

As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro

FRAN FIGUEIREDO

Conselheiro Federal da OAB. Assessor Legislativo. Professor da UDF

SUMÁRIO

1. Legalidade — garantia maior do sistema constitucional. 2. As medidas provisórias: sua objetivação na ordem jurídica. 3. As fronteiras no uso das medidas provisórias: o papel da doutrina e da jurisprudência. 4. Contribuições a um estudo doutrinário. Alguns princípios essenciais de vedação.

1. Legalidade — garantia maior do sistema constitucional

Na antigüidade, todos sabem, vigia o princípio da soberania dos monarcas. Diante de sua autoridade, nenhum outro poder ousaria levantar-se. O rei era *legibus solutus*: a sua vontade era a lei. Diante da personalidade incontestável do soberano não deviam os súditos senão inteira submissão. Daí o mote corrente, já em priscas eras: *Quod principi placuit legis habet vigorem*. (O que agradou ao soberano tem força de lei).

Foi assim durante muito tempo, e prosseguiu assim até o absolutismo mais recente, onde a vontade do rei se confundia de tal sorte com o próprio Estado, que Luiz XIV ficou famoso ao sintetizar, numa lucubração, este panteísmo monstruoso: "*L'état c'est moi*".

Pronunciamento feito na XIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Belo Horizonte, de 23 a 27 de setembro de 1990.

Essa concepção monocrática do poder fermentou a Revolução Americana, a Revolução Francesa e inúmeros movimentos libertários em todo o mundo. Ingressou-se, finalmente, na era do regime democrático, onde todo o poder deriva do povo e cujo traço e garantia essencial se fundam no regime representativo. A lei não é mais a vontade do soberano, mas exprime-se no primado da soberania popular .

Consolidou-se o princípio de que a lei, enquanto manifestação de poder, há de encontrar sua primitiva substanciação na vontade do povo, abrindo-se, desta forma, as fronteiras do constitucionalismo moderno e erigindo-se, como dogma incontestado, o da legitimidade legal.

Não basta portanto que, para merecer acatamento, a lei se exprima através de um conjunto de competências, ou seja, que se apresente perfeita no aspecto formal. É necessário o seu ajustamento às aspirações e valores predominantes da Nação, numa perspectiva sociológica e histórica.

2. As medidas provisórias: sua objetivação na ordem jurídica

As vicissitudes do processo legislativo ordinário nem sempre conferem, à administração pública, os instrumentos de que necessita para acudir aos interesses da coletividade, em situações de emergência.

Essa circunstância levou muitos sistemas constitucionais modernos a adotarem mecanismos de rápida utilização por parte do Poder Executivo, em caso de situações excepcionais, cujos efeitos são, na realidade, de verdadeiros decretos-leis, embora subordinados à ratificação do Parlamento.

A Constituição da Itália, de 1948, adota-os sob a denominação de *provvedimenti provvisori*, em seu artigo 77, cujo *caput* veda, expressamente, ao Governo promulgar, sem delegação das Câmaras, decretos que tenham valor de lei ordinária, única exceção são os mencionados *provvedimenti provvisori*, com força de lei, que o Governo pode baixar, sob sua responsabilidade, em casos *extraordinários de necessidade e de urgência*.

A Constituição do Brasil, de 1967, aditada pela Emenda n.º 1, de 1969, adotava, para esse fim, os chamados decretos-leis, que só poderiam ser editados em três hipóteses: a) segurança nacional; b) finanças públicas; e c) criação de cargos públicos.

Desnecessário repisar a deterioração desse instituto e a violação persistente que, com ele, se fez da ordem jurídica, convertido que foi em instrumento principal do arbítrio, na quadra autoritária experimentada pela Nação brasileira.

Tanto e de tal forma foi o clamor contra seu degenerado abuso, que o expungir da ordem constitucional se converteu em bandeira das principais forças políticas responsáveis pela transição coroada com a Constituição de 1988.

Infelizmente o legislador constituinte, vivendo a fantasia da recuperação plena da ordem democrática, não teve a necessária prudência de substituí-lo por outro instituto, mais afeiçoado às contingências e peculiaridades da vida brasileira. Assim é que, sem se consultar para o ambiente geral de nossas instituições e para um certo componente autoritário que persiste em todos os momentos de nossa vida republicana, importou-se da Itália os já referidos *provvedimenti provvisori*, entre nós batizados de *medidas provisórias*.

