individual do Chefe do Governo, em sistema presidencialista, se gerem efeitos imediatos e muitas vezes irreversíveis”.

Com a EC nº 32, as matérias insuscetíveis de serem reguladas através de lei delegada foram expressamente proibidas de o serem, também, por MP:

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 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–a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III–planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

[...]

Art. 62 [...]

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I–relativa a;

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

[...]

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, §3º. [...]

4º. Matéria reservada à lei complementar. Como sabemos, matéria reservada a lei complementar pela CF exige um número maior de parlamentares na sua aprovação. Seria ilógico permitir que apenas uma pessoa, no caso o Presidente da República, o fizesse. Nesse entendimento, José Afonso da Silva:

[...] uma interpretação lógico-sistemática leva a concluir que o Presidente da República não poderá disciplinar por medidas provisórias situações ou matérias que não podem ser objeto de delegação. Seria um despautério que medidas provisórias pudessem regular situações que sejam vedadas às leis delegadas¹⁷⁹.

Além disso, conforme ensina Eros Roberto Grau, sendo as MP's resolúveis, caso não sejam votadas em 60 dias renováveis por mais 60 ou rejeitadas pelo Congresso, não poderiam ser implementadas através delas medidas que produzam efeitos permanentes, que não possam ser arredados¹⁸⁰.

¹⁷⁹ SILVA, (2000:534-535).

¹⁸⁰ GRAU apud CLÉVE (2000:183).

Seria aplicado, nesse caso, segundo Fran Figueiredo, o princípio da irreversibilidade fática:

Com esse princípio pretende-se evidenciar que a medida provisória só deve incidir sobre matéria que, pela sua natureza, possa reverter ao estado anterior, no caso de recusa pelo Congresso. Ou seja, não pode a ação do Parlamento, em caso de recusa da medida, ser fulminada pela situação do fato consumado.¹⁸¹

5º. Matéria que interfira no funcionamento dos demais órgãos constitucionais. Esta vedação está diretamente relacionada ao princípio da separação de poderes.

6º. Matérias sujeitas à iniciativa legislativa dos demais poderes, pelos mesmos motivos expostos anteriormente.

7º. Matérias exigentes de eficácia diferida como as tributárias, embora a EC nº 32 o permita expressamente. Aliás, essa é uma crítica que deve ser feita.

Com o fito de moralizar a utilização de tal instituto, o Legislativo o legalizou, com a pretensão de legitimar os abusos perpetrados pelo Executivo, senão vejamos:

Art. 62

[...]

§ 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 exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

[...]

¹⁸¹ FIGUEIREDO apud CLÉVE (2000:184).

Os princípios que regem o direito tributário, quais sejam, o princípio da anterioridade e da não surpresa são incompatíveis com as MP's. Ora, se os pressupostos de edição dessas medidas são a relevância e a urgência, tem-se que a MP deverá ter eficácia imediata sob pena de a sociedade sofrer algum prejuízo com a sua mora. As leis que instituem ou majoram tributos têm sua eficácia e aplicabilidade adiadas pelo princípio da anterioridade. Destarte, se, por princípio tributário – anterioridade – a norma terá eficácia adiada, ela não poderá ser tratada por MP, já que a urgência reclama eficácia imediata. Não foi esse o entendimento do Congresso Nacional. A EC nº 32 permite, expressamente, a utilização de MP's na instituição e majoração de tributos, o que a nosso ver é um retrocesso. Nesse sentido, Derzi:

a inexistência de consentimento expreso, no art. 62 da Constituição Federal, para veiculação de normas tributárias por meio de medidas provisórias, longe de aumentar a discricção do Poder Executivo ou do Legislativo na questão, restringe-a drasticamente, porque não abre brecha alguma no regime peculiar a que a Constituição submete os tributos¹⁸².

Tal contexto se amolda à seguinte hipótese: o chefe do executivo edita uma MP em dezembro, o Congresso a transforma em lei em maio, para que o tributo majorado ou instituído passe a ser cobrado imediatamente após a conversão de tal medida em lei, pois o dia *ad quo* será contado da edição da MP.

8º. Matéria penal, processual penal e processual civil.

Art. 5º [...]

¹⁸² BALEEIRO (2001:79).

[...]

XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

Um dos princípios norteadores do direito penal é o da reserva legal. Assim, para que haja crime, é necessário que se promulgue lei em sentido formal e material.

