

A convalidação da Medida Provisória

Estudo comparativo com a doutrina constitucional espanhola

Luiz Eduardo Anesclar

Sumário

1. Introdução. 2. O juízo prévio pelo Congresso Nacional. 3. A convalidação do Decreto-lei pelo Parlamento espanhol. 4. A ausência de convalidação da Medida Provisória: consequências. 5. A convalidação como garantia do monopólio legislativo. 6. A reiteração da norma pelo Governo como ato de convalidação. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Convalidar um ato não é o mesmo que fazer sua conversão. A Medida Provisória, como ato da potestade legislativa do Poder Executivo, necessita ser convalidada pelo Congresso Nacional para sua validade¹ no ordenamento jurídico.

¹ “Efetivamente, o termo ‘convalidar’ significa em castelhano ‘dar validez’. É uma técnica jurídica que serve para sanar atos afetados por vícios jurídicos, de forma que, sem essa convalidação, o ato seria em si mesmo ilegítimo; todo Decreto-lei suporia um ilícito jurídico que deve ser sanado mediante a intervenção parlamentar. Entretanto, não é este o sentido que tem a instituição no ordenamento espanhol, porque a produção dos Decretos-leis se trata de uma atividade constitucionalmente lícita por parte do Governo, sem que tenha que estar submetida ao ‘saneamento’ ou ‘convalidação’ alguma que a outorgue caráter de licitude. Não nos encontramos na Espanha ante uma suscitação anglo-saxã, de *Bill of indemnity* sobre uma atividade essencialmente ilícita do Governo, senão ante uma ação com categoria de lei, lícita ainda que provisória. Pelo que a ação da chamada ‘convalidação’ não supõe nenhum tipo de saneamento pela atividade parlamentar, de nulidades ou anulabilidades presen-

Luiz Eduardo Anesclar é Doutor pela *Universidad de Granada*, Espanha. Professor da Universidade Estácio de Sá - Petrópolis. Advogado.

A convalidação da Medida Provisória, pelo Congresso Nacional, de ato do Poder Executivo, vai significar que a mesma satisfaz os requisitos constantes do art. 62 da Constituição brasileira. A partir de então, a norma passa a ter existência em conjunto com as demais normas que formam parte do ordenamento jurídico. Os pressupostos constitucionais formais e materiais para que a norma governamental seja convalidada estão no art. 62 e seu § 1º, no que respeita às proibições de regulação.

Em que pese a força de lei contida na Medida Provisória, assim que é editada pelo Governo, ela poderá ser derogada de forma expressa ou tacitamente pelo Congresso Nacional (Cf. MASSUDA, 2000, p. 1-5) quando lhe faltam os pressupostos habilitantes de relevância e urgência² ou quando essa norma incide nas proibições do art. 62, § 1º, da Constituição brasileira.

A EC nº 32/2001 não é clara a respeito da convalidação da Medida Provisória, pois, ao introduzir o § 5º no art. 62 da Constituição, ainda que não se refira à *convalidação* ou *derrogação*, implicitamente o faz ao dizer que “a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das

tes por natureza em todo Decreto-lei, senão que simplesmente dá caráter definitivo a um ato em princípio provisório, pelo que resulta mais adequado utilizar os termos ‘ratificação’ (GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. Fernández) ou ‘homologação’, porque, como destacou a S.T.C. nº 6 de 4 de fevereiro de 1983: ‘O que o art. 86.2 da Constituição espanhola chama ‘convalidação’ é mais genericamente uma ‘homologação’ respeito da situação de necessidade justificadora da iniciativa normativa baseada por esse caminho’” (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 203-204).

² “No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.” (JURISPRUDÊNCIA, ADI 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanchez, DJ 25 fev. 2000. ementário 1980-1, p. 63-64).

Medidas Provisórias dependerá de juízo prévio sobre o cumprimento de seus pressupostos constitucionais”.

Portanto, da derrogação expressa ou tácita, poderá restabelecer-se o *status quo* das relações jurídicas anteriores de sua edição. E, da mesma forma, o Congresso Nacional deverá editar o competente decreto legislativo para regular as relações jurídicas criadas durante sua curta vigência. Isso porque o art. 62, § 11º, dispõe que: “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.”

