

Ainda abusos: medida provisória

João de Assis Mariosi*

Não há democracia sem separação de poderes. O art. 9º de nossa Constituição imperial afirmava que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

Como se vê, é mais um enunciado doutrinário do que normativo, buscava suas razões na Teoria da Separação dos Poderes, definitivamente sistematizada por Montesquieu, no *Espírito das Leis*, e representava uma reação contra a monarquia absoluta. Era uma opção pela monarquia constitucionalista trazida pelo medo da degola havida em França no século anterior. Toda concentração dos poderes leva à tirania, quando há o espírito beligerante, ou torna ineficaz a efetivação das garantias constitucionais, pela leniência dos membros dos outros poderes.

Segundo a Constituição, o Legislativo tem a função de elaborar as leis, podendo delegar essa função ao Executivo, em casos específicos e restritos.

No entanto, a sina da América Latina é por um lado o caudilhismo e por outro o absentismo. Esses dois aspectos recebem, vez por outra, umas pinceladas mais vistosas, quando, por exemplo, a Corte Suprema admite algumas pequenas violações constitucionais ou interpreta que o que está escrito na Constituição não é o que foi pensado e querido, mas simplesmente aquilo que eles entendem que deveria ser. É a aplicação indevida do ensinamento americano sobre a sua Constituição de poucos artigos, quando se pontificou que a constituição era o que a Suprema Corte afirmasse que seria. Acontece que a Constituição americana tem mais de 200 anos e ainda vige, porque sintética. A nossa é casuísta e analítica, onde esse tipo de procedimento não deveria existir. Veja-se que, por voto da Suprema Corte, a figura tupiniquim do mandado de injunção (em inglês: *injunction* é mandado, ou seja, seria o mandado do mandado), que teria o objetivo de suprir a omissão legislativa, isto é, o Judiciário deveria dispor sobre determinada matéria, deixou de ser

mandado do mandado e passou a ser uma cartinha de recomendação ao Legislativo para que ele, quando quisesse e pudesse, fizesse a lei. O mesmo aconteceu com a medida provisória. A pedido da Ministra Zélia Cardoso e do Presidente Collor, em nome da governabilidade, dever-se-ia entender que haveria possibilidade de se segurarem os efeitos de uma medida provisória, mesmo quando ela deixasse de existir, desde que a nova medida provisória fosse editada no período eficaz da que deveria desaparecer. E como tempo é uma noção muito relativa, evidentemente que 30 dias poderiam ser 31 ou 32 dias, porque ninguém é culpado de o 30º dia acontecer antes de algum feriado ou final de semana.

Veja-se que a nossa República nada mais foi que um passeio a cavalo do intrépido militar que encontrou D. Pedro II, conduzido por um lacaio, devido a seus achaques de gota. Temos aversão ao sangue que escorre nas ruas. Se a coisa vai acontecer, que aconteça. Mas numa história comparativa, as repúblicas da América Latina se deram com muita luta. Conosco começou com um singelo decreto (o Decreto 1, de 15/11/1889), assinado por um militar — o Marechal Manuel Deodoro da Fonseca — e redigido pelo grande jurista de plantão e futuro ministro da Fazenda, que simplesmente decuplicou o débito público — o grande Ruy Barbosa.

Assim, sem termos presidente, já tivemos um ato governamental instituindo uma nova forma de governo. É a recém-criada figura do presidente legislador.

Mais tarde e depois de ter perdido as eleições para presidente da República, o mesmo ínclito Ruy vai afirmar veementemente:

os nossos Presidentes carimbam as suas loucuras com o nome de leis, e o Congresso Nacional, em vez de lhes mandar lavar os passaportes para um hospício de orates, se associa ao despropósito do tresvairado, concordando no delírio, que devia reprimir¹.

*Desembargador do TJDF; Professor de Filosofia do Direito do UNICEUB; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

¹ Ruy Barbosa, 1931: 92-96.

O decreto era tão bom que todos os ditadores o usaram, colocando aqui e ali mais um substantivo/adjetivo, qualificando funcionalmente o decreto, que passava a ser decreto-lei. Às vezes havia limitação de matéria, às vezes não, e, quando havia, violava-se a limitação, mesmo porque o legislador era singular. Na prática, não há diferença entre o decreto-lei de 1930, com Vargas, e o decreto-lei da Constituição de 1967.

