

REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS: O ELOGIO DO EXCESSO DE PODER EXECUTIVO

Matheus Valle de Carvalho e Oliveira*

“Mesmo sem ser preciso buscar apoio na premissa subjetiva segundo a qual a lei traduz as aspirações do convívio social e por isso não surge imotivada, quem, em sã consciência jurídica, como legislador ou intérprete aplicador, iria preferir o retorno dos direitos fundamentais à latitude primitiva, sem aperceber-se de perigosas repercussões na ordem socio-jurídica?”

J. M. Othon Sidou.

Sumário

1. Introdução. 2. ADIn n. 293-7/600-DF/90 e ADIn n. 295-3-DF/90: paradigmas ou “espelhos dissolvidos”?. 3. Conclusão. 4. Anexos. 5. Bibliografia.

* Aluno do 8º Período da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-bolsista do CNPq, entre 1997 e 1998, período em que desenvolveu pesquisa intitulada: *Aspectos polêmicos das medidas provisórias*. Doutrina X jurisprudência: uma análise comparativa.

I INTRODUÇÃO

As medidas provisórias são inovação da Constituição de 1988, tentativa de substituir o famigerado decreto-lei. Desde então, vêm causando uma série de embates – a bem da verdade, desde a Assembléia Constituinte. Mas a primeira vez que o termo apareceu no ordenamento pátrio foi na Constituição do Império de 1824, no inciso XXXV do art. 179, que assim averba:

“Nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazer por ato do Poder Legislativo. Não se achando, porém, a esse tempo reunida a Assembléia, e correndo a Pátria perigo iminente, poderá o Governo exercer esta mesma providência, como Medida Provisória, e indispensável, suspendendo-a imediatamente que cesse a necessidade urgente que a motivou; devendo, num e noutro caso, remeter à Assembléia, logo que reunida for, uma relação motivada das prisões e doutras medidas de prevenção tomadas; e quaisquer autoridades, que tiverem mandado proceder a elas, serão responsáveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito.”

Não há termos de comparação entre os dois momentos históricos. O que chama a atenção, todavia, “são as ressalvas à edição de medida provisória pelo Imperador, ainda que se possa argumentar com a não-identificação completa entre os dispositivos, outras possibilidades de uso do poder pelo Imperador, etc”.¹

O presente trabalho teve como ponto de partida um estudo doutrinário acerca do regime jurídico das medidas provisórias. É fruto de uma pes-

1 SIQUEIRA, Jamilson Bezerra. *A Constituição de 1824 e a medida provisória, ou as medidas provisórias e o imperador*, p. 1-4.

quisa iniciada em 1996 e financiada pelo CNPq entre agosto de 1997 e julho de 1998, sob o título *Aspectos Polêmicos das Medidas Provisórias. Doutrina x Jurisprudência: uma análise comparativa*. Dentre os aspectos polêmicos abordados, selecionamos um para objeto central desta discussão: *a admissibilidade de reeditar medida provisória não apreciada pelo Congresso*.

A matéria não foi expressamente disciplinada no texto constitucional. O art. 62 prevê a utilização das medidas, valendo-se dos pressupostos de relevância e urgência, a juízo inicial do Presidente. Não há, contudo, fixação de limites para seu uso, o que leva alguns – Caio Tácito, Michel Temer – a considerarem tal omissão como indicativa de sua inexistência. Outros, decerto a maioria, entendem que há limites distribuídos ao longo da Constituição, em diversos princípios – balizas do exercício hermenêutico.

Procurou-se registrar o peculiar regime jurídico das medidas de urgência, em contraposição ao entendimento vigorante, no sentido de manter uma coerência entre o instituto e a Constituição. Trata-se esta última de lei especial criada pelo poder constituinte originário, o qual, em tese, condensa as aspirações de toda a Nação. Este a confeccionará com base na “norma fundamental”, consubstanciada na correlação de forças políticas ali em choque. Daí decorre superioridade formal da Constituição em relação aos poderes constituídos.

Seus diversos princípios e regras deverão ser analisados em conjunto, sistemicamente, de forma que cada artigo, inciso, alínea, ponto ou vírgula da Constituição sejam um reflexo desta e, de um modo mais sutil, a própria manifestação do todo constitucional. Todos os atos, pois, dos três Poderes não poderão contrariar preceitos – princípios ou regras – constitucionais. “A supremacia da Constituição significa a subordinação às suas disposições de todos os atos emanados dos Poderes constituídos que formam o governo ordinário.”²

2 FERRAZ, 1979, p 289.

Onde há norma jurídica, há uma linguagem na qual ela se expressa. Há três ditos “momentos” em que a norma jurídica se nos apresenta: sintático, semântico e pragmático. O primeiro e o segundo dizem respeito à sintaxe e à semântica das palavras, isto é, à análise das relações dos signos com seus significados e com outros signos. O âmbito pragmático se refere à forma de utilização de tais signos por seus destinatários. Aplicando-se esta fórmula simples ao Direito, percebe-se uma estreita relação entre a jurisprudência e o âmbito pragmático da linguagem, pois são os juízes, quando da prestação jurisdicional, que *dizem o direito* e aplicam os signos jurídicos aos casos concretos. No momento da aplicação da lei teoricamente prevista à vida prática, o juiz é intérprete, já que trata de adequar o fato jurídico à lei que especificamente o prevê; e, por outro lado, de enquadrá-la no fato; logo, é intérprete tanto do fato em si como da lei.