2. O juízo prévio pelo Congresso Nacional

O juízo prévio que a Constituição determina ao Congresso Nacional é uma garantia para o ordenamento jurídico, no que concerne à validade e eficácia da norma governamental, pelo que se poderá garantir a supremacia da Constituição como norma hierarquicamente superior, a qual estabelece um sistema de repartição de competências³, havendo um maior peso no Poder

³ “As Constituições normativas, e especialmente a espanhola, incluem, junto às normas que formam parte da Constituição material, no sentido Kelseniano, o reconhecimento de princípios e valores constitucionais, de natureza abstrata, que condicionam a produção normativa e a aplicação do Direito. Este conteúdo axiológico contribui necessariamente a uma desformalização das fontes infraconstitucionais a favor da norma constitucional. Há que se levar em conta que frente à identificação entre lei e Direito, própria da doutrina tradicional das fontes, uma teoria constitucional das fontes deve partir da confluência entre Direito e Constituição. A Constituição não pode conter, obviamente, todo o Direito, porém todo o Direito do ordenamento deve tender à constitucionalidade de seus aspectos formais e materiais. A teoria constitucional não situa a Constituição em lugar da lei, mantendo as mesmas estruturas. Efetivamente, origina uma mudança fundamental na estrutura do sistema de fontes, dentro do qual, a Constituição, sendo a expressão do consenso fundamental dos diversos setores sociais, serve de medida para a determinação da validade do Direito produzido nos distintos âmbitos em que esses setores

Legislativo, relativo à produção normativa, por ser este um órgão mais democrático devido a sua composição.

Assim, devido ao caráter político do Congresso Nacional, o juízo prévio passa a ter uma natureza de forte conotação política. E não somente se a Medida Provisória cumpre com seus requisitos formais de legalidade e constitucionalidade, concorrente de sua validade no ordenamento jurídico e ao princípio de segurança jurídica⁴. Senão que, pelo juízo prévio, se analisam os pressupostos habilitantes e se a norma governamental incide nas proibições contidas no § 1º do art. 62 da Constituição, momento pelo qual o Congresso convalida ou rejeita a Medida Provisória. Essa atuação do Congresso Nacional tem característica fiscalizadora ou de autêntico controle (Cf. CARMONA CONTRERAS, 1997, p. 253) dos atos do Governo. E que, posteriormente, a norma passa para a fase legislativa e que por lei converte em definitivo a Medida Provisória⁵.

No caso de rejeição, a norma será expulsa do ordenamento jurídico como se nunca

exercitam o poder público. A Constituição é origem última do Direito vigente no ordenamento, até onde o Direito é Direito (além disso não existe como tal). É a fonte conformadora do ordenamento" (BALAGUER CALLEJÓN, 1991, p. 54).

⁴ O mesmo entendimento se faz ao Decreto-lei espanhol. Segundo Carmona Contreras (1997, p. 254-255), o regime parlamentar tem sido modificado, ainda que com a permanência do potencial inquisitivo perante o Governo que ficou francamente diluído como consequência da presença de uma maioria parlamentar convenientemente disciplinada que apoia o Executivo. Portanto, o controle poderá manifestar-se como uma espécie de contradição em termos que vem confundir o sujeito controlante com o controlador, remetendo-nos a um suposto autocontrole.

⁵ "Convalidado o Decreto-lei pelo Congresso, o Presidente da Câmara oferece a oportunidade de tramitar seguidamente a norma recém convalidada como projeto de lei, podendo, em consequência e diferentemente da simples convalidação, introduzir as emendas e modificações que ambas as Câmaras entendem convenientes sobre a citada norma. Isso significa que a tramitação do art. 86.3 se plasma como autêntica atividade legislativa, da que resultará uma Lei formal das Cortes" (TUR AUSINA, 2002, p. 140).

existira, pelo que está obrigado o Congresso a editar o decreto legislativo para regular as relações jurídicas produzidas ao tempo de vigência da norma extraordinária.

3. A convalidação do Decreto-lei pelo Parlamento espanhol

No Direito constitucional espanhol, a convalidação está contemplada no art. 86.2 da seguinte forma: "Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e votação de totalidade ao Congresso dos Deputados, convocado ao efeito se não estiver reunido, no prazo dos trinta dias seguintes a sua promulgação. O congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do referido prazo sobre sua convalidação ou derrogação, para o qual o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário".

"Neste sentido, o controle que exerce o Parlamento espanhol é de natureza tipicamente política e não de controle de constitucionalidade. Este estará a cargo do Tribunal Constitucional espanhol e, tampouco se admite a emenda ao Decreto-lei, sendo o mesmo convalidado ou derogado mediante debate e votação de totalidade" (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 146).

Santolaya Machetti (1988, p. 200) afirma que, pelo inciso 2 do art. 86 da Constituição espanhola, qualquer Decreto-lei deve ser convalidado por manifestação expressa do Congresso. Para o autor, a convalidação parece revestir-se de um caráter imperativo, necessário, e não meramente alternativo ao de sua tramitação como lei. A possibilidade de tramitar o Decreto-lei como projeto de lei está estabelecida no inciso 3 do art. 86 da Constituição espanhola da seguinte forma: "Durante o prazo estabelecido no inciso anterior, as Cortes poderão tramitá-los como projeto de lei pelo procedimento de urgência".