A princípio, poder-se-ia atribuir uma certa deficiência técnica na redação do texto brasileiro (art. 62), como fonte de toda a tormenta que esse instituto tem provocado na vida política e jurídica de nosso País. Essa deficiência talvez não fosse encontrada, existisse sedimentado entre nós um respeito à Constituição e uma metodologia de interpretação, onde os direitos e garantias individuais não fossem facilmente sacrificados.

Mas, considerando a tradição que temos de exercício do poder pouco pautado nas regras jurídicas, a transposição do instituto, tal como foi feita reponta, quando menos, como uma grave ausência de visão brasileira, como um imperdoável descuido de quem tinha o dever de acautelar princípios constitucionais superiores na criação de um instrumento que se tornaria tão dúctil nas mãos do Poder Executivo.

Examinemos o já citado art. 62, foco de intensas divergências, sede de tantas crises, a prenunciar outras tantas:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Temos, então, que a primeira tarefa com a qual se vem defrontar o intérprete é de determinar a espécie de matéria considerada relevante e urgente, para justificar a edição de medida provisória.

Por relevante, há de se entender tudo aquilo que objetive proteger ou resguardar o interesse público mais geral. Ou seja, toda aquela matéria que necessite de um cuidado especial e imediato por parte do poder público.

O critério de urgência não se pode levantar senão pela comparação entre a necessidade a ser suprida e a possibilidade de fazê-lo por via ordinária. Se considerado que, mesmo em regime de urgência (art. 64 da CF), cujo prazo máximo é de 90 (noventa) dias, a providência legislativa será ineficaz, face a premência do interesse, ressaltará a propriedade e cabibilidade da medida provisória. Em caso contrário, será flagrantemente contrária à Constituição o uso dessa faculdade, excepcional, que dispõe o Presidente da República para enfrentar situações extraordinárias.

Se o Congresso Nacional consente, na maioria das vezes, que o interesse nacional relevante e urgente não pode ser acudido como objeto de sua deliberação — mesmo em regime de urgência (art. 64, § 2.º) — consente, implicitamente, e gravemente, em sua importância secundária ou necessidade relativa no plano geral das instituições e das competências de poder.

As medidas provisórias não percorrem o caminho comum às leis. Escapam do trabalho das comissões e do debate parlamentar. Não amadurecem, por assim dizer, num processo amplo gerado pela controvérsia. Não incorporam, salvo em grau diminuto, opiniões novas; não se enriquecem com as manifestações colhidas da opinião pública e dos círculos técnicos e científicos. Antes, ao contrário, interceptam todo o processo convencional de elaboração de leis. Desabam sobre o Parlamento como um raio e, em meio ao tumulto de opiniões em pânico e sob a incontrolável pressão das circunstâncias, fazem o seu marco, deixam o seu rastro e, como mandamentos da legislação comum, impõem a sua força.

Rompem todo um circuito, caracterizado por princípios centenários, como o cerne mesmo do regime representativo, desafiando a *práxis* legislativa tradicional, quebram os estilos e rituais legislativos e, de súbito, incorporam-se ao mundo jurídico. São leis desde que se desprenderam da vontade unipessoal de seu autor. Obrigam e alteram as relações sociais, econômicas e políticas, com tal e tão imediato grau de cogência que mesmo não geradas em modo próprio, e marcadas pelo caráter excepcional que as configura, ousam apresentar-se ao povo e à coletividade jurídica como portadoras do mais elevado coeficiente de legalidade formal.

3. *As fronteiras no uso das medidas provisórias: o papel da doutrina e da jurisprudência*

Como é notório, a edição de medidas provisórias, concebidas para utilização excepcional, em face de situações extraordinárias enfrentadas pela Administração Pública, tornou-se rotina no antigo e no atual governo.

Contando com a conivência passiva do Congresso Nacional, que as tem absorvido progressivamente, em franca ablação de competências constitucionais, e de sua própria natureza institucional, o Governo não tem hesitado em editá-las abusivamente, e as edita sobre o mais variado e impróprio feixe de matérias.

Em se tratando de instituto novo, trasladado de sistema constitucional distinto (parlamentarismo), espera-se ponderável contribuição da doutrina e da jurisprudência para que a Constituição não seja comprometida, exatamente naquilo que lhe constitui o ânimo essencial — a salvaguarda dos direitos e garantias individuais.