Clifford Geertz assim leciona sobre o assunto: “*The instant case [...] provides for law not only the ground from which reflection departs but also the object toward which it tends.*”³

Nesse mesmo sentido, Hans Kelsen afirma:

“A norma geral, que liga a um fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um fato que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é, ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção este que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma jurídica”.⁴

No esforço de estabelecer um histórico da jurisprudência recente e sistematizar o *conceito jurisdicional* das medidas de urgência, recolhemos

3 *Local knowledge: further essays in interpretative anthropology*, p. 167.

4 *Teoria pura do direito*, p. 248.

diversas sentenças, publicadas em revistas especializadas ou na bibliografia consultada, com ênfase naquelas provenientes do STF, pois cabe à cúpula do Judiciário compor litígios constitucionais, zelando pelo fiel cumprimento da Carta de 1988. Buscamos precisar e criticar o entendimento que vem sendo dado ao regime das medidas (leia-se: sua interpretação judicial).

O tema é delicado. Muitas vezes, político. E é justamente esta nossa primeira crítica. Não se pode passar por cima da Constituição em nome do bom andamento de políticas de governo. Estas são um meio de se realizar aquilo disposto na Constituição, a qual também pode ser vista como uma carta de intenções eivada de princípios. E se houver desrespeito a um desses princípios, todo o procedimento – judicial ou doutrinário – de leitura e hermenêutica, feito na busca do sentido mais adequado de determinada proposição, será prejudicado. O resultado não poderá ser o mais preciso e adequado. Significa que o todo foi afetado pelo abalo da parte. Há, pois, que obedecer aos princípios, em sua mais intensa carga semântica, buscando meios sistêmicos de interpretação. Dessa forma, o fim não poderá ser outro senão a mais idônea das possibilidades interpretativas.

Nas ADIns 293-7-DF e 295-3-DF, verdadeiros paradigmas das decisões subseqüentes sobre medidas provisórias, por isso centrais neste trabalho, discute-se a reedição daquelas expressa e tacitamente rejeitadas pelo Congresso Nacional. Outras decisões serão eventualmente citadas e abordadas.⁵

Ao fim, algumas conclusões, seguindo-se as referências bibliográficas e, nos Anexos, dados obtidos junto à Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

5 Quanto às decisões em que a reedição se encontra indiretamente analisada pelos juízes, não nos esforçaremos por explicitar o objeto principal das controvérsias – inviável em um trabalho desta proporção. Centramos nossa atenção apenas na possibilidade de sua reedição, extraindo delas o que for de interesse para a discussão pretendida.

2 ADIn n. 293-7-DF/90 E 295-3/600-DF/90: PARADIGMAS OU “ESPELHOS DISSOLVIDOS”?

Como já se mencionou, estas duas ações são as de maior importância para a conformação do conceito corrente das medidas provisórias. Em todas aquelas que lhes sucederam, pelo menos as ajuizadas no próprio STF, faz-se referência a elas. No entanto, não merecem tal *status*.

O título desta segunda parte sugere justamente isto: remete-nos à obra *Through the looking-glass*, de Lewis Carrol, na qual Alice toca o espelho de sua sala e este se dissolve, transportando-a para um mundo fantástico e repleto de contradições e paradoxos. Parece este o caso. A imagem do instituto refletida nas decisões contradiz princípios consagrados na Constituição. Alguns votos de Ministros do STF poderiam mesmo ser diálogos de *Tweedledee* e *Tweedledum*! Façamos, pois, companhia a Alice.

Dois dias depois de rejeitada a Medida Provisória n. 185 pelo Congresso Nacional, o Presidente editou outra Medida, a de n. 190, com o mesmo conteúdo daquela. Contra tal ato insurgiu-se o Procurador da República na ADIn 293-7-DF/90. Após seu relatório, no qual demonstra a efetiva semelhança entre as Medidas Provisórias n. 185 e 190, o Min. Celso de Mello dá sua definição do instituto, *in verbis*:

“As Medidas Provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos do Poder Executivo, que se reveste de força, eficácia e valor de lei, revelando-se, assim, unilateral, instável e precário [...] A cláusula *com força de lei* empresta às Medidas Provisórias o sentido de equivalência com as leis”.⁶

6 STF – ADIn n. 293-7/600 – (Medida liminar) – DF – 6/6/90.

Com exceção da voz solitária do ex-Consultor da República Saulo Ramos,⁷ gritam em uníssono nossos juristas a inadmissibilidade de se reeditar medida expressamente rejeitada pelo Congresso. Nítida a outorga de poderes absolutos que o Presidente faz a si mesmo, reeditando medidas rejeitadas, transformando o Congresso Nacional em mera peça de enfeite e jogando por terra o princípio de que as leis dele devem emanar. Transforma sua competência extraordinária em faculdade corrente. Por isso mesmo, centraremos nossas críticas iniciais em sua definição do instituto.

