MEDIDA PROVISÓRIA — NOVAS REFLEXÕES

LUCIA VALLE FIGUEIREDO*

1. O decreto-lei foi criação da Constituição de 1937, constituição eminentemente autoritária. Naturalmente, na democrática Constituição de 1946, esteve ausente e retornou, como era previsível, na Constituição de 1967, mantendo-se na Emenda nº 1, para ser suprimido, considerado "entulho autoritário" na Constituição de 1988, constituição progressista, equiparada às Constituições portuguesas e espanhola.

Como se verifica países que, como o nosso, saiam da ditadura, para, realmente apagar seus vestígios, escreveram modernas tábuas de direitos e garantias individuais. Não fugiu à regra a Constituição brasileira de 1988.

2. O regime do decreto-lei anterior era basicamente o seguinte: consoante estabelecido no art. 55 da Constituição de 1967, com sua Emenda nº 1: 1. havia o requisito da urgência e do interesse público relevante; 2. as matérias eram delimitadas, embora com amplo aspecto, tal seja, permitia-se a adoção para as matérias referentes à segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias; e, 3. criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Ainda, o Presidente da República deveria submeter o decreto-lei ao Congresso Nacional, que o aprovaria ou rejeitaria no prazo de 60 dias; se silente o Congresso Nacional, considerar-se-ia aprovado o texto do decreto-lei. Em caso de rejeição, não haveria nulidade dos atos praticados durante sua vigência.

2.1. De seu turno, a medida provisória tem regime jurídico diretamente diverso do regime do decreto-lei. Vejamos.

A possibilidade de expedir medidas provisórias, inserida no art. 62 do Diploma Básico, competência atribuída ao Presidente da República, aparentemente estaria excepcionando a regra geral ao outorgar ao Presidente da República competência

* Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-SP. Juíza aposentada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Advogada em São Paulo.

para legislar. Examinemos de maneira não açodada o dispositivo para verificarmos se é assim.

Se é verdade que, em circunstâncias excepcionais (casos de urgência e relevância, ambas as circunstâncias conjuntamente), pode o Presidente da República expedir medidas provisórias — e, ao que penso, somente em certas matérias — o regime jurídico da medida provisória é de todo diverso em relação ao da lei.

2.2. A medida provisória, como, aliás o decreto-lei anterior, encontra no Texto Constitucional peias e amarras, exatamente por ser *espécie legislativa* diversa e, absolutamente, excepcional.

Seu campo é bastante delimitado, consoante se nos afigura, e seu regime jurídico excepciona — e de maneira flagrante — o regime jurídico da lei.

Ora, a Constituição afirma, peremptoriamente, como uma norma categórica, que todo o poder emana do povo.

Emanando o poder do povo, impende que o órgão, seu representante, faça as opções em seu nome. A regra geral, pois, é da lei.

A medida provisória apresenta-se como alternativa que, se validamente exercida, *dentro das comportas rígidas do Texto Constitucional*, seria justificável. Isto porque o interesse público primário estaria a clamar por uma solução imediata, ágil por parte do executivo.

3. Daí o regime jurídico da medida provisória discrepante do da lei ordinária. Vejamos algumas dessas divergências.

Lei nenhuma se pretende com eficácia provisória. A eficácia da medida provisória, entretanto, embora imediata, *é provisória*, pois pendente do implemento de uma condição resolutiva, tal seja, a não aceitação de seu texto pelo Congresso Nacional, ou, então, consoante entendemos, pelo decurso do prazo de 30 dias, constante do texto constitucional.

Doutra parte, a situação postuladora da medida provisória é considerada de tal porte que, havendo sua rejeição pelo Congresso Nacional, o ato de controle terá sua eficácia adstrita às situações futuras, devendo o Congresso Nacional deliberar sobre as relações jurídicas surgidas quando da sua vigência.

Pondere-se, pois, que a medida provisória é desconstituída com efeito *ex tunc. Então, é como se nunca tivesse existido de direito.* Porém, como de fato existiu, as relações jurídicas dela surgidas deverão ser reguladas pelo Congresso Nacional.

A rejeição não implicará, pois, necessariamente na nulidade dos atos praticados sob sua égide.

Tudo isso, colhido exemplificativamente, está a demonstrar — e de maneira clara — que lei e medida provisória são instrumentos jurídicos diversos.

3.1. Encontramo-nos, no art. 62 citado, sem sombra de dúvida, diante de conceitos imprecisos. Entretanto, somente por isso, tais conceitos não levam à competência discricionária, mas, pelo contrário, devem ser atrelados a toda principiologia constitucional.