Ora, tal rigidez se dá pois o direito penal lida com as liberdades do indivíduo. Seria extremamente anti-democrático, e portanto inconstitucional, a criação de um tipo penal sem prévia votação no Congresso Nacional, suposto representante da sociedade que dirá, por meio deles, o que seria conduta reprovável socialmente para que, posteriormente, seja reprovável juridicamente.

Além disso, há que se ressaltar o caráter precário dessa medida que, conforme o art. 62 da CR/88 perderá a eficácia, se não convertida em lei, em 60 dias contados da sua edição, em contrapartida com os efeitos irreversíveis que ela causará. Nesse sentido o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 162-1 DF:

Ora, para ser eficaz esse controle, que é o controle básico do sistema da medida provisória, é necessário limitá-la ao campo dos efeitos reversíveis [...].

[...] a prisão, por definição, é fato de efeitos irreversíveis pelo seu efeito corruptor, pelo seu efeito estigmatizante. Não há indenização capaz de reverter os efeitos biográficos de uma prisão.

No que tange à regulação de matéria processual penal e processual civil, também será ressaltado o caráter precário – princípio

da irreversibilidade fática – da MP como argumento suficiente à impossibilidade de sua utilização¹⁸³.

9º. Matéria que vise detenção ou seqüestro de bens. Tal inclusão nas hipóteses de limitação se deu principalmente pelo ocorrido no governo Collor, no qual se editou MP's flagrantemente inconstitucionais criando nova moeda e congelando os ativos financeiros acima de NCz\$ 50 mil, desrespeitando por completo o direito à propriedade (CF, art. 5º, XXII). Além disso, o argumento de que MP é ato precário bastaria para impedir que disposições dessa espécie sejam veiculadas, uma vez que a posterior declaração de inconstitucionalidade não possibilita o retorno a situação anterior¹⁸⁴.

2.3 Relevância e urgência

Embora conceitos indeterminados, tentaremos delimitar, em abstrato, o que seria a relevância e a urgência. Segundo o dicionário¹⁸⁵, relevante seria algo de grande valor, que se sobressai, algo importante. Já urgente é aquilo que urge, que é necessário ser feito com rapidez.

Com relação às MP's, essa significação não toma outro sentido. A relevância deve ser entendida não como relevância qualquer, não

¹⁸³ CAMPOS (2003:70).

¹⁸⁴ CAMPOS (2003:73-74).

¹⁸⁵ FERREIRA (1994).

como a relevância que toda matéria de lei necessita para se tornar lei. A relevância das MP's deve, além de estar presente na matéria, objeto da MP, estar na situação ensejadora.

Alguns doutrinadores, tais como Carmen Lúcia Antunes Rocha, defendem que a relevância não está na matéria a ser tratada, mas na situação social sobre a qual incidirá a medida.

Além da relevância, cumpre que a MP seja urgente. Nos dizeres de Carmen Lúcia Antunes Rocha, “em caso de relevância e quando esse caso de relevância for urgente [...]”¹⁸⁶.

A urgência diz respeito ao momento da edição. Não pode ser a mesma situação de urgência do art. 64, §1º. Ora, uma vez que fosse solucionável pelo art. 64, §1º dever-se-ia adotá-lo ao invés de se editar MP. A urgência do art. 62 requer, para configurá-la, ação inadiável, cuja mora acarretada pela utilização das vias ordinárias origine algum grande prejuízo para a sociedade.

Nesse sentido é o voto do Min. Celso de Mello na ADIn 162-1 DF:

O que justifica a utilização dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias da legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.

[...]

A outorga constitucional, ao Presidente da República, desse poder de cautela, representa um meio juridicamente idôneo e

¹⁸⁶ ROCHA apud CLÉVE (2000:p.177).

apto a impedir, na esfera da atividade normativas estatais, a consumação do *periculum in mora*, e a tornar possível, em consequência, a útil e eficaz prestação legislativa pelo Estado.

O que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é o fundado receio, por ela exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público”.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

3.1 O decreto-lei na Constituição de 1967/69

Instituto muito semelhante à Medida Provisória, o decreto lei foi uma – dentre várias – afronta à democracia feita pelo Regime Militar. A apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da falta dos pressupostos autorizadores – relevância ou interesse público – levou, e até hoje leva, a uma série de equívocos sobre o tema.