Na Espanha, no Decreto-lei se questiona uma dupla via: a etapa de convalidação, em que se analisam os pressupostos habi-

litantes contemplados no art. 86.1 daquela Constituição, e a possibilidade de tramitá-lo como projeto de lei. Segundo ainda o mesmo autor, a convalidação é imperiosa para a tramitação do Decreto-lei como lei parlamentar, o que impede a decadência da norma governamental. Além disso, a convalidação é vantajosa para que as Cortes na Espanha não atuem sob pressão temporal, como no caso da rápida decadência das normas governamentais provocada nos ordenamentos italiano e brasileiro (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 201; TUR AUSINA, 2002, p. 140).

A propósito desse caráter alternativo entre convalidar ou tramitar como projeto de lei o Decreto-lei, Santolaya Machetti (1988, p. 202) afirma que o art. 86 da Constituição espanhola apresenta dois supostos teóricos claramente diferenciados; dois procedimentos de intervenção distintos (Segura Guimard), e ainda que este é o efeito provocado pela interpretação regulamentar e jurisprudencial constitucional, não deixa, entretanto, de provocar problemas no momento de determinar a natureza e efeitos das duas vias.

A esse efeito, um dos problemas que suscita essa interpretação, como pôs de manifesto a doutrina (Cruz Villalón, Jiménez Campo, Santaolalla), é que o art. 86.3 da CE resulta absolutamente supérfluo, desnecessário, porque o legislador pode intervir convertendo em lei um Decreto-lei já convalidado em qualquer momento; é uma possibilidade sempre presente, sem limites temporais, sem necessidade, portanto, de sujeitar-se ao estrito prazo de trinta dias, marcado pelo art. 86.3 da Constituição espanhola, em virtude da iniciativa legislativa que compete ao Governo segundo o art. 87 da citada Constituição.

Para Balaguer Callejón (1999, p. 146), “a convalidação do Decreto-lei espanhol não implica um saneamento dos vícios em que o mesmo tenha incorrido no que concerne aos limites constitucionais a que está submetida esta fonte (STC 6, de 4 de fevereiro

de 1983, FJ 5). Um Decreto-lei que careça de pressuposto habilitante, ou que afete a algumas das matérias excluídas, manterá esses vícios ainda que seja convalidado pelo Congresso. A convalidação é uma exigência para que o Parlamento expresse seu acordo a uma norma proveniente de um órgão que não tem como principal função a produção normativa”⁶.

Tanto no Direito espanhol quanto no brasileiro, o Parlamento pode rejeitar a norma em vez de convalidá-la. No caso brasileiro, o § 5º do art. 62 determina a vinculação do Congresso ao juízo prévio, pelo qual, vai-se analisar se a norma cumpre com os seus pressupostos habilitantes, e se a mesma não incide nas proibições contidas no § 1º do artigo citado, para a posterior deliberação do mérito da Medida Provisória.

Conclui-se que, uma vez convalidada a Medida Provisória, o Congresso poderá deliberar sobre ela. O que certamente será possível propor emendas à Medida, de acordo com a interpretação do § 12 do art. 62, que faculta a alteração do texto original. Distinto é ao que ocorre no Decreto-lei espanhol, no qual não se admitem emendas na fase de convalidação (Cf. OTTO, 1988, p. 203).

Não é o que ocorre na realidade. Por exemplo, na Medida Provisória, o Congresso não se manifesta no juízo prévio como manda o § 5º do art. 62, momento pelo qual se deveria fazer a convalidação da norma governamental, porém não se faz. Portanto, não havendo um juízo prévio sobre a Medida Provisória, a interpretação que

⁶ “A natureza política do controle que o Congresso exerce não se vê alterada pelo fato de que a valoração negativa que possa conduzir à derrogação do Decreto-lei se baseia na possível inconstitucionalidade desta fonte por vulnerar os limites estabelecidos na Constituição. O Congresso carece de competências para determinar a inconstitucionalidade (ou a constitucionalidade) do Decreto-lei, de tal modo que são juridicamente irrelevantes, a efeitos de caracterizar o controle que realiza, as motivações em que se possa basear sua rejeição desta norma. Como o são também aquelas em que se baseia a convalidação”. (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 146).

se conclui do citado dispositivo é que vai impedir a deliberação pelo Congresso sobre o mérito da norma a efeitos de se fazer sua conversão em lei porque a mesma estará despida do ato convalidatório⁷.