Já de antemão, não há que se falar em equivalência de leis e medidas provisórias. E, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “seria erro gravíssimo analisá-las como se fossem leis ‘expedidas pelo Executivo’ e, em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normatizadoras equivalentes às das leis”.⁸

Características inerentes às duas modalidades de normas as tornam profundamente diversas. Primeiramente, os requisitos para a edição de medida provisória, inexistentes para a confecção de lei *stricto sensu*, isto é, lei proveniente do Legislativo. Esta, ao contrário da outra, dura por tempo indeterminado – até que surja outra lei revogando-a, mantendo intactos, todavia, todos os atos jurídicos acobertados por seus preceitos. Ela inaugura a ordem jurídica, retroagindo em raríssimos casos. Já a medida provisória tem seu prazo máximo de duração previamente definido na Constituição, qual seja, trinta dias. Tal qual a carruagem que volta a ser abóbora, à meia-noite dos trinta dias, a medida provisória perde sua eficácia – de fato, sua provisoriedade não ultrapassa esse tempo. Nesse período, todavia, está sujeita à rejeição congressual, fato que a desconstitui desde o início, gerando efeitos *ex tunc*. Daí sua precariedade.

7 Saulo Ramos defende o Poder Executivo, afirmando que se persistirem tanto a relevância quanto a urgência, a juízo inicial do Presidente da República, mesmo se o Congresso explicitamente rejeitar a medida, o Presidente da República poderá reeditá-la.

8 *Curso de direito administrativo*, p. 63.

Há, pois, aspectos diferenciais da eficácia da medida provisória e da lei. A *força de lei*, preceituada no art. 62, qualifica *somente alguns* efeitos da lei. Não as torna de forma alguma institutos equivalentes. Por tudo isso percebe-se que as medidas provisórias são meios extraordinários de solução legislativa. Assim declara Cármen Lúcia Antunes Rocha a respeito da urgência legitimadora da edição da medida provisória:

“Parece ser a urgência situação que sempre sobrevém a uma circunstância inicialmente visualizada e cuidada, fazendo com que ao primeiro comando normativo, o qual trata do fluxo normal dos atos de condução dos poderes públicos e respectivas funções, aflore um novo comando. Àquele primeiro que contém a regra de Direito sobre situação descrita em sua normalidade agrega-se outra, expressa ou não, anteriormente, a qual excepcionaliza a aplicação da primeira quando advier situação de urgência.”⁹

Devido a estes fundamentos – relevância na matéria e urgência fática – e à própria natureza da medida, a qual, apesar de nascer no Executivo, já obriga antes mesmo de se tornar lei, deve-se ter sempre em mira a segurança jurídica – um dos bens mais caros em uma ordem democrática – e a participação popular nas decisões, identificada na representação política. Isso porque a medida provisória é mais restritiva do que a lei. Nesse sentido, em sede de intervenção legislativa do Executivo, deve-se buscar a limitação do exercício do poder, função básica da própria Constituição.

“Conexo ao princípio do Estado de Direito, e como limite à atuação legislativa do Poder Executivo, está o princípio da proporcionalidade que, entre outras determinações, impõe a atuação que seja absoluta-

mente indispensável, e a escolha do meio menos restritivo, dentre os abstratamente disponíveis. Nesse sentido, a atuação legislativa do Poder Executivo só é legítima quando nenhuma outra, menos restritiva, possa ser adotada.”¹⁰

O sistema de garantias e de limitações à utilização do instituto, proclamado por nossa Constituição de maneira difusa, intenta justamente evitar que o exercício abusivo e indiscriminado dessa excepcional competência normativa do Presidente se torne uma prática legiferante ordinária e substitua – irregularmente – os procedimentos usuais de elaboração de leis pelo Poder constitucionalmente investido de tal atribuição, isto é, o Congresso Nacional.

“Em verdade, insistir nessa usurpação de atribuições deveria configurar crime de responsabilidade, pois se trata nitidamente de ato inibidor do livre exercício dos Poderes da União (art. 85, II). Muito diferente seria apresentação de projeto de lei versando sobre matéria já rejeitada, cuja aprovação, ainda assim, careceria de *quorum* qualificado, conforme a regra do Art. 67 da CF – Medida Provisória obriga desde sua edição.”¹¹

Em outro momento, o Min. Relator Celso de Mello afirma:

“O exame congressional das Medidas Provisórias, quer para aprová-las, quer para rejeitá-las, implica a formulação de novo juízo – desta vez na instância parlamentar – sobre os pressupostos e o próprio conteúdo desse ato normativo primário, de natureza cautelar. Essa manifestação do Congresso Nacional [...] é necessária, é insubstituí-

9 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de direito público*, p. 234, 1933.