Para uma análise do posicionamento desse órgão, citaremos o voto do Ministro Aliomar Baleeiro no Recurso Extraordinário nº 62.739, quando se refere ao tema em questão:

Não me parece duvidoso que a apreciação da ‘urgência’ ou do interesse público relevante assume caráter político: – é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado que o Congresso pode chegar a julgamento de

valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso.

Esse posicionamento, predominante no STF até a década de 90, está calcado no paradigma do Estado Liberal, situado historicamente no século XIX e princípio do século XX, que por sua vez o herdou do Estado de Polícia¹⁸⁷.

Para esse paradigma, a discricionariedade era vista não como competência atribuída pela Constituição, mas como poder político. Daí a inadmissibilidade do controle judicial de certo tipo de atividade administrativa, vez que eram questões políticas¹⁸⁸, fora do controle do judiciário; atuando nestas questões, estar-se-ia violando o princípio da separação de poderes.

O STF, portanto, interpretou a questão dos pressupostos autorizadores, até a década de 90 do século passado, como juiz de um Estado Liberal. Lembremos que esse modelo de organização política conheceu sua decadência já na primeira década do mesmo século.

O posicionamento atual, embora tenha avançado em relação ao anterior, ainda não condiz com as idéias de um Estado que se pretende Democrático de Direito.

¹⁸⁷ DI PIETRO (1991:19). Essa herança do estado de Polícia se funda especialmente na “teoria da dupla personalidade do Estado, que isentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, subordinada ao jus politiae”.

¹⁸⁸ SAMPAIO (2002:328). “A concepção de political question é volátil e tende a perder significado prático na jurisprudência do Tribunal, a não ser como um expediente tático de fuga de um tratamento político desgastante”.

3.2 O STF e a Medida Provisória

A ADIn nº 162-1-DF, foi um marco, pois colocou alguns limites na orientação anterior. As palavras do Relator dessa ADIn, o Ministro Moreira Alves:

Essa orientação, no entanto tem de ser adotada em termos, pois levada às suas últimas conseqüências admitiria o excesso ou abuso de poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite em caso de relevância ou urgência.

As limitações, no entanto, se restringiram ao campo do abuso de poder. O Judiciário só poderia analisar os pressupostos de edição, quais sejam, relevância e urgência, caso ocorresse abuso de poder, vez que se trata de uma “decisão política e, portanto, de um ato discricionário”¹⁸⁹. Confundem-se, assim, ato político com ato discricionário, vindo à baila o entendimento de que os atos políticos, assim como os atos discricionários, não seriam passíveis de revisão jurisdicional, vez que essa revisão macularia o princípio da separação de poderes.

Alguns equívocos estão presentes em tal entendimento. Primeiramente, com o Estado Democrático de Direito, entende-se que a Constituição não outorga poderes, mas competências. Desta forma, todo ato político seria, em última instância, jurídico, vez que, para exercê-lo, necessário seria que a Constituição outorgasse competência para tanto. Ademais, o entendimento de ato discricionário adotado pelo STF não traduz a doutrina mais atual, e a nosso ver, a mais acertada.

¹⁸⁹ Voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADIN 162-1. P. 25.

3.3 Discricionariedade

Primeiramente, far-se-á leitura da discricionariedade ao longo dos paradigmas de organização do Estado.

No Estado Liberal a discricionariedade era vista como poder político, ou mais propriamente como atividade administrativa que não admitia controle judicial. A base desse entendimento se encontrava no medo do retorno ao Absolutismo, a exigir uma separação rígida das funções legislativa, executiva e judiciária. Dessa forma, não poderia o judiciário avaliar a conveniência e oportunidade ou definir a leitura de um conceito jurídico indeterminado, vez que se estaria intrometendo em assunto relacionado ao poder executivo e, portanto, assunto ou questão política. Alguns autores chegam a afirmar que nesse paradigma de Estado não caberia falar em discricionariedade ou vinculação; vez que o Estado se caracterizava como mínimo, o Direito estabelecia limites predominantemente negativos e, além disso, a atividade realizada pelos aplicadores do direito (Judiciário e Administração Pública) era compreendida como trabalho mecânico¹⁹⁰. Assim, o princípio da legalidade tinha concepção diversa da atual, podendo o Administrador fazer não só o permitido como também o que não fosse proibido. Não podemos olvidar que esse entendimento de ato discricionário, prevalente no Estado Liberal, foi herdado do Estado de Polícia e da teoria da dupla personalidade do Estado¹⁹¹.