É bem verdade que a medida provisória é norma típica do parlamentarismo, que se torna imperial no presidencialismo, sobretudo pela falência múltipla dos outros poderes. Quando tal acontece, tem-se a usurpação do poder. A usurpação acontece de várias maneiras: nos golpes de Estado, com o apoio bélico ou mesmo em lutas intestinas; nas chamadas democracias meramente formais, outros mecanismos mais virtuais, ou mesmo sutis, como a violação de painéis eletrônicos e a distribuição das verbas referentes às emendas parlamentares; na própria elaboração da lei orçamentária e mesmo na edição ou reedição de um enorme número de medidas provisórias, dificultando conseqüentemente o seu exame pelo Congresso e o controle de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Muitos falam em ocupação do vazio político, inércia congressual e anuência judicial. Seria o mesmo que dizer que no homicídio a culpa é da vítima, que não se desviou, ou, como depõem os réus: “empurrei com a faca e ela entrou nele, porque não pulou para trás”.

Com esse enfoque, a medida provisória, em seus dois modelos — o de 1988 a 11 de setembro de 2001 e o da Emenda Constitucional 32, como limites e tudo mais, modificando-se o parágrafo único em 12 parágrafos —, deixou de ser algo excepcional e tornou-se a vulgarização da incompetência política.

A medida provisória tem os pressupostos da urgência e da necessidade, ou seja, relevância qualificada. Não encontrados esses dois abstratos, a pena deveria ser o *impeachment*.

Nesse sentido milita a mais nova Ministra do Supremo Tribunal Federal:

Responsabilidade do Presidente da República – A relevância urgente define um dever de ação no desempenho da competência definida constitucionalmente, tanto quanto a inocorrência objetiva de qualquer daqueles dois pressupostos define um dever de abster-se de valer-se de tal competên-

cia excepcional o titular da atribuição, pena de responsabilidade por atentar contra a Constituição.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal tem-se negado a examinar os requisitos da relevância e da urgência para a edição de medida provisória, sob o argumento de que isso caberia ao presidente da República, e tem admitido também a constitucionalidade de sua reedição, em evidente prejuízo ao equilíbrio entre os poderes constituídos.

No entanto manda quem pode, o resto amua-se e tem como espaço de manifestação de inconformismo o “senhor redator” dos jornais. Ao chefe do Executivo basta uma caneta.

Assim, a medida provisória surge no contexto normativo brasileiro, com duas finalidades:

- 1) evitar erros e abusos do decreto-lei e
- 2) dar condições ao Executivo para governar com a celeridade necessária.

Para conter os abusos, era necessário tirar a característica anterior de permanência da eficácia do decreto-lei, mesmo após a rejeição pelo Congresso. O Executivo tinha o péssimo hábito de, em matérias polêmicas, publicar o ato e somente remetê-lo ao Congresso meses depois. Trabalhava-se com a hipótese do fato consumado. Daí a necessidade de se fazer um ato normativo, engendrado pelo Executivo, mas com eficácia provisória, que desapareceria, quando não convertida em lei.

Esse foi o modelo desejado. A nova norma tinha uma provisoriedade legislativa urgente, que o Judiciário, anuente à governabilidade, alongou, prolongou e tornou o Executivo um eficiente legislador totalitário, competindo com o legislador coletivo funcional e superando-o.

Na crise de sua essência, a medida provisória foi inserida no falso processo constituinte de 1986 a 1988 como ato do Executivo dentro do processo legislativo. Sua certidão de nascimento está no art. 59 da CF. Dentro do existencialismo jurídico tupiniquim, a MP primeiro existiu para depois ter sua essência inefável e nebulosa. É um bípode partenogênico do Executivo da época, inserido habilmente pelos parlamentaristas, mas manipulado pelos presidencialistas de plantão, concebido como antibactéria legislativa, capaz de minar o seu gerador adotivo, fortalecendo as geratrizes formais das normas, conduzidas pelos membros guardiões da Constituição.