10 ÁVILA, Humberto Bergman. *Medida provisória na Constituição de 1988*, p. 47.

11 OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho. *Op. cit.*, p. 65.

vel e é insuprimível. O texto constitucional é claro e inequívoco ao preceituar, em seu art. 62, que o Presidente da República, quando adotar Medidas Provisórias com força de lei, *deverá submetê-las de imediato ao Congresso Nacional* que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.”¹²

Tal entendimento tem como consequência a obrigatoriedade do Congresso Nacional de apreciar todas as medidas provisórias editadas, incluindo no art. 62 uma competência extra. O mandamento constitucional não é mais que a exigência de se remeter ao apreço do Legislativo todas as medidas lançadas. Trata-se, sim, de competência do Presidente da República.

Deve-se notar que, editada uma medida provisória, tem o Congresso Nacional as seguintes opções:

- a) aprová-la, convertendo-a em lei e acabando definitivamente com sua precariedade;
- b) aprová-la e rejeitá-la parcialmente, com emendas;
- c) rejeitá-la totalmente, como ocorreu com a Medida Provisória n. 185/90;
- d) deixar de apreciá-la nos trinta dias em que é eficaz. De qualquer forma, findo este exíguo prazo, extingue-se a medida.

A competência do Congresso é insubstituível e insuprimível somente para a sua conversão em lei.

Interessa aqui colocar a lição de Hans Kelsen, polarizando o ato que prescreve uma determinada conduta e seu conteúdo: “Neste ponto é importante salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui.”¹³ Essa distinção é de fundamental im-

12 STF – ADIn n. 293-7/600 (Medida Liminar) – DF – 6/6/90.

13 *Op. cit.*, p. 5.

portância para a caracterização do peculiar regime jurídico das medidas de urgência do art. 62, pelo que se deve separar o ‘veículo’ medida provisória da matéria nela tratada.

“Nesse caso, o que tem natureza transitória é o *ato Medida Provisória*. A norma inserta na Medida Provisória, acaso aprovada, tão-só permanece produzindo os efeitos que desde o início produziu, revogadas as disposições contrárias desde a conversão, nesse caso, não mais em caráter transitório, mas de modo permanente.”¹⁴

A dita transitoriedade da medida provisória, portanto, refere-se ao ato normativo e não a seu conteúdo. Este tem pretensão de duração indeterminada, pois que positivado precariamente tende, não obstante, a se completar através da conversão em lei *a posteriori* pelo Congresso Nacional. Já o veículo ou preceito normativo extingue-se em trinta dias, quer por expressa deliberação do Legislativo – reprovando-o ou não –, quer por não-apreciação. E é exatamente sobre a última hipótese que se discute na ADIn 295-3/600-DF. Nesta segunda decisão, todavia, não será o relatório objeto de crítica. O Min. Paulo Brossard o fez de acordo com a doutrina mais avançada, recriminando a reedição no caso de caducidade temporal da medida provisória. Ao contrário dos argumentos dos demais ministros – signatários da possibilidade de reedição no caso em apreço –, os seus são sólidos, construídos sobre os princípios norteadores da atividade hermenêutica constitucional.

É de bom alvitre fazer um breve histórico do instituto, comparando-o com seu antecessor, o decreto-lei. Seu regime jurídico era relativamente simples. Editado, operava efeitos de imediato, graças à força de lei. Contudo, mesmo que fosse rejeitado expressamente, seus efeitos permaneciam,

14 ÁVILA, Humberto Bergman. *Op. cit.*, p. 107.

como se se tratasse de revogação de lei. Não eram possíveis emendas, e o decurso de prazo atuava em favor do Executivo, dando-se por aprovado também na hipótese de não-apreciação. De tal sorte que, lançado o decreto-lei, o Congresso Nacional tinha sessenta dias para votá-lo. Se não o fizesse, era automaticamente transformado em lei.

É compreensível tal procedimento por se tratar de um regime ditatorial restritivo de direitos. Publicada a Constituição democrática de 1988, disso não mais se pode cogitar. Seu art. 62, parágrafo único, averba que a medida provisória *não convertida em lei* em trinta dias perderá a eficácia desde sua edição. A Constituição não menciona o modo de não-conversão em lei, pelo que se percebe uma certa evolução em relação ao decreto-lei. Não se deve, pois, distinguir as hipóteses de recusa expressa ou tácita. Somente há uma maneira de se converter a medida em lei – aprovação expressa –, e duas maneiras de não o fazer – rejeição e não-apreciação. É este o grande avanço da nova Carta nesse ponto.