Data máxima vênia, discordamos da jurisprudência assente e pacífica, quer da Suprema Corte, quer do antigo Tribunal Federal de Recursos, no sentido da possibilidade de criação ou majoração de tributos hoje por medida provisória, e, antigamente pelo malsinado decreto-lei, desde que respeitada a anterioridade.

Assim, à guisa de exemplo, trazemos à colação a seguinte ementa:

"Está pacificada na jurisprudência a tese que admite a validade constitucional do decreto-lei para a instituição ou aumento de tributos, valendo ressaltar a decisão deste Tribunal na argüição de inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança 91.322 e a do Pretório Excelso Recurso Extraordinário 97.749-São Paulo."[1]

Esta também era a decisão da Suprema Corte quando existente o decreto-lei e continuou a persistir quando do nascimento, na Constituição de 1988, da medida provisória, cópia do direito italiano.

4. A exegese ampla do Texto Constitucional não pode levar — de forma alguma — à interpretação tão elástica e, ainda se pedindo vênia, à interpretação um tanto quanto distorcida, sobre a possibilidade de se criar um tributo, em determinado exercício, por medida provisória, outrora por decreto-lei, sob fundamento da urgência, para protrair sua cobrança até o exercício vindouro, em respeito ao princípio da anterioridade.

4.1. A discricionariedade que resulta ao Presidente da República para, em face do caso concreto, expedir medidas provisórias para preservação de interesses *relevantes*, que, ademais disso sejam *urgentes*, não pode ser entendida como normalmente era concebida, como tinha trânsito quase normal na doutrina e na jurisprudência, tal seja a discricionariedade como competência de por e dispor sem peias ou amarras.

Mesmo para aqueles que admitam a discricionariedade na estática da norma, não a entendem existente sem amarras na situação concreta. A hipótese normativa não traz a descrição de condutas indiferentes.

A competência, haurida diretamente do texto constitucional, assemelhada à lei, muito embora outorgada ao Chefe do Executivo Federal, todavia com conotações nitidamente divergentes, *integra a função administrativa atípica*, a ser exercida em circunstâncias anômalas, *relevantes e urgentes*.

5. E, se é verdade que os conceitos de relevância e urgência são fluidos, representam o que a doutrina chamou de conceitos indeterminados ou pragmáticos, não se pode atribuir-lhes indeterminação a ponto de se entender que possam a ser preenchidos da forma que aprouver aos intérpretes do momento.

Já averbamos a respeito dos conceitos indeterminados o que segue, depois de examinarmos o pensamento de alguns autores:

"Acabamos de ver, sinteticamente, os pensamentos de Queiró e Enterría. Temos de concluir, com eles, que todo conceito é finito, e, por assim ser, há nele núcleo de certeza positiva, como também, ao contrário, há núcleo de certeza negativa (isto é, determinada coisa não pode ser), e há ainda zona intermediária, faixa cinzenta, diante da qual vai se colocar o problema."

(....)

1 Ementário da Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos (Direito Tributário), p. 66.

"No primeiro momento, após a interpretação, ter-se-á ainda de verificar a subsunção, e, portanto, só depois é que se vai colocar "alguma" discricionariedade. Não se deveria dizer "alguma", "pouca", ou "muita" discricionariedade, mas só para que se tenha uma convenção de palavras diria "alguma" discricionariedade.

Vimos que, diante de determinado conceito, há, inicialmente, problema de interpretação. Interpretado o conceito, teremos subsunção. Na subsunção verificar-se-á a premissa menor, o fato, a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas.

Esta a grande questão, pois pode acontecer de não ser a norma suficiente e se tenha de usar premissas maiores complementares ou adicionais[2] exatamente para que se consiga fazer a subsunção. Note-se e enfatize-se: é possível haver apenas subsunção, mesmo diante de conceitos imprecisos, onde *tertium non datur*, consoante afirma Enterría. Ou se dá ou não se dá o conceito."

(....)

"*Consoante entendemos, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios* standards *ou ideologias, portanto, dentro de critério da razoabilidade geral, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.*

O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral, deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender a utilidade pública. *Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.*"

(....)

O conceito de discricionariedade, portanto, não pode ser extraído da norma geral, da hipótese normativa. Note-se que, nem sempre quando a norma diz "poderá", há faculdade, pois, no caso concreto, muita vez, o "poderá" converter-se-á em "deverá". Portanto, não é, por exemplo, o "poderá" que enseja competência discricionária."