É necessário, portanto, lançar-se mão da exegese constitucional (e não da exegese clássica ou tradicional que neste caminho representa apenas contribuição subsidiária) para investigar-se o possível conteúdo dessas medidas, o seu real campo de incidência, enfim os seus contornos lógicos e jurídicos.

O problema apresenta-se rico em detalhes e implicações, não só no plano da teoria geral do direito, da teoria da Constituição, da história das instituições, e mesmo do moderno Direito Político, considerado como uma espécie de *mare magnum* onde navegam todos esses pólos de inquietação e de dúvida.

A interpretação histórica da Constituição haverá de situá-la sempre no contexto de uma série de situações conjunturais, em que persiste um elemento comum: o anelo de liberdade, a rejeição ao subjugo, a sede de segurança, amalgamados no ideal de justiça — fonte suprema de todos os movimentos e transformações constitucionais.

A Constituição do Brasil, de 1988, não fugirá a essa regra. Essa Carta é o retrato de um povo cansado de peias e restrições. Fruto de um amplo movimento nacional, após quase três décadas de obscurantismo militar, ela se consubstancia na aspiração democrática dos brasileiros, duramente postergada.

A sua promulgação não tem apenas uma significação política momentânea, mas repercussão histórica imensurável, no contraste com o diploma imediatamente anterior. Com efeito, a Constituição de 1967, aditada pela Emenda n.º 1, de 1969, representava uma Carta outorgada pela Junta Militar, detentora eventual do poder, em que o regime representativo se encontrava seriamente aluído e os direitos e garantias dos cidadãos restringidos pela circunstância do autoritarismo.

Nesse quadro, o Parlamento não exercia senão função simbólica, já que uma série de mecanismos privilegiava de tal sorte as funções do Exe-

cutivo que este espraiou sua ação em todas as órbitas, inclusive a legislativa, convertendo-se, via expediente de decurso de prazo e instrumento do decreto-lei, em verdadeiro legislador.

A Constituição de 1988 teve por objetivo recompor essa situação patológica, restaurando as prerrogativas do Parlamento, enriquecendo o rol dos direitos e garantias individuais e estabelecendo mecanismos propícios à efetivação desses direitos.

Instituiu-se, assim, o mandado de segurança coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão etc., ao lado das garantias já tradicionalmente consagradas em nosso sistema constitucional republicano.

Trata-se de uma Constituição que se funda na teoria clássica da separação de poderes, no primado do Estado Democrático de Direito, nos valores concernentes à cidadania, no respeito, enfim, ao sistema de legalidade, indispensável ao exercício dos direitos individuais e das liberdades públicas. É uma Constituição concebida e promulgada com a vocação de efetivar-se.

Esse dado histórico é primacial na interpretação do contexto normativo da Constituição, e de cada preceito em particular. Afora isso, ou seja, além desta primeira apreensão do problema, no plano de sua perspectiva histórico-política, cumpre recorrer a outros métodos de exegese para que a aplicação dos dispositivos constitucionais ocorra de forma equânime. Não se perca de vista que é a intercorrência de diversos métodos, peculiares ou afins, orientados para a obtenção de um resultado prático, o fato caracterizador da verdadeira exegese constitucional.

Objeto irrenunciável dessa tarefa será sempre a busca do equilíbrio, ou seja, a análise de princípios, normas e institutos num plano maior de coexistência, onde os valores constitucionais sejam preservados e a órbita de poderes e competências não se hipertrofie, a ponto de comprometer todo o sistema.

Na esfera de investigação tópica, que diz mais respeito ao presente estudo, ressalta ainda, num esforço exegético mais amplo, a necessidade de associar a interpretação gramatical e a lógico-sistemática à interpretação teleológica, para se avaliar o sentido e o alcance das medidas provisórias na ordem constitucional brasileira.

A interpretação gramatical nos dirá que se tratam de medidas provisórias para serem editadas em casos de *relevância* e *urgência*. Fica logo assentado este pressuposto: é necessária a existência de uma situação fática que reclame um provimento jurídico imediato, por ser relevante e urgente. Esse

provimento, à sua vez, *com força de lei*, há que ser *provisório*. A interpretação lógica de uma situação urgente cinge-se àquela que refoge ao âmbito da situação ordinária, àquela cuja previsibilidade é possível e cujo remédio jurídico pode ser ministrado no tempo comum, sem perigo da perda de eficácia.