Entretanto, o citado parágrafo não é claro a respeito da “convalidação” como pressuposto de conversão da Medida Provisória em lei, pelo procedimento do juízo prévio. Tudo indica que a atividade parlamentar é de confirmação de uma norma proveniente do Governo, cuja validade é um pressuposto da segurança jurídica das relações decorrentes dela. Por outro lado, a sobrecarga legislativa no Congresso Nacional faz-nos concluir que o mesmo não cumprirá os prazos estabelecidos constitucionalmente para se fazer uma análise dos pressupostos habilitantes da Medida Provisória e das proibições descritas no § 1º do art. 62. Dessa forma, o Governo poderá adotar Medidas Provisórias para regular as demais Medidas Provisórias que ainda estejam no Parlamento⁸. A convalidação da Medida Provisória evita sua caducidade do ordenamento jurídico e evita também sua reedição por ato do Governo. Esse duplo efeito do ato de convalidação garante o monopólio legislativo pelo Congresso Nacional, em razão de que a Medida Pro-

visória é uma espécie de fonte normativa extraordinária de um órgão que não tem competência legislativa primária.

4. *A ausência de convalidação da Medida Provisória: consequências*

A propósito, o Parlamento brasileiro, contrariando as disposições constitucionais que configuram a Medida Provisória, não leva a debate a norma excepcional com o fim de fazer sua conversão em lei. O que é incompatível com o Estado democrático e de Direito por configurar a omissão legislativa no campo da produção normativa originária e do controle político por meio do jogo da maioria e minorias parlamentares.

Em consequência, com a aceitação da norma governamental sem o controle na fase do juízo prévio pelo Congresso – momento pelo qual deveria proceder pela convalidação ou denegação – será possível concluir pela inexistência desse tipo normativo no ordenamento, ainda que irradie efeitos com força de lei. Razão pela qual resultaria indispensável a intervenção e, configurada a inexistência da norma governamental, seus efeitos no ordenamento jurídico são prejudiciais por afetar direitos garantidos constitucionalmente.

“A não conversão em lei da Medida Provisória pelo Parlamento depende se a mesma foi ou não convalidada através do juízo prévio. A este propósito, a norma poderá estar convalidada, mas ainda não estar convertida em lei pelo Parlamento, o que é perfeitamente possível. É possível também que a norma não esteja convalidada o que a faz decair de seu prazo de vigência, que, em geral, opera antes da morosa conversão em lei pelo Congresso. Não havendo o juízo prévio que convalide ou rejeite a norma governamental, a mesma é considerada inexistente no mundo jurídico. Portanto, não se pode converter em lei ou inclusive denegar uma norma que ainda não existe” (DANTAS, 1997, p. 103).

⁷ “A convalidação do Decreto-lei é absolutamente necessária para que este não perca sua vigência. A mera inatividade do Congresso não é suficiente, porque o art. 86.2 da Constituição espanhola exige seu pronunciamento expresso. A convalidação é assim um ato que termina com a provisoriedade formal do Decreto-lei e permite concluir o processo normativo desta fonte do Direito” (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 145-146).

⁸ “Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADIMCs 1.204, 1.370 e 1.636) no sentido de que, quando Medida Provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a Medida Provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a Medida Provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar.” (JURISPRUDÊNCIA STF, 1999, p. 2.488) (ADI 1.665-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 08/05/98).

Para todos os efeitos, convalidada a Medida Provisória sem que a mesma seja convertida em lei pelo Parlamento, pode-se considerar a existência dessa norma que produz efeitos válidos e eficazes sem que se opere a caducidade. Essa situação faculta ao Congresso Nacional promover sua conversão em lei mediante projeto de lei parlamentar a qualquer tempo e impede a reiteração da norma pelo Executivo.

Como dito antes, a caducidade da Medida Provisória opera pela falta de sua convalidação pelo Parlamento. Porém, para que se opere o processo de conversão em lei, é fundamental, antes, o procedimento de convalidação com o juízo prévio pelo Congresso Nacional, conforme determina o § 5º do art. 62 da Constituição Federal.

A convalidação da Medida Provisória pelo Congresso Nacional incide nas relações jurídicas que se vão constituindo desde o momento de sua publicação, dando-lhes validade e eficácia⁹, pelo que se suspende de forma provisória a eficácia da norma anterior. A questão que se suscita é se a falta de convalidação vai implicar a conversão da norma governamental. Tudo indica que influi negativamente, de modo que, na realidade, a Medida Provisória nunca é convertida em lei.