(....)

2 Engisch, Karl, Introdução ao pensamento jurídico, pág. 82/85 No art. 6º do Diploma Básico, sedia-se a divisão de poderes, com competências indelegáveis transformada em "cláusula pétrea" pelo art. 60, § 4º, III; nos arts.48 e 49 encontram-se as matérias reservadas ao Legislativo; e, finalmente, no art. 5º, XXXV, a competência do Judiciário para verificação de qualquer lesão de direito.

6. Por outro lado, se não contém o texto constitucional limites expressos no tocante às matérias que possam ser objeto das medidas provisórias, deveremos buscá-los, os limites, nos princípios do texto constitucional.

Assim, por evidente — e, quanto a isso já se pronunciou a Suprema Corte — não poderá dispor a medida provisória sobre matéria penal, e diríamos nós, sequer sobre sanções administrativas.

Deveras, as mesma razões que militam em prol da impossibilidade de sanções penais, consoante pensamos, militam em favor de sua impossibilidade em qualquer matéria sancionatória. Isso porque estar-se-ia admitindo sanções sem que houvesse disposições prévias a respeito. Na hipótese não se poderia falar que a medida provisória fizesse exatamente as vezes da lei.

Enfrentemos, pois, o seguinte exemplo:

Determinada medida provisória estabeleceria nova hipótese disciplinar à qual se imputa a pena de demissão. Imaginemos até, para se dar caricaturalmente o exemplo, que a pena de demissão seja até acompanhada da nota estigmadora "*a bem do serviço público*", imagine-se que, ao fim e ao cabo de reiterada reedições, em face de nova composição congressual, fosse rejeitada. Ter-se-ia, sem sombra de dúvida, situação teratológica: alguém demitido a bem do serviço público, com base em apuração cuidadosa, respeitadora do devido processo legal, porém estribada em fundamento legal não aceito pelo Congresso Nacional, que o eliminaria. Ainda que o Congresso deva dispor dobre as situações jurídicas criadas por força da medida provisória, isso seria insuficiente a reparar todas as conseqüências advindas de tal situação.

Suponhamos, de outro lado, sanções pecuniárias infligidas por medida provisória. Se de valor alto, podem até provocar a "quebra" da empresa. E, se pagas, a restituição somente se daria pelo *solve et repete*, em decorrência de precatórios.

Ora, a Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LIV (ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal), LV (aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa), ou LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória).

Já tivemos a oportunidade de averbar, ao nos referirmos ao processo administrativo, o que segue:

> "A Constituição de 1988 utilizou-se dos termos "acusados" e "litigantes" no inciso LV do art. 5º, pré-mencionado. Quanto ao primeiro — "acusados em geral" —, há de se dar larga amplitude ao termo, para abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal.
> Quanto à denominação "litigante em geral", sempre que houver controvérsia, conflitos de interesses, haverá aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa, nos termos constitucionais."[6]

Por isso mesmo, nessas situações contempladas pelo texto constitucional no inciso e artigo prefalados como, também, no inciso LXXII, letra "b", do mesmo artigo — possibilidade de retificação de dados em processo administrativo —, haverá absoluta necessidade de contraditório; ou, ainda, na aplicação do § 1º do art. 41,[7] em que também há referência expressa à ampla defesa.

7. De outro turno a matéria reservada à lei complementar, por óbvio, seriam insuscetíveis de serem dispostas por medida provisória, pois jamais poderiam ser convertidas em lei, nem mesmo que fosse assegurado o *quorum privilegiado* próprio.

Também, a matéria insuscetível de delegação, nos termos do art. 69, § 1º, tais como, organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento, não poderá ser objeto de medida provisória. As razões parecem-nos decorrência lógica. Se a Constituição proíbe ao Congresso delegar essas matérias, obviamente pretendeu, dada sua importância que permanecessem como competência privativa do Congresso.

Deveras, se é assim seria inconcebível que, por via transversa, fosse possível ao Executivo, ainda que pudesse houvesse relevância e urgência, pressupostos necessários para sua edição, inovar originariamente.

8. Da mesma forma — e assim já reconheceu a Suprema Corte, descabe a legislação em matéria de processo civil ou penal. Não se coadunaria com o pressuposto constitucional da urgência se outro vício não contivesse.