Pode-se comparar o instituto analogicamente com projeto de lei, citando trecho do voto do Relator:

“O que se não permite em relação a projeto de lei, *a fortiori*, não há de tolerar-se quanto à Medida Provisória, que não deixa de ser um projeto de lei que só se converterá em lei se efetivamente aprovada em trinta dias; caso contrário, como um balão furado, será recolhida ao arquivo. A sua diferença do projeto de lei como tal está em que, desde a publicação, vale como lei, *si et quantum*, lei provisória, a que está ligada uma condição resolutive. Em ocorrendo a condição caduca *ab initio*, por expressa disposição constitucional.”¹⁵

É evidente que a *condição resolutive* é o lapso temporal máximo de trinta dias em que uma medida provisória é vigente. De outra forma, esse

15 STF – ADIn n. 295-3/600 (Medida liminar) – DF – 22/6/90.

prazo para sua conversão em lei seria de todo inútil, já que poderia sofrer inúmeras prorrogações. Certo que tudo na Constituição tem uma razão; nada ali está por mero capricho do constituinte.

Apesar de o relatório seguir esta linha, os demais Ministros recuaram. O Min. Sepúlveda Pertence assim se manifestou:

“Não repilo, de logo, essa colocação, mas confesso que ainda não me sinto com tranqüilidade de consciência para adotá-la. Creio mesmo, das leituras italianas, de citação inevitável nessas discussões, que a tendência é distinguir as hipóteses da rejeição e da não-conversão, da caducidade temporal da vigência provisória da medida.”¹⁶

Ampliando a extensão interpretativa do art. 62 da Constituição – note-se que em favor do Executivo – o Ministro defende a distinção. Ele difere as duas formas de não-conversão da medida provisória em lei pelo Congresso Nacional:

“No voto de rejeição, há manifestação de repúdio do órgão legislativo natural; na outra, a não-conversão pode resultar, e freqüentemente resultará, no jogo parlamentar, até da legítima obstrução da minoria que, por mais legítima que seja, não se converte numa manifestação majoritária do Parlamento, que é a regra democrática básica das deliberações legislativas.”¹⁷

O Min. Carlos Velloso também não apóia a tese defendida pelo Relator, admitindo que medida provisória não rejeitada expressamente possa vir a ser reeditada. São suas as palavras seguintes:

16 STF – ADIn n. 295-3/600 (Medida liminar) – DF – 22/6/90.

17 *Ibidem*.

“A Medida Provisória não rejeitada expressa e formalmente pode ser reeditada, mesmo porque – há pouco se mencionou – o que pode não ser urgente hoje poderá sê-lo daqui a trinta dias. Ademais – também isto já se mencionou, aqui, com propriedade – impedir a reedição da Medida Provisória não rejeitada expressamente seria consagrar ou legitimar, por exemplo, a obstrução. Bastaria que a votação da Medida Provisória fosse obstruída para que ela não fosse convertida em lei.”¹⁸

Realmente não se trata de matéria pacífica. O juiz federal Walter Nunes da Silva Júnior é um dos que reprovam a reedição. Com raciocínio agudo, cunhou expressão extremamente apropriada:

“O entendimento de que o Presidente da República pode, quando não submetida à aprovação no prazo previsto, reeditar a Medida Provisória, foi de encontro à finalidade almejada pelo constituinte ao prever que a Medida Provisória não teria eficácia por um período superior a trinta dias, além de possibilitar, por via oblíqua, o que eu denomino *aprovação temporária por decurso de prazo*.”¹⁹

Há quem discorde de tal afirmativa: “É lícito reeditarem-se as Medidas Provisórias se se extinguíram pelo decurso de prazo, sem manifestação do Congresso Nacional.”²⁰ A respeito da opinião deste publicista, assim se manifesta Adriano Pinto:

“Quando o eminente administrativista diz que a inexistência da proibição expressa da reedição desses atos legislativos pela Constituição implica a sua admissão, comete o pecado mortal de esquecer o princi-

18 STF – ADIn n. 295-3/600 (Medida liminar) – DF – 22/6/90.

19 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Aspectos polêmicos da medida provisória*, p. 2.

20 SZKLAROWSKI, Leon Frejda. *Medidas provisórias*, p. 78.

pal fundamento da Constituição, qual seja, limitar o exercício do poder pelo Estado.”²¹

Por tudo isso, a reedição de medida provisória parece torná-la mais cruel do que o decreto Lei: este tinha-se por aprovado por decurso de prazo; Arbitrário, porém definitivo. Medidas reeditadas têm aprovação por decurso de prazo meramente temporário, trazendo tremenda incerteza para os destinatários do direito.

A redação do parágrafo único do art. 62 é clara: decorridos trinta dias de sua publicação, medidas provisórias não convertidas em lei perdem eficácia (deixam de ser capazes de gerar efeitos) desde sua edição. *In clarit cessat interpretatio*. A aceitação de sucessivas reedições de medidas provisórias aparenta aproximar de forma perigosa aqueles dois veículos normativos, parentes próximos separados pela evolução democrática. “Se a Medida Provisória é necessária, premente é o estreitamento da liberdade de seu uso.”²²

Há, ainda, uma última consequência nefasta da admissibilidade de reedições sucessivas, tais quais as que vêm ocorrendo principalmente nos últimos quatro anos: reeditando medida provisória, o Presidente se assenhora de uma competência do Congresso Nacional, expressamente definida no art. 62, qual seja, a de transformá-la em lei ou, não o fazendo, a de *disciplinar as relações jurídicas decorrentes de sua não-conversão em lei*. Para piorar, trata-se de disciplina precária e temporária.