Essa urgência, associada ao componente de relevância, ou seja, à natureza e magnitude da situação fática invocada, vai originar um *provimento cautelar*, imediato, eficaz, que só se justifica em face da existência desses pressupostos.

Como o sistema constitucional é *republicano*, fundado na separação de poderes, o regime é *democrático*, erigido com base no *princípio da representação legítima*, o caráter dessas medidas é *provisório*. Não só *provisório* porque pendente do decurso de 30 dias para conversão em lei, ou seja, por serem editadas *sub conditione temporis*, como ainda *provisório*, por encontrar-se sujeito a uma condição subordinante, essencial à sua validade — a aprovação do Congresso, antes ou durante o prazo de 30 dias.

A interpretação lógico-sistemática também apresenta-se, como contribuição extraordinária, para desvendar-se a inserção correta da medida provisória no plano de prerrogativas e competências defluentes do diploma maior.

A Constituição exprime-se como um corpo orgânico de idéias, mais propriamente como um sistema de normas preferenciais, ajustadas e integradas entre si. Conceber o instituto, desconsiderando tal pressuposto, é ignorar que a supremacia constitucional nasce exatamente desse equilíbrio, e perseguir objetivo incompatível com a natureza do regime democrático.

A Constituição do Brasil, de 1988, consagra, já no seu artigo 1.º, a idéia base de todo o sistema constitucional: A República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

Em seguida consagra o *princípio da separação de poderes* (artigo 2.º).

No Título II, destinado aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, assegura num rol imenso de direitos, os que destacamos a seguir, como essenciais à compreensão jurídica da matéria ora versada, todos elencados no artigo 5.º

“II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei:

(...)

XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:

XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
(...)

XXXIX — não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
(...)

XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
(...)

LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Mais adiante, deixa precisa a *competência legiferante do Congresso Nacional*:

“Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

O artigo 49 elenca as matérias de *competência exclusiva do Congresso Nacional*. O artigo 51, aquelas que competem privativamente à Câmara dos Deputados e o artigo 52, as reservadas, privativamente, ao Senado Federal.

O artigo 60, § 4.º, conduz a chamada *cláusula pétrea*, onde se assegura a intangibilidade da Federação, do regime representativo, da separação de poderes e dos direitos e garantias individuais.

O artigo 64 (parágrafos 1.º e 2.º) estabelece o regime de urgência para apreciação de projetos de iniciativa do Presidente da República, cujo prazo não pode exceder a 90 (noventa) dias.

O artigo 67 veta a *reapresentação de projeto de lei* sobre matéria constante de projeto já rejeitado.

E, finalmente, o artigo 68 disciplina a elaboração de *leis delegadas*, elencando (parágrafo 1.º) as matérias que não podem ser objeto de delegação.

Esse artigo (68) apresenta, a nosso ver, as primeiras fronteiras constitucionais à edição de medidas provisórias. É que, elencando matérias que não podem ser objeto sequer de delegação, ele traduz a conexão lógica de que aquilo que é indelegável não pode, por consequência, ser objeto de medida provisória.

Nesse artigo estão tipificados os casos que são objeto precípua de lei, ou de Resolução do Congresso, ou de qualquer de suas Casas. Senão vejamos:

- 1.º — os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional;
- 2.º — os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados;
- 3.º — os atos de competência privativa do Senado Federal;
- 4.º — a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e garantia de seus membros;
- 5.º — a *nacionalidade*, a *cidadania*, os *direitos individuais*, *políticos e eleitorais*;
- 6.º — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

4. *Contribuições a um estudo doutrinário. Alguns princípios essenciais de vedação*

O instituto da medida provisória, trasladado sobretudo do regime parlamentarista italiano, ingressou no regime presidencialista como um ente bastardo. Estranho à experiência jurídica brasileira, sua execução prática tem provocado reações veementes, encapsulado, muitas vezes, o seu entendimento em maniqueísmos hermenêuticos abomináveis.

Promulgada a Constituição, a 5 de outubro de 1988, logo revelar-se-ia um sério contraste. Esse instrumento, concebido para ser adotado em casos de *relevância* e *urgência*, ou seja, em situações de extraordinária gravidade, passou a ser utilizado persistentemente e, muitas vezes, indiscriminadamente, pelo Chefe do Poder Executivo.