Essa pandora tropical surgiu como uma pesada lagarta jurídica, capaz de não repetir os erros do decreto-lei, e seria tão eficiente que não teve limite explícito nenhum, como o tinha o seu antecessor. Em passos paquidérmicos, manifestou-se em perfumarias normativas em ensaio e erro, testando um parto de montanhas, tímido como um 14-Bis, e de repente, não mais, alçou vôos de lepidópteros filosóficos. Tornou-se um avião que carregava em seu bojo um legislador monocrático, mais ambicioso e pragmático que qualquer imperador do século XIX. O formalismo gerou a reedição, com numeração autônoma, e o seu excesso estimulou a criatividade brasileira de repetir o número, com a criatividade da identificação da própria reedição, seguida da barra indicativa do ano do nascimento.

Toda medida provisória deveria se fincar em duas raízes, que, conforme o constituinte dos anos 80, deveriam formar um par perfeito, e não duas unidades que se auto-aderiam. A hipótese causal, eficiente, formal da norma provisória não deveria conter prioridade lógica ou ontológica. Relevância e urgência seriam os condimentos de autofertilização do legislador solitário. Na proveta política, engendrava-se um ser normativo virtual, que poderia ou não ser adotado pelo Executivo. Essa adoção seria sempre simples, jamais uma adoção plena, porque sua existência era provisória. Tratava-se de uma barriga de aluguel, em que o doador se confundia com o locador. O locatário provisório dava um passeio na casa de seus pretensos futuros e legitimados pais e, se fosse admitido, não ficaria sem teto e vida, mas teria luz própria na constelação das normas, por meio da lei de conversão tão ordinária como suas co-irmãs.

A pena pela não-conversão é a perda da eficácia. Os ministros do STF, que devem guardar a Constituição, não somente a guardam, mas tingem-na com suas feições e interesses. Afirmam sempre que, para bem guardar, é preciso interpretar — a constituição não é o que está escrito, nem deve obedecer ao registro verbal dos seus genitores, mas é o que os guardiões dizem que ela é. É uma existência surrealista, pois, sendo, não é; não sendo, às vezes não é e, muitas vezes, pode ser.

Os historiadores da carochinha chamam isso de segurança jurídica. É uma questão de rótulo. Todo ser precisa de um nome que o vivifique. O abstrato da

seguridade encontra como suporte a vontade do imperador.

Em nome da segurança, os sacerdotes da Astréia invocam o seu meio-irmão e semideus Hermes e ritualisticamente informam aos tupiniquins que a perda da eficácia somente se verificaria se ocorresse o decurso decadencial dos 30 dias. Interrompendo essa decadência — os mesmos intérpretes que decidiam que a decadência não se suspende nem interrompe —, agora garantem que tanto uma nova medida provisória, como uma medida provisória reeditada podem prolongar a eficácia do nada que a gerou e ter a sua própria eficácia, para a eterna sucessão dos dias. São duas irmãs eficazes que coexistem em dimensões diferentes: a mais antiga é o passado que pereniza e a nova é o presente, que caminha no trívio devir: a) até se converter — o que seria a plenificação; b) até se perenizar pela purificação do ades legislativo, num retorno de fênix; ou c) até cair no nihilismo jurídico do não-ser, mas deixando vestígios de ter sido.

O encarregado de seu enterro é o colégio de legisladores, que deve partilhar ou regulamentar a sua partilha. Na sua omissão, quem o deveria fazer seria o colégio dos ministros maiores, com a fórmula mágica do mandado de injunção — ou seja, o mandado do mandado ou ainda: o nada omissivo sobre o nada real regendo o tudo.

Na prática, o super-poder, o Executivo, preenche o vazio legislativo, segurando os efeitos da medida provisória reeditada. A celeuma criada encontra anuência no Pretório Excelso quanto ao preenchimento do vazio legislativo pelo Executivo, legislador de plantão. A fórmula encontrada num ritualismo ímpar advém de uma interpretação normativa de que a validade somente se realiza se a reedição da norma ocorrer dentro do período de vigência da própria medida provisória. Nada, porém, acontece, se for “logo depois” de sua vigência. A coisa acontece como se a 24ª hora do dia que se finda fosse equivalente à hora zero do dia que se inicia. Tudo é ficção, não há como confundir o dia 11 com o dia 12, a não ser na mente interpretativa da gerontocracia pretoriana. Essa transusão temporal é a razão de ser da governabilidade. É a dimensão agostiniana do “*face quod vis*”.