“A não-regulamentação pelo Congresso das situações jurídicas nascidas na vigência da Medida Provisória poderá ser suprida pelos institu-

21 PINTO, Adriano. *Reedição de medidas provisórias*, p. 1.

22 BARROS, Zileida Vasconcelos. *A reedição da medida provisória*, p. 3.

tos do Mandado de Injunção e pela Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.”²³

3 CONCLUSÃO

Autônomo, inicial, passageiro e incondicionado, o Poder originário dá à luz a Constituição. Os três Poderes do Estado, como se depreende de seu art. 2º, têm regime de competências, limites e critérios de atuação por ela definidos. Deve-se notar que o Poder Constituinte, portanto, é substancialmente diferente do Poder Legislativo. Tanto este quanto o Executivo ou o Judiciário são criações constitucionais, subordinam-se à Carta Magna.

Todos os atos dos Três Poderes estão sujeitos à supremacia da Constituição. As normas infraconstitucionais serão válidas à medida que estiverem de acordo com a Lei Maior, “base da ordem jurídica e fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor.”²⁴

O Des. D’Andréa Ferreira do Tribunal de Recursos Federal aborda questões importantes, discutidas ao longo deste trabalho. Reprova a tese de que convalidação, por um Poder, de inconstitucionalidade levada a cabo por outro saneia vício quanto à origem.

“A Medida Provisória tem de se circunscrever à competência do Executivo; aliás, o próprio termo medida já indica isso. *E a conversão, pelo Congresso Nacional, de uma Medida Provisória em lei, não tem o condão de purgar o vício de inconstitucionalidade originário.* [...] Isso por um motivo muito simples: o procedimento legislativo é uma forma fundamental de atuação do Poder Legislativo; traduz o proces-

so legislativo, como diz a Constituição, e, conseqüentemente, ele tem de ser obedecido, e a apreciação de uma Medida Provisória não se confunde, em absoluto, com a tramitação de um projeto de lei, ainda que originário do Executivo.”²⁵

Tanto material quanto formalmente, os atos dos Poderes constituídos deverão estar de acordo com a Constituição.

No julgamento da ADIn n. 295-3/90, apesar de o Relatório conter diversas idéias em consonância com grande parte de nossa doutrina – condenando a reedição –, a decisão do STF se apoiou em argumentos frágeis. Sustentam os Ministros vencedores que o estado de urgência, pressuposto da edição de medidas, pode perdurar por mais de trinta dias, sendo, dessa forma, exíguo tal prazo de validade. Em um país como o Brasil, afundado em uma crise estrutural de longa duração, pode-se alegar urgência constante. O que não se pode é deixar de avaliar esses pressupostos.

Le pouvoir arrête le pouvoir, em nome da superioridade da Constituição. O Congresso Nacional o faz através do controle político. Parte da doutrina nacional fala que relevância e urgência são conceitos jurídicos indeterminados, o que obstaria o controle de constitucionalidade quanto a esses aspectos da medida provisória.

“De outra parte, saliento que se impõe ao Presidente da República, na ordem constitucional vigente, a motivação da *relevância e urgência* da medida, o que, evidentemente, importa em que, em cada caso, relevância e urgência deixem de ser indeterminados. Evidentemente que, superada essa indeterminação, já não se afasta a possibilidade de controle judicial em relação ao vício, no processo legislativo, que se vier a alegar.”²⁶

23 DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*, p. 103.

24 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.

25 TRF-TP – Mandado de Segurança n. 3499 – RJ – 14/8/90.

26 GRAU, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revistas dos Tribunais*, n. 658, p. 242, 1990.

O fundamento para o rígido controle das medidas provisórias é simples: “Um tirano pode criar leis tiranas e executá-las tiranamente.” Após dois séculos, permanecem atuais as palavras de Montesquieu. Esta é a grande questão das medidas provisórias, que incorporam tanto a criação de lei, mesmo que precária, quanto sua aplicação. Daí a necessidade de desvelo na sua utilização. Ainda mais que, quando editadas, geram um pandemônio no Congresso Nacional, verdadeira *provocatio ad agendum*. Conforme se vê nos Regimentos Internos, há uma série de prazos curtos para criação de Comissões e Mesas para apreciação, com titulares e suplentes, elaboração de relatórios, apresentação e votação de emendas, etc. Devido a estas dificuldades procedimentais, a maioria das medidas provisórias não é apreciada nos trinta dias seguintes à sua publicação. Presume-se que o Presidente conhece tais fatos. Cabe, pois, uma crítica à falta de consciência do Executivo, ignorando a gravidade da utilização incessante desse instrumento.