¹⁹⁰ OLIVEIRA Binômio (2002:1).

¹⁹¹ DI PIETRO (1991:19).

No Estado Social verificou-se a atenuação dos rigores do modelo dito clássico ou estrutural mecanicista. A distinção entre os poderes continuou sendo de suma importância, mas agora se admite a flexibilização de suas atribuições, havendo uma “interdependência de funções”. Essa separação de poderes visa impedir a concentração de poder ou a sobreposição de um deles sobre os demais. Seria o modelo conhecido como *checks and balances*¹⁹².

É também dessa época o movimento do positivismo jurídico que transformou sobremaneira o princípio da legalidade, entendido a partir de então como permissão para que a Administração faça somente o que a lei permite.

A discricionariedade é, então, compreendida como poder limitado pela lei. Ocorre que, se por um lado houve avanço com a nova leitura do princípio da legalidade, o mesmo não se deu com a idéia de lei, que passou a ser editada também pelo Poder Executivo, conforme exposto pelo item 2.1. Além disso, nos dizeres de Zanella di Pietro:

[...] as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ – e aqui incluímos também os conceitos jurídicos indeterminados – da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei¹⁹³.

No que chamamos de Estado Democrático de Direito, ou seja, no Estado que conjuga participação popular sem a atenuação dos

¹⁹² SAMPAIO (2002:431).

¹⁹³ DI PIETRO (1991:28).

direitos sociais obtidos no paradigma anterior – tese defendida por muitos – além de uma nova releitura dos direitos individuais de primeira geração e adição de direitos difusos (os chamados direitos de terceira geração), a discricionariedade deve ser ainda mais limitada.

Nesse paradigma, a Administração Pública não se submete apenas à lei formal, como no positivismo jurídico, mas também a princípios estabelecidos explícita e implicitamente em nosso texto constitucional. A própria concepção de Estado Democrático de Direito, princípio explícito na nossa Carta Constitucional, traz consigo uma série de outros princípios correlatos cuja inobservância pode macular toda pretensão de sermos, tal como preceitua a Constituição de 1988, um Estado Democrático de Direito. Assim é que, em todos os atos do Executivo, Legislativo e Judiciário há que se ter em mente sua vinculação aos princípios constitucionais, principalmente ao princípio do Estado Democrático de Direito, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, os princípios são vinculantes à interpretação da legislação e um limite à atividade discricionária da Administração Pública.

3.4. Ato discricionário e ato vinculado

A doutrina mais moderna acerca do tema defende a impropriedade das expressões ato vinculado e ato discricionário. Para essa doutrina, a vinculação e a discricionariedade seriam aspectos do

ato administrativo. Nos dizeres de Florivaldo Dutra Araújo: “se houver lei que qualifique como vinculada a apreciação de todos os pressupostos e elementos de um ato administrativo, só nesse caso, será correto aludir a ‘ato vinculado’”.¹⁹⁴

Apesar de sermos adeptos da doutrina acima exposta, continuaremos a utilizar os termos ato vinculado e ato discricionário, por serem as expressões correntes.

Ato vinculado, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁵, dar-se-ia quando,

a norma ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento¹⁹⁶.

Por sua vez, para o administrativista supra, o ato discricionário ocorreria quando a lei conferisse ao administrador, seja por utilizar conceitos fluidos ou por expressamente fazê-lo, certa margem de liberdade para que este pudesse escolher dentre duas ou várias soluções possíveis para o Direito. Dessa margem de liberdade decorrente seja de conceitos vagos, seja de permissão expressa, ou da apreciação da conveniência e oportunidade, resultaria para o administrador a interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto

¹⁹⁴ ARAÚJO (1992:68).

¹⁹⁵ Para BANDEIRA DE MELLO haveria, na verdade um poder vinculado ou discricionário ao invés de ato. Coloca também que este poder seria um poder - dever, pois o eixo metodológico do Direito Público gira e m torno da idéia de dever.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO (2000:9)

à maneira de proceder. Essa interferência de um juízo subjetivo do administrador pode decorrer da hipótese da norma, do comando da norma e da finalidade da norma. Nesse ponto o autor inova, pois a maior parte da doutrina considera a competência, a finalidade e a forma sempre elementos vinculados.