Ainda, a respeito da falta de conversão em lei da Medida Provisória pelo Parlamento, na atualidade, o Governo poderá reiterá-la, uma vez expirado seu prazo de validade no ordenamento, em virtude de que a mesma não fora antes convalidada no juízo prévio. Pela reiteração, ainda que proibida

⁹ “No caso da convalidação, [...] não se exercita saneamento de vício algum, pois a atividade do Governo é perfeitamente lícita e legitimada, constitucional e democraticamente. Não existe atuação viciada senão que a norma, desde um primeiro momento, entrou formando parte do ordenamento com validade – ainda que de forma provisória –, característica que requer uma perfeita convergência para o posterior significado convalidatório. Tendo em vista que o pronunciamento do Congresso não procede a sanear nulidades ou anulabilidades, parece mais adequado entender o termo como ‘ratificar’”. (TUR AUSINA, 2002. p. 114).

pela Constituição, o Governo convalidará certas disposições normativas, constantes da anterior decaídas de seu prazo, pela falta de conversão em lei pelo Congresso Nacional (Cf. MALTA MASSUDA, 2002, p. 1-5; GRECO, 1991, p. 48).

Nessa linha de raciocínio, não assiste razão ao Governo para reiterar Medida Provisória em consideração de que a norma não foi convalidada pelo juízo prévio. O que configura sua inexistência no ordenamento jurídico, o que se pode concluir que seria ineficaz a reiteração de norma não existente. A reiteração de Medida Provisória pelo Governo é em razão da caducidade do prazo de vigência desse tipo normativo, pelo fato de não ter sido convalidada a tempo pelo Congresso Nacional.

Tanto vale para o Congresso Nacional, para o ato de conversão em lei ou rejeição, quanto para o Governo, em seu objetivo de reiterar a Medida Provisória. Posto que a falta da convalidação no juízo prévio configura a inexistência da Medida Provisória, inexistindo, por via de consequência, a conversão em lei, derrogação do ordenamento jurídico ou a reiteração pelo Governo. No caso de reiteração de Medida Provisória pelo Governo, o art. 62, § 10, da Constituição brasileira determina, nos seguintes termos: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”.

5. A convalidação como garantia do monopólio legislativo

A respeito do que determina o § 5º do art. 62, o ato de convalidação pelo Congresso Nacional é obrigatório em razão do monopólio da produção normativa originária e também do princípio de separação de poderes. A omissão parlamentar nessa fase do juízo prévio compromete a democracia representativa e no âmbito jurídico-constitucional afeta o sistema de fontes do Direito, no que concerne à supremacia

da Constituição, que dá validade e eficácia às normas inferiores hierarquicamente no ordenamento jurídico¹⁰.

6. A reiteração da norma pelo Governo como ato de convalidação

A continuada e manifesta infração pelo Governo ao § 10º do art. 62 se justifica pela ausência de manifestação parlamentar no juízo prévio, pelo qual, a Medida Provisória deveria ser convalidada, pelo que se permite a transferência do ato convalidatório tipicamente parlamentar para a esfera governamental, em que a Medida Provisória decaída de seu prazo (para não dizer inexistente) será convalidada após sucessivas reiterações da mesma¹¹.

¹⁰ “O sistema normativo que aparece como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale por ter um conteúdo determinado; isto é, não vale porque seu conteúdo possa inferir-se mediante um argumento dedutivo lógico, de uma norma fundante básica pressuposta, senão por haver sido produzida de determinada maneira, e, em última instância, por haver sido produzida da maneira determinada por uma norma fundante básica pressuposta. Por isso mesmo, pertence a norma à ordem jurídica, cujas normas foram produzidas conforme a essa norma fundante básica. Daí que qualquer conteúdo que seja pode ser Direito” (KELSEN, 1993, p. 205).

¹¹ O Supremo Tribunal Federal entende por diversas manifestações admitindo a reiteração com a cláusula convalidatória. Porém, tal entendimento era antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, que agora proíbe a reiteração, regulada esta pelo § 10 do art. 62 da Constituição brasileira. Ainda com a proibição, o Governo continua reeditando e convalidando a medida anterior supostamente decaída de seu prazo. Algumas das decisões do STF: “Medida Provisória com força de lei. Constitucionalidade do dispositivo que preserva a eficácia anterior, regularmente reeditada antes do esgotamento do respectivo prazo de validade. (ADI 1.711 – SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ, 22.09.2000)”; “Não perde eficácia a Medida Provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, porém, reeditada, por meio de nova Medida Provisória, dentro de seu prazo de validade de trinta dias” (RE-24.7038/MG, Min. Moreira Alves, DJ 03.03.2000); “Não perde eficácia a Medida Provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, porém reeditada, por meio de outro ato da mesma espécie, dentro de seu prazo de validade de trinta dias. Precedentes do STF: ADI 1.617-MS, Min. Octavio Gallotti; ADI 1.610-

A convalidação feita a partir da reiteração da Medida Provisória pelo Governo se pode dizer que é forçosa e unilateral, contrária aos postulados do Estado democrático e de Direito, em razão de que existe o juízo prévio constitucionalmente estabelecido para a manifestação parlamentar e democrática. No mais, configura um presidencialismo arcaico que impede o jogo democrático entre maioria e minoria parlamentar. Na convalidação da Medida Provisória levada a cabo pelo Congresso Nacional, este vai exercer um efetivo controle dos atos excepcionais do Governo. Principalmente, quando se trata de um controle no sistema presidencialista de Governo, que, por si só, tem um poder representativo popular conferido pelo sufrágio direto e democrático.