Em outro momento, alegam os Ministros que o prazo de trinta dias para apreciação da medida é exíguo. Imagina-se situar o embate em torno da questão da duração – breve ou não – daqueles atos normativos. Entretanto, o centro da discussão é, novamente, a supremacia da Constituição. Seu art. 62, parágrafo único, *impõe* a perda de eficácia após trinta dias. O ato legislativo do Presidente, provisório, desaparece se, nesse período, não for definitivamente convertido em lei, expressão que abarca tanto a manifestação inequívoca e expressa quanto sua não-apreciação pelo Congresso Nacional. *Tollitur quaestio*. Não compete a nenhum dos Poderes dilatar o prazo de validade das medidas, com qualquer justificativa que seja, se a Constituição, Lei das leis, já o tornou improrrogável. E ela o fez em consonância com o regime jurídico mais lógico e democrático pretendido para as medidas, o qual procuramos explicitar neste estudo. Elas são adequadas à solução de situações verdadeiramente excepcionais.

Aponta-se, ainda, a legitimação da obstrução feita pela minoria dos parlamentares, quando da votação de medidas, como justificativa para a admissibilidade de sua reedição. Os Poderes são independentes e harmônicos entre si, não devendo uma decisão do STF basear-se em uma suposição

referente ao processo legislativo. As obstruções sempre existiram nas Assembléias Legislativas e constituem um recurso dos partidos políticos e de seus membros. O STF se excede entrando nessa seara.

Temia-se convalidar a obstrução legítima e passou-se a admitir a reedição, de modo a se ver todas as medidas expressamente aprovadas ou não. Por meio de uma decisão política, pois que sustentada por argumentos políticos, o STF legitimou a hipertrofia do Executivo, contradizendo a Constituição vigente, bem como a vetusta teoria dos “freios e contrapesos”.

O *caput* do art. 102 da Constituição Federal menciona sua função essencial. Em grande parte das ações trata esse Tribunal de compor litígios constitucionais, isto é, avaliar pedidos de declaração de inconstitucionalidade de lei ou, enquanto Corte superior, rever ações julgadas em outra instância, nas quais se questionou, *incidenter tantum*, constitucionalidade de ato normativo. Muitas vezes, cabe-lhe emitir a palavra final quanto à interpretação de alguma palavra, locução ou instituto contido na Constituição. Foi criticar sua atuação no tocante à questão da reedição das medidas provisórias o que procuramos desenvolver.

“A história do Estado e do constitucionalismo foi marcada pelas conquistas do povo frente ao arbítrio dos governantes, conquistas estas sistematizadas na Constituição. Quando o Poder Judiciário submetete-se a questões de conjuntura, deixando de lado a supremacia dos ditames constitucionais e profere decisões políticas, acaba jogando por terra direitos e garantias dos cidadãos. Transforma em letra morta aquilo que deveria ser nossa Lei maior. Compromete a democracia e a estabilidade jurídica, política e social almejada com a separação de Poderes e com a própria Constituição.”²⁷

27 OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho. *Op. cit.*, p. 70.

Avaliando nosso sistema político, isto é, a aplicação e a vivência da democracia, percebemos que o coroamento do excesso de Poder Executivo, através da admissibilidade de edições e reedições ilimitadas de medidas provisórias, faz pender a balança para o lado da ditadura. Usurpação de competências legislativas do Congresso Nacional e concentração de poderes nas mãos de um só. Estas têm sido as marcas dos governos pós 1988 – ditos democráticos –, notadamente as do atual. Todas estas aberrações – as quais, lamentavelmente, encontram amparo na cúpula do Poder Judiciário – vêm sendo levadas a cabo através de medidas provisórias.

Para concluir, algumas palavras do Presidente Fernando Henrique Cardoso, quando ainda Senador, retiradas de um artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, de 7 de junho de 1990, sob o título “Constituição ou prepotência”. Nele Fernando Henrique demonstra consciência e indignação perante os potenciais malefícios à vida democrática causados pelo uso excessivo de medidas provisórias do então Presidente Fernando Collor:

“O Executivo abusa da paciência e da inteligência do País quando insiste em editar Medidas Provisórias sob o pretexto de que, sem sua vigência imediata, o Plano Collor vai por água abaixo e, com ele, o combate à inflação.

Com esse ou com pretextos semelhantes, o governo afoga o Congresso numa enxurrada de Medidas Provisórias. O resultado é lamentável: Câmara e Senado nada mais fazem do que apreciá-las aos borbotões. [...] Antes de julgar o mérito, o Congresso deve apreciar a ‘admissibilidade’ da Medida Provisória. [...] A responsabilidade pela enxurrada de Medidas Provisórias tem, portanto, co-responsabilidade: Executivo e Legislativo. [...] Ontem, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou projeto que torna claro o âmbito de matérias legislativas dentro do qual o Presidente pode emitir Medidas Provisórias e, embora se admita a insistência delas quando não apreciadas pelo Congresso (*o que já é uma demasia*), não se permite – obviamente – que o Presidente reedite medida rejeitada pelo Congresso.