Questão polêmica sobre a discricionariedade trata dos conceitos indeterminados, também chamados vagos, fluidos e plurissignificativos. Aqui o tema assume enorme importância, vez que um dos fundamentos pelos quais o STF alegou sua incompetência na apreciação dos requisitos de relevância e urgência na edição de MP's foi exatamente o fato de serem a relevância e a urgência conceitos ensejadores de discricionariedade administrativa, vez que são conceitos fluidos.

Ao contrário da doutrina tradicional brasileira, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que *in concreto* poderá haver conceitos plurissignificativos que não ensejarão discricionariedade do administrador. Isso porque tais conceitos contêm uma zona de certeza positiva e outra de certeza negativa, sendo que a dúvida recairia sobre uma terceira zona, a intermediária, que fica entre as anteriores. Conclui o autor que “a admissão de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra *in concreto*”. Assim, quando a norma é confrontada com o caso concreto e não existirem dúvidas, a atuação do administrador será vinculada.

A atual posição do STF¹⁹⁷, no que tange ao controle jurisdicional dos requisitos de edição das MP's, em muito se parece com a doutrina desenvolvida por Bandeira de Mello, ou seja, o órgão entende que a discricionariedade é uma “situação em que a Administração desfruta de uma certa liberdade por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites, tendo que reconhecer que no interior deles a atuação administrativa é incensurável” quando não há “direito subjetivo de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado”¹⁹⁸. Para o ilustre administrativista, o mérito do ato administrativo – os aspectos de conveniência e oportunidade – se distingue da discricionariedade, embora seus efeitos sejam os mesmos: não permitem a apreciação pelo judiciário.

Posição diversa é a de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para quem na vinculação “a lei pode determinar exaustivamente todas e cada uma das condições de exercício da potestade, de modo que construa uma hipótese legal complexa e uma potestade aplicável ao mesmo também definida em todos os seus termos e conseqüências”¹⁹⁹.

A atividade vinculada da Administração resumir-se-ia à constatação de uma hipótese de fato ao que determina a lei exaustivamente quando da ocorrência de tal fato. Nesse caso não haveria espaço para nenhum juízo subjetivo, salvo para constatar ou

¹⁹⁷ Vide REExt 217.162-2 DF, Relator Min. Carlos Velloso; ADIn 1.700-6 DF, Relator Min. Nelson Jobim.; ADIn 1.417-0 DF, Relator Min. Otávio Gallotti; ADIn 526-0/600, Relator Min. Sepúlveda Pertence, dentre outras decisões.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO (2000:25).

¹⁹⁹ ENTERRÍA, e FERNANDEZ (1991:389).

verificar a ocorrência da hipótese para contrastá-la com o que determina a lei. Destarte, opera a Administração de forma automática²⁰⁰.

A discricionariedade, por sua vez, caracteriza-se pela pluralidade de soluções justas e possíveis entre as que livremente pode adotar a Administração. Para os autores espanhóis supra, a lei, ao definir alguma das condições ao exercício das atribuições da Administração, remete à avaliação subjetiva desta o restante de ditas condições.

Assim, a discricionariedade, diferentemente da vinculação, permite que, nessas avaliações feitas durante a interpretação, existam estimativas subjetivas. Cumpre dizer, contudo, que a subjetividade presente na discricionariedade não é uma faculdade extralegal. Se o admitirmos, estaríamos pondo por terra o princípio da legalidade, um dos pilares do Estado de Direito.

Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez:

[...] a discricioneriedade, contra o que pretendia a antiga doutrina, não é uma hipótese de liberdade da Administração frente à norma; antes, pelo contrário, a discricioneriedade é um caso típico de remissão legal. [...]

Não há, pois, discricioneriedade à margem da lei, senão justamente em virtude da lei e na medida em que a lei tenha disposto²⁰¹.

²⁰⁰ Embora o processo de aplicação da lei seja, nesse caso, exaustivo, não seria a palavra "automática" a melhor para designá-lo, uma vez que há a necessidade de processos interpretativos que incluam necessariamente avaliações, não obstante não sejam subjetivas estas apreciações.

²⁰¹ ENTERRÍA e FERNANDEZ (1991:390).

Além disso, para os autores espanhóis, a avaliação subjetiva permitida pela lei não pode ser de todos os elementos do ato, mas somente de alguns deles.