Confrontando-se a uma situação inteiramente nova, sem precedentes na experiência constitucional do País (a não ser a edição desenfreada de decretos-leis no ciclo do autoritarismo militar, cujo episódio foi demasiadamente amargo), o Congresso Nacional não dispôs de recursos normativos outros para sustar a anomalia e preservar a supremacia da Constituição. Restava-lhe apenas o texto seco do artigo 62 da Carta Maior, cuja interpretação não foi suficiente para obstar o fluxo vigoroso dessas medidas, em manifesto bloqueio à pauta regular do Congresso.

O absurdo dessa distorção, que na realidade opera a franca reversão do processo legislativo e compromete a natureza mesmo do Parlamento, não pode mais merecer condescendência. Em menos de dois anos da vigên-

cia do novo regime constitucional, já foram editadas 225 (duzentas e vinte cinco) medidas provisórias, o que representa um percentual de quase 10 (dez) medidas por mês.

Ninguém desconhece que a má utilização do instituto das medidas provisórias pode significar grave ruptura no regime representativo republicano.

Na condição de Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde representamos o Estado do Maranhão, temos profligado incessantemente contra o uso desregrado dessas medidas, o abuso, o absurdo que se tem convertido em insólito paradoxo jurídico.

Ao ensejo desta XIII CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB consideramos oportuno apresentar algumas reflexões que, se insuficientes pelo caráter inovador, redimem-se na inconformação, diante da quebra de princípios essenciais à condução da vida pública.

O nosso desejo é contribuir para que se construam entre nós instituições sólidas, e provocar a participação de inúmeros juristas e interessados na elaboração de uma disciplina jurídica para as medidas provisórias.

De início, formulamos alguns princípios de vedação no exercício dessas medidas, ora submetidas à douta apreciação dos congressistas que perlustam esta XIII Conferência:

1.º: *Princípio da excepcionalidade ontológica*

A medida provisória, como sabemos, não é lei. Nem é decreto, ou portaria, ou qualquer ato a que se possa atribuir os elementos essenciais da norma jurídica. Assemelha-se, é verdade, à lei. É parassimétrica a esta, guarda com ela algumas conexões analógicas, mas um modelo não se transfunde noutro.

Trata-se, na realidade, de um provimento emanado da administração pública para preservar um interesse público violado ou ameaçado.

É simplesmente por intermédio de uma ficção jurídica, e através de *condição resolutiva*, que a Constituição lhe confere *força de lei* pelo prazo de 30 (trinta) dias. A *condição resolutiva* operará ou constitutivamente, consolidando os seus efeitos, no caso da conversão em lei, ou negativamente, na hipótese da não-conversão da medida provisória em lei nesse prazo, quando os seus efeitos serão desconstituídos *ex tunc*.

Aqui, valem dois reparos na elaboração técnica da Constituição e na concepção da medida provisória. Em primeiro lugar, porque as mesmas

não poderiam inserir-se como integrantes do *processo legislativo* (CF, art. 59, item V), pelo seu caráter de provisoriedade e porque não lhes assiste, como vimos, a necessária condição de lei. Em segundo lugar quando a Constituição, em seu artigo 62, parágrafo único, diz que:

“As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Na realidade não há, no caso, que se cogitar de *relações jurídicas* produzidas na curta vigência da medida provisória. De acordo com a *teoria dos atos jurídicos*, só a lei, o contrato, ou ato jurídico, *stricto sensu* podem produzir efeitos jurídicos e, conseqüentemente, *relações jurídicas*. Se as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição, caso o Congresso não resolva convertê-las em lei, temos então que, a partir daí, com a perda de eficácia *ex tunc*, não se pode falar em lei por ser aquela um atributo essencial desta, conforme a melhor doutrina de direito. Dissolvidos os efeitos jurídicos da medida, efeitos adredemente perseguidos numa relação de causalidade, não estaríamos diante senão de uma espécie de *res nullius*, de um nada jurídico, não fossem os efeitos materialmente produzidos na vida de pessoas e instituições, durante a provisoriedade de sua existência.

Assim, melhor teria se expressado o legislador constituinte se tivesse determinado ao Congresso Nacional disciplinar os interesses jurídicos afetados durante a vigência da medida *rejeitada*.