Portanto, é inaceitável que a convalidação da Medida Provisória seja exercida diretamente pelo Governo, sobre seu próprio ato primário e sem nenhuma intervenção parlamentar, considerando-se a forma democrática e do Estado de Direito brasileiro. Denota-se, de forma clara, uma usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, no que concerne ao princípio de reserva de lei parlamentar vulnerando, por conseguinte, o princípio da forma democrática de Governo.

Efetivamente, não se pode converter em lei o que ainda não o é pelo simples fato de não haver o ato convalidatório, conforme se estabelece no § 5º do art. 62 da nossa Constituição. E, não é menos certo dizer que o ato de conversão em lei pelo Congresso não vai convalidar a Medida Provisória e seus efeitos produzidos ao tempo de sua vigência, em virtude de que, à falta de convalidação, não se pode considerar a norma como existente¹².

DF, Min. S. Sanches; ADI 1.647-PA, Min. C. Velloso” (lex 250/47); Medida Provisória 560, de 26.07.1994, sucessivamente reeditada, no prazo, e não rejeitada pelo Congresso Nacional: eficácia de lei (ADI 1.727/PB, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.09.1999).

¹² “A doutrina espanhola questiona que um dos problemas mais difíceis de resolver em relação à ‘con-

Tal anomalia que se verifica no procedimento da Medida Provisória vai configurar o arbítrio do Governo, pela concentração de poderes na sua esfera. Em consequência desta omissão, os direitos e a própria Constituição perdem garantia e eficácia pela continuada reforma que se vai introduzindo através de Medidas Provisórias sem nenhum procedimento agravado, este requerido para a Emenda Constitucional. A propósito, o art. 60 da Constituição federal estabelece procedimento para a reforma da Constituição.

Efetivamente, a convalidação ou derrogação da Medida Provisória, na fase do juízo prévio parlamentar, dá garantia de eficácia ao princípio constitucional da segurança jurídica, e favorece a conversão em lei do ato governamental. Dessa forma, o Congresso Nacional, ao convalidar a Medida Provisória, responsabilizar-se-á por seus efeitos no ordenamento jurídico, estando, portanto, obrigado a fazer sua conversão em lei, sua rejeição, ou ainda, transformar o procedimento de conversão em projeto de lei parlamentar.

validação' é determinar a natureza da intervenção parlamentar; efetivamente, se nos encontramos ante um ato de controle ou uma atividade legislativa. Uma parte da doutrina pronuncia de forma clara pelo caráter de 'controle' da atividade governamental que supõe a convalidação, e isso por se tratar de um ato unicameral, pela impossibilidade de emendas, isto é, de autêntica discussão parlamentar, pela sua publicação formal como acordo, e, sobretudo, porque, se consideramos a convalidação como uma lei, deixariam de ter sentido os limites constitucionais do art. 86.1 da Constituição espanhola, que evidentemente não são para as leis, ou, melhor dito, atuariam sobre os Direitos não convalidados e até que se produza esse 'saneamento' ou 'convalidação' em sentido técnico, que atuaria assim como um *bill of indemnity* da ação do Governo (Jiménez Campo). A maioria da doutrina tem-se inclinado, não obstante, por uma natureza mista da ação parlamentar: é ato de controle e não legislativo porque não se trata de uma lei, nem desde o ponto de vista formal nem desde o ponto de vista material. Entretanto, ao mesmo tempo tem efeitos legislativos enquanto outorga a normas provisórias uma permanência no ordenamento jurídico, e são controláveis como 'atos com força de lei', pelo que gozam de uma dupla natureza (Astarloa)" (SANTOLAYA MACHETTI, 1988, p. 208).

A convalidação da Medida Provisória levada a efeito pelo Poder Executivo, contrário ao controle político exercido sobre os pressupostos habilitantes na fase do juízo prévio pelo Congresso Nacional (art. 62, § 5º CF), esconde reais interesses do Executivo. Não autorizado pela maioria e nem pela minoria parlamentar, é contrário aos objetivos e fundamentos pelos quais se assenta constitucionalmente o Estado brasileiro.

A propósito, vale ressaltar que o juízo prévio estabelecido no § 5º do art. 62 da Constituição brasileira, é, dentre outras, uma expressão da democracia e que também é garantidora do controle dos atos de Governo (Cf. PITRUZZELLA, 1989, p. 7), sendo de fundamental importância para se assegurar a separação das funções dos poderes do Estado no ato concreto e individualizado de conversão em lei de Medida Provisória.