É certo, porém, que, seja qual for o mecanismo, ou o Congresso põe ponto final ao desrespeito a si próprio e à Constituição, ou então é melhor reconhecer que no País só existe um ‘poder de verdade’, o do Presidente. E daí por diante esqueçamo-nos também de falar em ‘democracia’.”

Vê-se nos Anexos que, oito anos mais tarde, o Presidente Fernando Henrique Cardoso é quem mais as reedita, chegando a uma média mensal de edição/reedição muito superior à de todos seus antecessores – inclusive Collor.

4 ANEXO

Em pesquisa junto à Assembléia do Estado de Minas Gerais, foram obtidos os seguintes dados, abrangendo o período de outubro de 1988 a abril de 1998:

- Total de medidas provisórias editadas: 2.832.
- Total de leis ordinárias promulgadas: 1.977.
- Leis ordinárias oriundas de: projetos de lei – 1.613.
medidas provisórias – 364.
- Total de reedições de medidas provisórias: 2.353.
- Medidas provisórias editadas uma única vez: 345
- Medidas editadas uma vez e promulgadas: 96

O jornal *Folha de S. Paulo*, no dia 14 de março de 1998, publicou a seguinte tabela:

Os governos e as medidas provisórias

Governo	N. de meses	MPs novas	Média mensal de MPs novas	Total (incluindo reedições)
José Sarney*	17,3	116	6,71	138
Fernando Collor	30,05	84	2,75	160
Itamar Franco	27	141	5,22	505
FHC**	38	108	2,84	1.947
				#(Total: 2.750)

Obs.: Após a promulgação da Constituição de 1988, até 28 de fevereiro de 1998, a soma não constava da reportagem.

Média mensal referente ao total de medidas em cada governo (última coluna):

- José Sarney: 7,976 = 8 MPs/mês
- Fernando Collor: 5,324 = 5 MPs/mês
- Itamar Franco: 18,703 = 19 MPs/mês
- FHC: 51,236 = 51 MPs/mês

Atualizando os dados até abril de 1998, temos a média mensal do atual Presidente alterada, passando a 70,8 MPs/mês, incluindo as reeditadas. Percebe-se que, das quase 2 mil leis ordinárias promulgadas após 1988, cerca de 20% nasceram de medidas provisórias. É número elevado, se consideradas suas características de veículo extraordinário regulador de situações excepcionais; mas é um número muito baixo se levarmos em conta a quantidade de medidas ainda não convertidas em lei, operando efeitos indefinidamente. Praticamente não há matérias no nosso ordenamento que não foram de alguma maneira disciplinadas via medida provisória.

Tornam-se letra morta os requisitos de *relevância e urgência*, os quais fundamentariam o afastamento do regular procedimento ordinário de manufatura da lei. A avaliação inicial do Presidente, quanto aos requisitos, acaba por se tornar a palavra final, já que é raro o efetivo controle político do Congresso Nacional sobre os atos de governo. A urgência deixa de ser fundamento, tornando-se pretexto.

5 BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto Bergman. *Medida provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. Recife: Ciência Jurídica, 1991.
- GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. EUA: Basic Book, 1983.
- GRAU, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais* n. 658, 1990, p. 240-242.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho. *Aspectos polêmicos das medidas provisórias*. Doutrina x jurisprudência: uma análise comparativa. Relatório final de pesquisa PIBIC – CNPq, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, p 233-254, 1993.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público* n. 92, p 43-54, 1989.

XAVIER, Alberto. O Princípio da Legalidade no Brasil. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 41, p. 117-130, 1987.

Textos obtidos na Internet:

BARROS, Zileida de Vasconcelos. *A reedição de medida provisória*. (<http://www.teiajuridica.com/reedit.html>) 1998, p. 1-8.

PINTO, Adriano. *Reedição de medidas provisórias* (<http://www.teiajuridica.com/reedmp.htm>) 1998, p. 1-2.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. *Aspectos polêmicos da medida provisória*. (<http://www.teiajuridica.com/mp.htm>) 1997, p. 1-11.

SIQUEIRA, Janilson Bezerra. *A Constituição de 1824 e a medida provisória – ou as medidas provisórias e o Imperador*. (<http://www.teiajuridica.com.medprov.htm>). 1998, p. 1-4.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PROCESSO EXECUTIVO E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Pablo Dutra Martuscelli

Sumário

1. Introdução. 2. Ordenamento jurídico. 2.1 Conceito. 2.2 Da unidade lógica e da dinâmica do ordenamento jurídico. 3. Processo e procedimento. 4. O contraditório. 5. Do processo de execução. 6. Dos títulos executivos. 6.1. Características. 6.2. Dos atributos dos títulos executivos. 7. Dos embargos do devedor. 8. Das exceções em sentido próprio. 9. Da exceção de pré-executividade. 10. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O mecanismo da exceção de pré-executividade surge no panorama do ordenamento brasileiro como forma de dar equilíbrio à demanda executiva, viabilizando a garantia constitucional do devido processo legal, sobretudo quando esta se reflete no direito de propriedade do devedor