2.º: *Princípio da irreversibilidade fática*

Constituindo ato *provisório*, cuja subsistência depende de condição resolutive, e *precário*, pois sem consignar na sua estrutura elementos tradicionais e essenciais de juridicidade, como a certeza e a segurança, a medida provisória há de ter campo limitado de incidência.

Isto não só porque, pela sua natureza, destina-se a situações inusitadas, conjunturais, imprevisíveis e emergenciais, como porque elastecer a sua abrangência tópica representaria, na prática, o asfixiamento do Poder Legislativo e a prevalência do Poder Executivo em matéria legislativa.

Afora isso, teremos de considerar alguns princípios lógicos que vedariam a ação exacerbada do Presidente da República, em matéria legiferante, por via dessas medidas, dentre os quais destaca-se o *princípio da irreversibilidade fática*.

Com este 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 da mesma pelo Congresso. Ou seja, não pode

a ação do Parlamento, em caso de recusa da medida, ser fulminada pela situação de fato consumado.

Não se perca de vista que o fundamento lógico de convalidação da medida provisória é a existência de uma situação de fato, excepcional (porque a ser ordinária estaria consagrada a reversão do processo legislativo e comprometido o próprio conceito ontológico de lei), cuja avaliação concreta é competência constitucional do Parlamento.

A resposta do Congresso tanto pode ser afirmativa, e aí teremos a integração plena do instituto, na convergência destas duas polarizações de Poder, como pode ser pela negação, consideradas as seguintes hipóteses:

- a) inexistência da situação factual, invocada para edição da medida;
- b) existência dessa situação, mas sem o caráter de relevância e urgência;
- c) incidência da medida sobre matéria de competência reservada.

Assim como a lei, a medida provisória pode atuar sobre relações materiais, relações institucionais e relações pessoais, num feixe mais amplo de relações jurídicas, em que cada uma dessas espécies se entrecruzam e confundem.

Ocorre que, com seus efeitos materiais limitados no tempo, a medida provisória não pode aspirar a modificar *ad definitivum* uma situação jurídica pré-configurada, ou mesmo uma situação fática adventícia ou emergente.

A medida provisória exprime-se num contrabalanço de competências, e entender-se que os seus efeitos, *provisórios*, possam consumir-se definitivamente pela força do fático, e não pela aprovação do Congresso, implica em subverter, gravemente, a ordem constitucional.

Temos, em conclusão, que a medida provisória não pode perseguir aquele mesmo aprofundamento e eficácia comum às leis. Sua edição deve ser prudente, considerando o princípio constitucional de que é o Congresso Nacional o maior juiz delas, o definidor de sua admissibilidade, o avaliador dos critérios de conveniência e oportunidade que lhes devem nortear.

Não podem colidir, portanto, as medidas provisórias com o *princípio da irreversibilidade fática*. Recusadas, há a situação que se reverte, na medida do possível, à sua feição original, sob pena de sucumbência do próprio princípio representativo.

Isto deixa claro que, nem planos econômicos de elevado espectro e grande repercussão na vida nacional, nem alterações de caráter material, sejam produzidos pela natureza ou pelo homem, podem ser objeto de medida

provisória se, avaliada a hipótese de recusa, essas providências evidenciam inócuos os efeitos desconstitutivos da medida, com a recusa da mesma por deliberação do Congresso Nacional.

3.º: *Princípio da impossibilidade cronológica*

De acordo com o artigo 66, parágrafo 6.º, da Constituição Federal, a medida provisória tem precedência na pauta do Congresso sobre toda e qualquer proposição, inclusive sobre os vetos presidenciais pendentes de apreciação.

Isto se explica pela necessidade que tem a Nação de saber da propriedade ou impropriedade da medida provisória. É fórmula indutora de ação rápida do Congresso no ajuizamento do conteúdo da medida, cujos pressupostos de admissibilidade são analisados preliminarmente, até decisão final sobre o mérito e a constitucionalidade.

Considerando tratar-se de uma faculdade excepcional, outorgada pelo constituinte ao Presidente da República, cuja utilização não está à mercê de seu mero alvedrio, mas de um concurso de condições objetivas, parece claro que a sua utilização deve ter cunho moderado.