Que valor tem o juízo prévio positivo pelo qual se convalida a Medida Provisória, se a mesma poderá ser convalidada também pelo Governo em futura reiteração? O fato é que o Governo utiliza a reiteração da Medida Provisória contendo a cláusula de convalidação da medida anteriormente caducada. Assim, pode-se impedir a vigência da legislação anterior incompatível com a Medida Provisória, pelo que se convalidam os atos praticados com base numa norma provisória¹³ não convalidada pelo Congresso Nacional, senão posteriormente, pelo próprio Governo.

¹³ "Em sessão de 26.04.2000, foi julgado, pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 254.818/PR, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Pela decisão recorrida declarou-se extinta a pena pelo pagamento da dívida com o amparo do art. 7, § 7º, da Medida Provisória nº 1.571/1997 (dispositivo que suspendia a aplicação da norma penal prevista na alínea 'd' do art. 95 da lei nº 8.212/1991 para aqueles que comprovassem o parcelamento da dívida decorrente da sonegação previdenciária. E, em consequência, depois da regularização da dívida, declarou-se a extinção da punibilidade do fato) que não foi reproduzido em suas reedições posteriores, porém, teve os atos praticados ao amparo de seu conteúdo convalidado pela lei nº 9.639/1991, que converteu a Medida Provisória" (MASSUDA, 2000, p. 3-5).

De tal interpretação, a Medida Provisória está sendo utilizada não como instrumento de urgência e relevância, senão como um instrumento de diálogo entre forças políticas com o propósito de apoiar políticas de Governo, prometidas em campanha eleitoral. Em geral, os grandes beneficiados são os próprios políticos dentro deste diálogo institucional e apoiados pela legislação eleitoral que não é precisa a respeito da fidelidade partidária¹⁴.

Na falta de observação dos requisitos para a produção da Medida Provisória, a atividade governamental poderá violar o art. 60 da Constituição forçosamente e de forma unilateral. O poder de reiterar a Medida Provisória, contrariamente ao que determina o § 10 do art. 62, já se pode considerar como uma reforma específica, porém que afeta a Constituição e os Direitos fundamentais¹⁵.

Nesse sentido, Medidas Provisórias que regulem o sistema tributário nacional poderão afetar os Estados federados, no que concerne ao princípio de autonomia e de igualdade entre esses Estados.

¹⁴ “Questiona-se se o controle parlamentar no Brasil é político ou jurídico. O controle político vai prevalecer sobre o controle jurídico, ficando este para um segundo plano. O ideal seria uma análise da norma governamental com o art. 62 da Constituição brasileira. Assim, superadas as questões formais, o Parlamento estaria livre para um juízo político. Lamentavelmente, mas o Congresso Nacional tem deixado ao segundo plano o exercício do controle jurídico das providências normativas de urgência. A consequência é a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias convertidas em lei” (CLÈVE, 2000, p. 212-213).

¹⁵ “A Constituição espanhola só poderá reformar-se mediante um procedimento específico, de caráter agravado, mais dificultoso que o procedimento legislativo ordinário. A lei, pois, não pode modificar a Constituição. Porém, além disso, os preceitos constitucionais não só não podem ser alterados, senão tampouco contrariados, ou ignorados, pela ação ou omissão dos poderes públicos. A Constituição tem um valor de Direito mais forte, no sentido de que esses poderes não poderão validamente contrair suas disposições; se o fizerem, sua atualização seria inconstitucional e suscetível, portanto, da correspondente sanção, que pode chegar à declaração de nulidade” (LÓPEZ GUERRA, 2003, p. 28).

“Infelizmente, a doutrina constitucional no Brasil não trata exaustivamente do sistema de fontes do Direito. Entretanto, de forma histórica o Supremo Tribunal Federal reconheceu uma hierarquização das normas constitucionais, admitindo, em consequência, que na própria Constituição podem existir normas inconstitucionais” (DANTAS, 2001, p. 207). A Emenda pode ser considerada como a que vai afetar a constitucionalidade das normas e, por conseguinte, as normas produzidas pelo Parlamento.

Efetivamente, desde a promulgação da Constituição em 1988, a mesma sofreu dezenas de emendas, o que contraria a rigidez das constituições escritas, tornando-as flexíveis e bem assim o próprio ato de reforma. As reformas que sofreu e vem sofrendo a Constituição brasileira dão margens a fatos novos, configuradores dos pressupostos habilitantes da relevância e urgência para que tais fatos novos sejam regulados por meio de Medida Provisória¹⁶.