Decisão memorável da Suprema Corte, verdadeiro *leading case*, o que possibilita a esperança de que a jurisprudência possa vir a tomar outro rumo, foi exarada a propósito da inconstitucionalidade da Medida Provisória de nº 1.577-6/97, que pretendia acrescer mais uma hipótese a fundamentar a ação rescisória e acrescer seu prazo.

Transcreva-se o teor do acórdão, dada sua importância:

"ORIGEM: DF — DISTRITO FEDERAL
PARTES: REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
RELATOR: SEPULVEDA PERTENCE
DESCRIÇÃO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
NÚMERO: 1.753
E M E N T A

Ação rescisória: MProv. 1.577-6/97, arts. 4º e parágrafo único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a *ação rescisória* pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças — indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): argüição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: *medida* liminar deferida.

1. *Medida provisória*: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da *ação rescisória*, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas — a criação de novo caso de rescindibilidade — é pacificamente inadmissível e quanto à outra — a ampliação do prazo de decadência — é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao processual *due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a *medida* da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.

Ainda entendemos que a matéria tributária não reservada exclusivamente ao Executivo, como, por exemplo a referente ao art. 150, VIII, letras a e b, não estariam abrigadas pelo texto constitucional.[3]

De outra parte, pensamos que o prazo para qualquer tributo, sobretudo no que tange à anterioridade nonagesimal ou mitigada, deve ser considerado o termo *a quo* aquele referente a trinta dias antes da conversão da medida em lei.

Sabemos que este não é o pensamento da Suprema Corte, sobretudo se não houver modificações na medida. Todavia, para certeza e segurança do direito, ao que se nos afigura, não é possível contar-se o prazo a partir da 1ª edição.

Cremos ser agora o momento de concluirmos com a síntese de nossas meditações a respeito do tema:

As nossas conclusões são as seguintes:

1. A medida provisória encarta-se na função administrativa atípica. É dizer, tem o Presidente da República, e, apenas ele (não entendemos possa haver medida provisória emanada pelos chefes dos executivos estaduais), competência para editá-las nas hipóteses estritas do texto constitucional, tais sejam, na existência de relevância da matéria e urgência, e, evidentemente, não qualquer urgência, porém diante de hipóteses em que a necessidade administrativa seja de tal ordem a fazer com que a exceção constitucional possa se colocar.

3 Todavia, não obstante o grande caudal da doutrina, a Suprema Corte pronunciou-se de forma diferente, entendendo possível a criação de tributos, como também a majoração das alíquotas.

Não estamos diante de competência política do chefe do executivo, mas sim de competência estritamente ligada à legalidade. Exatamente por isso, tem o Judiciário competência para controlar.

2. Deveras, os pressupostos da urgência e relevância podem e devem ser controlados pelo Judiciário, que fará, apenas e tão-somente, *controle da legalidade*. Não estará invadindo competência política que não é a outorgada na Constituição no art. 62 ao Presidente da República.

3. Emanada medida provisória pelo Presidente da República, se o Congresso estiver em recesso, deve ser convocado para apreciá-la. O não exame pelo Congresso Nacional, embora convocado extraordinariamente, deve ser entendido, nos exatos termos do texto constitucional, como sua rejeição. E, se assim for, cabe ao Congresso Nacional o disciplinamento das relações surgidas em quanto vigia a medida provisória, que fora "lei" *si et in quantum*, devendo ser considerada, na hipótese de rejeição como fato jurídico administrativo.

4. O Congresso Nacional poderá fazer duplo controle da medida provisória: o controle da legalidade (existência ou não dos pressupostos), como também o controle político (tal seja, conveniência ou não na expedição da medida).

5. Inexistindo os pressupostos necessários para que seja editada medida provisória, por evidente, haverá, nos exatos termos constitucionais (art. 5º, XXXV), competência da Suprema Corte para que em ADIn diga de sua constitucionalidade ou não.

6. Há, embora não expressamente estabelecidos no texto constitucional, limites no tocante às matérias que possam ser alvo de medidas provisórias. Destaquem-se, pelo menos as seguintes, sem prejuízo de se descortinarem mais algumas espécies:

a) matérias reservadas à lei complementar;

b) matérias, cuja delegação esteja proibida, nos termos do art. 68, § 2º do texto constitucional;

c) matéria penal, *inclusive sanções administrativas*;

d) processo civil e penal;

e) consoante se nos afigura, também a matéria tributária, sob pena de o contribuinte, satisfazendo a nova exação, ser condenado ao solve et repete, inclusive por intermédio do precatório (assim entendemos, muito embora estejamos cientes que a Suprema Corte deu guarida às medidas provisórias).