A questão polêmica do ato discricionário se encontra, conforme já dito, nos conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de vagos, plurissignificativos ou imprecisos. A lei não precisa exatamente os limites desses conceitos, embora tente delimitar uma hipótese concreta. São conceitos que não comportam uma quantificação ou determinação rigorosas contudo, referem-se a uma hipótese da realidade, admitindo, na aplicação de um caso concreto, sua determinação.

Assim, segundo o autor espanhol, "ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não há; ou o preço é justo ou não é [...]"²⁰².

Cabe aqui a crítica feita por Florivaldo Dutra Araújo, respaldada também por Enterría e Fernandez: não se questiona acerca da legitimidade do juiz para decidir, em D. Civil, quanto à "boa-fé", quando do comportamento de um bom pai de família; ou, em Direito Penal, sobre a famigerada "mulher honesta"; ou, no processo penal, o que seria "interesse da União", dentre outros. Ocorre que, quando esses conceitos são utilizados pelo D. Administrativo, a solução é

²⁰² ENTERRÍA e FERNANDEZ (1991:393).

diversa. Fica registrada aqui a pergunta feita por Araújo: “Porque esse privilégio da Administração Pública?”²⁰³.

Nos conceitos jurídicos indeterminados ocorre um processo de subsunção de determinada situação/fato com a norma legal que contém esse tipo de conceitos. Isso é, em última análise, um processo intelectual de compreensão de determinada realidade, e não mero ato de volição como têm pretendido alguns autores. Assim, em se tratando de interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, cabe controle do judiciário, o que, no caso de ato de volição, implicaria em discricionariedade. Nos casos de conceitos vagos, o Administrador buscaria a “única solução justa” para cada caso. E o “controle último, por ser um controle de legalidade é acessível ao juiz”²⁰⁴.

A doutrina alemã fala também, assim com Celso Antônio Bandeira de Mello em uma zona de certeza e uma zona de certeza negativa, sendo que entre elas haveria um halo onde caberia certa margem de apreciação a favor da Administração. Ressalta-se, contudo, que essa margem de apreciação não dá ensejo à livre vontade da Administração. Seria “um âmbito cognoscivo e interpretativo da lei em sua aplicação aos fatos”²⁰⁵. O máximo que se outorga à Administração, nesses casos, é a possibilidade de haver dúvida, o que ocorre, naturalmente, em todo litígio.

²⁰³ ARAÚJO (1992: 81).

²⁰⁴ ENTERRÍA e FERNANDEZ (1991:395).

²⁰⁵ ENTERRÍA e FERNANDEZ (1991:397).

Assim, entendemos que a existência de uma margem de apreciação não pode servir para a defesa da isenção do controle jurisdicional, pois o juiz, conforme determina a Constituição de 1988, é apto a decidir a aplicação da lei no caso concreto. Isso ocorre nos demais ramos do direito, exceto, como já foi dito anteriormente, no Direito Administrativo.

4 CONCLUSÃO

As Medidas Provisórias se enquadram no paradigma de Estado Social, haja vista tratar-se de ato normativo expedido por Chefe do Executivo. Tal possibilidade só foi possível com a existência de um Executivo forte em detrimento de um legislativo desacreditado e moroso. Isso se deu, conforme observado, pelo inchaço nas atividades do Poder Executivo, vez que esse modelo de Estado trouxe uma nova modalidade de direitos, os sociais, bem como uma nova leitura dos direitos individuais pré-existentes.

Muito embora seja um instrumento do *Welfare State*, as medidas provisórias foram inseridas em uma Constituição que se pretende Democrática, tendo como um de seus princípios o Estado Democrático de Direito. Assim, esse instituto, objeto do presente trabalho, não poderia ter mesma utilização e a mesma leitura em um Estado Social e em um Estado Democrático de Direito. Isso porque os direitos consagrados no primeiro sofrem uma releitura no segundo, além da inserção de novos direitos, tais como os chamados direitos

difusos. Ademais, os princípios e valores encontrados em um paradigma de Estado diferem e muitas vezes divergem dos princípios e valores encontrados no outro. Na verdade, o que quer se dizer com isto é que, embora instrumento do Estado Social, as Medidas Provisórias foram inseridas na Constituição de 1988 e, com isso, devem sofrer uma releitura de modo a se adequarem aos princípios contidos nesta Carta.