Por conseguinte, a Constituição brasileira convive com normas inconstitucionais desencadeando sua força normativa no ordenamento jurídico, em que pese ao questionamento de inconstitucionalidade¹⁷. A

¹⁶ “O perigoso para a força normativa da Constituição é que apresenta a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e presente necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, se atribui maior valor às exigências de índole fática à ordem normativa vigente” (HESSE, 1991, p. 22).

¹⁷ “A fiscalização de constitucionalidade no Brasil, em relação ao momento em que se opera, é eminentemente sucessivo (*a posteriori* ou repressivo), ou seja, não admitindo a fiscalização preventiva como em outros países, a provocação da jurisdição concentrada, entre nós, ocorrerá depois da promulgação e publicação do texto normativo combatido. (...)entretanto, parece ser legítima a possibilidade de uma fiscalização jurisdicional preventiva, as matérias proibidas no parágrafo 4º do art. 60, que trata da Emenda à Constituição...” “...O Direito constitucional positivo brasileiro, durante sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato...”. Portanto, só depois da promulgação e publicação, no Direito

suposta convalidação da Medida Provisória pelo procedimento de reiteração ou reedição da mesma impede seu ajuizamento à Suprema Corte Constitucional, bem como as relações jurídicas dela decorrentes. A possibilidade de se reiterar a Medida Provisória, inclusive com infração ao § 10º do art. 62, tem a finalidade de impor e preservar os seus efeitos jurídicos, independentemente da constitucionalidade dos pressupostos habilitantes da norma em questão¹⁸.

7. Considerações finais

A EC nº 32/2001 abriu portas para a garantia dos direitos constitucionais. No caso em exame, a convalidação levada a cabo pelo Congresso Nacional, por meio do “Juízo Prévio” sobre os pressupostos de relevância e urgência da Medida Provisória, será o indicador se a norma deverá ou não continuar no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez convalidada ou ratificada a norma de competência governamental, abrir-se-á oportunidade para o Congresso Nacional fazer sua conversão

brasileiro constituem objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade: as Emendas constitucionais; os atos normativos formalmente legislativos (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções); os atos normativos dotados de certa autonomia (portanto, não regulamentares ou derivados de lei) e os tratados internacionais, desde que integrados ao ordenamento jurídico atual” (CLÈVE, 1995, p. 133-137).

¹⁸ “Havendo perda de eficácia *ab initio* das medidas provisórias não convertidas em lei, além da reaplicação da legislação anterior com elas incompatíveis, e bem como a observação indeclinável da irretroatividade prejudicial aos direitos, é de se indagar sobre a constitucionalidade das denominadas cláusulas de convalidação que figuram, em regra, nos textos das Medidas Provisórias reeditadas. Como convalidar o que não existe, o que é nulo, o que deixou de existir no mundo jurídico por expressa determinação constitucional? A impropriedade absoluta da convalidação, em tais casos, resulta da inexistência de seu objeto. Não há como convalidar o inexistente. Efetivamente, o Governo, pela cláusula de convalidação, pretende manter operantes os efeitos, agora sem eficácia, o que manifesta contrariedade ao texto constitucional” (DANTAS, 1997, p. 103).

em lei a qualquer tempo, sem prejuízo de sua caducidade. O ato de convalidar a Medida Provisória na fase do juízo prévio pelo Parlamento impede a reiteração da norma excepcional pelo Governo porque não opera a caducidade. E bem assim, impede o monopólio da produção legislativa pelo Governo, o que faz resgatar a reserva de lei parlamentar garantida no art. 68, § 1º, da Constituição brasileira.

Tudo isso, em razão de que a Medida Provisória é considerada norma excepcional e de caráter provisório, razão pela qual se garante o jogo entre maioria e minoria parlamentar, cuja lei é expressão do Estado de Direito garantido pela Constituição, que dá validade e eficácia às normas hierarquicamente inferiores no ordenamento jurídico, submetendo todos os cidadãos e poderes públicos.

Referências

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho. I y II principios del ordenamiento constitucional*. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Derecho constitucional*. v. 1. Madrid: Tecnos, 1999

CARMONA CONTRERAS, A. M. *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid: CEPC, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo*. São Paulo: RT, 2000.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Brasília Jurídica, 1997.

_____. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido do título original: *Die normative Kraft der Verfassung* por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Porrúa, 1993.

LÓPEZ GUERRA, Luis. *Derecho constitucional*. v. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MASSUDA, Janine M. Constitucionalidade de cláusulas em medidas provisórias. Teresina: *Jus Navigandi*. n. 45, ano 4. set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=18>>. Acesso em: 19 set. 2005.

OTTO, I. de. *Derecho constitucional*. sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1988.

PITRUZZELLA, Giovanni. *La legge di conversione del decreto legge*. Padova: Cedam, 1989.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988.

TUR AUSINA, Rosario. *El control parlamentario de los decretos-Leyes*. Madrid: CEPC, 2002.