O uso desenfreado, genérico e abusivo dessas medidas pode provocar uma alteração completa no regime institucional, desequilibrando mesmo toda a estrutura levantada pela Constituição, com base no princípio da separação de poderes. Essa prática excessiva produziria a reversão do *processo legislativo*, criando um tipo novo de ordem constitucional, onde o Poder Legislativo (logo o mais alto na esfera de competência) sofreria uma espécie de *capitis diminutio*, relegado à posição de órgão homologatório das decisões do Poder Executivo.

A edição reiterada de medida provisória pode provocar a paralisia institucional do Congresso. Isto tanto mais se agrava, à medida em que se considere o mecanismo do *veto* na Constituição. Neste particular, a hemiplegia do Parlamento seria completa.

O § 4.º do mencionado artigo 66 diz, com efeito, que o veto deverá ser apreciado em trinta dias e o § 6.º determina o sobrestamento de todas as demais proposições, até sua votação final, ressalvadas as medidas provisórias.

Embora entendamos que o projeto de lei de conversão de medida provisória não comporta veto, a prática legislativa atual tem-se conduzido por outro caminho. Assim é que, expressiva quantia de projetos de lei, oriundos de medida provisória, têm recebido um número pouco parcimonioso de vetos, tornando ainda mais problemática a assimilação do instituto na experiência positivadora do direito no Brasil de nossos dias.

Pois bem, o Congresso tem o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar os vetos do Presidente da República (art. 66, § 4.º da C.F.), findo o qual a pauta fica obstruída até que se delibere sobre os mesmos. Relembre-se que, na prática vigente, esses vetos incidem não só sobre os projetos de lei originários das Casas legislativas, como também sobre os projetos de lei oriundos de medidas provisórias.

Ocorre que, sendo editada medida provisória, como já se disse, ganha ela prioridade absoluta sobre a apreciação de toda e qualquer matéria, inclusive sobre o veto (e mesmo sobre o veto aposto em projeto de lei de conversão de medida provisória).

Examinemos uma hipótese, que vai aclarar bem esse *princípio da impossibilidade cronológica* na edição de medida provisória. No primeiro dia útil de determinado mês, o Presidente da República edita uma medida provisória. Recebendo emendas dos parlamentares, após tramitar como projeto de lei de conversão, esse projeto de lei é submetido à sanção do Presidente, que lhe apõe 5 (cinco) vetos. Nos dias subseqüentes, até o último do mês, o Presidente da República edita mais 9 (nove) medidas provisórias que, transformadas em projetos de lei e levadas à sanção, recebem, em média, mais 3 (três) vetos cada, sem que os vetos concernentes à primeira tenham sido apreciados.

O que ocorrerá se, em face de outras contingências, o Congresso Nacional não houver apreciado os 5 (cinco) vetos apostos à primeira medida provisória? Após o trigésimo primeiro dia, esses vetos deverão obstruir a pauta, com preferência para votação, mas essa preferência decai em favor da apreciação das novas medidas provisórias. E, assim, sucessivamente, os vetos do Presidente da República às alterações propostas pelo Congresso Nacional, apostos nas medidas provisórias subseqüentes, ficarão, de igual sorte, sobrestados.

Esgotado o prazo de vigência da primeira medida provisória, sem que seja convertida em lei, o Presidente a reedita. Deparar-nos-emos, então, com a situação esdrúxula em que, artificialmente, se projeta no tempo a duração de uma medida provisória, cujos efeitos, lógica e juridicamente, pelo seu caráter essencialmente provisório, não podem ter duração superior a 30 (trinta) dias, na forma da Constituição.

Qual o resultado prático dessa espiral viciosa, cujo móvel psicológico é difícil de apurar ou desvendar? Conferiria ele sempre com a defesa da Constituição ou do interesse público? Ou representaria forma velada de subtrair a ação própria aos atos do Poder Legislativo, emprestando primazia de eficácia unilateral às deliberações do Poder Executivo?

Independentemente de uma ou de outra resposta, o certo é que as medidas provisórias elasteceriam sua vigência, na forma originária, e a possível (ou impossível) derrubada dos vetos já não produziria efeitos práticos.

4.º: *Princípio da intangibilidade do ato ou provimento cautelar*

Como já se fez referência, a medida provisória constitui um ato jurídico *sui generis*, com eficácia normativa limitada no tempo. Concebida para dotar o Poder Público de um instrumento eficiente, em casos excepcionais, quando se evidenciar a inocuidade da providência legislativa ordinária, constitui um verdadeiro provimento cautelar de emergência, cuja edição é *faculdade* do Presidente da República, sendo a convalidação definitiva *responsabilidade* do Congresso Nacional.