Neste ponto faz-se crítica ao posicionamento do STF. O Tribunal vem entendendo que, sendo a relevância e a urgência – critério para a edição das MP's – conceitos jurídicos indeterminados, somente caberia sua apreciação em caso de abuso de poder ou abuso manifesto (e expressões congêneres). Além disso, defende a tese de que se trata de poder político do Presidente da República. Ora, com o Estado Democrático de Direito, entende-se que a Constituição não outorga poderes, mas sim competências. Desta forma, todo ato político seria, em última instância, jurídico, vez que, para exercê-lo, necessário seria que a Constituição outorgasse competência para tanto. Além disso, a nossa Carta, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, o judiciário está obrigado a analisar tais conceitos sob pena de descumprir cláusula pétrea e princípio constitucional.

Outro equívoco encontrado nos acórdãos do STF é a discricionariedade advinda de conceito jurídico indeterminado. Esses conceitos, conforme dito anteriormente não ensejam apreciação

volitiva, mas somente interpretação, o que, em alguns casos, pode gerar dúvida, mas nunca escolha subjetiva. Assim, se se trata de ato de interpretação, cabe perfeitamente ao judiciário a apreciação de tais requisitos, cabendo-lhe inclusive declarar, a inconstitucionalidade de uma Medida Provisória que venha a ser editada sem a sua devida observância, vez que desrespeitaria exigência da própria Constituição para edição de MP's.

Assim, conclui-se que é possível o controle de constitucionalidade dos pressupostos de edição, quais sejam, a relevância e a urgência.

Pretende-se, contudo, deixar um questionamento que pode ser objeto de pesquisa futura: – a exacerbada ampliação da esfera de atuação do judiciário não levaria, em última análise, ao governo dos juízes, vez que todas as decisões política e juridicamente relevantes para a sociedade devem se submeter à definitiva palavra de um único poder, cujos membros não são eleitos e cujos procedimentos são por demais eruditos e cerrados ao entendimento do cidadão médio?

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Ver. E compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed., 4ª t.. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Relatividade" da competência discricionária. RDA, Rio de Janeiro, no 212, abr./jun. 1998.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. A Excepcionalidade da Medida Provisória, limites à sua edição e a Emenda Constitucional nº 32. Monografia apresentada para fins de obtenção do grau de bacharel em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da Administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável pôr inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação pôr obras realizadas – Ilícito do Estado – Igualdade de todos diante dos encargos públicos – Princípio da continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. Revista da OAB. Nº 63. Rio de Janeiro, julho/dezembro 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A sanção no procedimento legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado. Vol.III. Belo Horizonte: Mandamentos, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Mª. Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas S.A, 1991

ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A. 1994.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto F.. Comentários à Emenda Constitucional no 32/2001, in JUS Navigandi. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/index.html> >. Acesso em 02/08/2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade, vols.: I e II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.

MÜLLER, Friederich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do pano de fundo das experiências alemãs. Conferência Nacional dos Advogados, XVII, ago/set. 1999, RJ. Anais: Justiça: realidade e utopia. Vol. II. Brasília, DF: Conselho Federal da OAB, 2000.

OLIVEIRA, Renata Camilo de. Paradoxos do Binômio Vinculação/Discricionariedade e Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. Monografia apresentada para fins de obtenção do grau de Bacharel em Direito. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte. 2002.

PRATES, Francisco de Castilho. Poder, Cidadania e Legitimidade: A Medida Provisória revelando as contradições da democracia brasileira. Monografia de finalização de pesquisa de iniciação científica financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

A POLÍTICA INDIGENISTA AO LONGO DA HISTÓRIA BRASILEIRA E SUAS DIRETRIZES NA CONSTITUIÇÃO DE 1998²⁰⁶

Mariana Prandini Fraga Assis

Sumário

1. Introdução; 2. O Brasil Colônia; 3. O Brasil Império; 4. O Brasil República;
5. A Constituição de 1988 e seus avanços; 6. Conclusão; 7. Referências
Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura elucidar as variações por que passou a política indigenista ao longo da história brasileira, desde o Brasil Colônia até os dias atuais. Verifica-se que, nada obstante os interesses em conflito tenham variado ao longo destes séculos, assistiu-se a uma perpetuação de práticas assimilacionistas que em muito pouco se

²⁰⁶ O presente artigo é parte do resultado obtido em pesquisa integrante do programa PIBIC/CNPq, desenvolvida no período de agosto de 2002 a julho de 2003, sob orientação da professora doutora Juliana Cordeiro de Faria.