Instituto peculiar a formas parlamentaristas de Governo, com sinuosa trajetória em democracias mais sedimentadas, sua utilização em regimes presidencialistas, como o brasileiro, tem revelado graves transtornos.

Basta investigar o número e o conteúdo dessas medidas, editadas a partir de 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), para verificar-se o quanto de absurdo essa inovação pouco primorosa tem produzido na ordem jurídica e política do País.

Isto porque o Poder Executivo apropriou-se do instituto como fonte de competência absoluta e o exercita com impetuosidade, sem consultar as primitivas dimensões de tempo e espaço que devem orientar a produção de qualquer ato jurídico. É assim entre nós, aquilo que deveria ser *extraordinário* passou a ter caráter *ordinário*; o que era facultativo em *face de*, e, portanto, *faculdade relativa* passou a ser *faculdade absoluta*. O que deveria ser provisório, enfim, passou a existir por tempo indeterminado, graças a vários artifícios, próprios à concretização de objetivos políticos do Governo. Um desses artifícios revela-se na prática de reedição das medidas provisórias, quer para pretender seus efeitos no tempo, quer para alterar-lhes o conteúdo original.

Encontrará essa prática respaldo na Constituição ou em qualquer princípio de interpretação jurídica?

Somos de opinião contrária. Entendemos a esse respeito o seguinte:

Primeiro: reedição de medida provisória não convertida.

Não convertida em lei no prazo de 30 (trinta) dias, a medida provisória deve ser considerada como tendo recebido uma rejeição (tácita) do Congresso. E, sendo assim, não resta dúvida de que estará vedada a sua reedição por um princípio, mais lógico que jurídico. É que admitida a reedição da medida provisória rejeitada (expressa ou tacitamente), iríamos desdobrar numa espécie de paralelismo legislativo. Ou seja, o Poder Executivo as reeditaria quantas vezes fosse necessário para atingir seus objetivos políticos, no espaço e no tempo, frustrada assim qualquer forma de controle político ou judiciário desses atos.

Mas a exegese constitucional também nos levará ao mesmo resultado. De acordo com o artigo 67 da Constituição, a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Felizmente, quando do julgamento da Medida Provisória n.º 190, o Supremo Tribunal já se manifestou pela inconstitucionalidade de medida provisória reeditada, após rejeição formal de outra com conteúdo igual ou assemelhado.

Segundo: alteração do conteúdo de medida provisória.

Editando medida provisória sobre determinada matéria, tocado por necessidade relevante e urgente, não pode o Presidente da República alterá-la através de outra ou outras medidas provisórias. É que, uma vez posta no mundo jurídico, a medida provisória desprende-se da pessoa de seu autor, penetra, por assim dizer, na *vis atractiva* do Congresso, encontrando-se já afetada pela sua esfera de competência constitucional.

As alterações que, porventura, pretenda produzir na medida deve o Poder Executivo intentá-las através de suas lideranças no Congresso. Admitir-se o expediente da alteração reiterada, seria transigir com a persistente obstrução da pauta ordinária do Congresso e com o tumulto de sua ação legislativa.

Terceiro: desistência de medida provisória.

As medidas provisórias têm, como pressuposto de edição, uma situação fática onde o interesse público não possa ser resguardado por via da ação legislativa ordinária. É faculdade excepcional para ser utilizada em situações de inequívoca necessidade pública. Admitir-se que o Presidente da República possa editar uma medida provisória e dela desistir, revogando-a, será o mesmo que descaracterizar o instituto. Ainda que cesse o motivo desencadeador do provimento excepcional, este só poderá ter extintos os seus efeitos pela ação do Congresso. Isto tanto nos parece mais verdadeiro se já comunicado a este o conteúdo da medida revogada.

O Poder Legislativo pertence ao Congresso Nacional ou, por antonomásia, é o próprio Congresso Nacional (C.F., art. 44). Logo, nenhum ato que possa ter vigência, com caráter de lei, pode ser posto ou retirado da ordem jurídica sem o seu *nihil obstat*. Mesmo em face de uma presumível desnecessidade superveniente, o provimento cautelar, por sua natureza jurídica um ato complexo, só poderá ser afastado do mundo jurídico pela incidência da manifestação negativa do Congresso.