Nesse carnavalesco samba jurídico do “vai-vai-não-vai”, alguns sobrejuizes praticam uma masturbação mental e ejaculam ensinamentos que beiram o

non sense jurídico. Partem da falsa premissa de que a medida provisória revoga a norma anterior; quando, na realidade, ela apenas suspende os efeitos da norma mais antiga. Não havendo a conversão em lei, afirmam que não pode haver repristinação da parte revogada. Acontece que a revogação somente pode ser feita por norma de igual natureza. Medida provisória não é lei, tem apenas a sua força. O próprio texto constitucional o afirma e dispõe a perda da eficácia a partir da edição². Aqui surge o problema da grande noite de 10 dias do calendário gregoriano de 1582. Materialmente era uma noite comum, politicamente o dia subsequente estava 10 dias depois. Aqui é o inverso. Não é a noite que se prolonga em dias virtuais, são os dias reais que remanescem na marca virtual do 30º dia. No caso concreto das medidas provisórias, ou seja, constitucionalmente, é como se a medida provisória não tivesse existido, pelo menos assim pensavam os constituintes de 1988.

As relações jurídicas decorrentes dessa medida não convertida em lei são disciplinadas pelo Congresso. *Disciplinadas*, porém, não significa *normatizadas*, mesmo porque há que se respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Ora, se a matéria já está regulada por lei, mesmo suspensa temporariamente, é evidente que, desaparecendo a sua causa, desaparecem os seus efeitos: *sublata causa, tollitur effectus*.

² Já houve decisão judicial que afirmou valer a medida provisória além dos 30 dias, se houver notícia de que a lei de conversão foi feita, mesmo que não publicada. Ora, lei somente existe com sua publicação. Logo conversão em lei somente tornará permanentes os efeitos da medida provisória, se ela, lei, for publicada dentro dos 30 dias de sua validade. O argumento de que a publicação de lei não é ato privativo do processo legislativo, porque a lei é resultado de vários atos singulares ou complexos, deixa a matéria da segurança jurídica num limbo informal de desconfiômetro. O cidadão deve desconfiar de sua existência e agir como se ela existisse. Se outro age de outra maneira, estaria errado sob o prisma “daquilo que seria, se tivesse sido”. Assim, o 30º dia de uma medida provisória teria a mesma extensão da longa noite gregoriana. Esta é a decisão da AMS 90.04.12244-3-PR, publicada em 13/05/1992, donde se extrai esta pérola de relatividade temporal: “o fato de a Lei 7.787/89 ter sido publicada após o transcurso do prazo de 30 dias não tira a eficácia da MP nº 63/89, porque ela convertida em lei dentro do prazo estabelecido pela Constituição Federal, como condição para sua eficácia” (2ª Turma do TRF – 4ª Região).

Da mesma 4ª Região e da mesma Turma, quatro dias depois, surge este outro entendimento: “A publicação de lei não é ato típico de processo legislativo, nem requisito de existência da lei. Ainda que a publicação da lei venha a ocorrer após o prazo de trinta dias, não perde eficácia a medida provisória convertida em lei naquele prazo” (AMS 90.0413183-3).

Esse raciocínio, porém, apesar de sua obviedade, não tem sido aceito pelas Casas legislativas e, muito menos, por parte do Judiciário. Na verdade o Judiciário tem sido apenas fisiológico e anuente com o Executivo.

As próprias regras interpretativas, inventadas pelo princípio do *magister dixit*, não servem para explicar aberrações jurídicas do vazio constitucional.

Várias medidas provisórias foram reeditadas para modificar a Lei federal 8.112/1990. Algumas delas foram reeditadas no 31º ou 32º dia, quando havia de permeio um domingo. O Judiciário as legitimou. A coisa, porém, toma outra dimensão, quando, já no ano 2000, foi editada a Medida Provisória 2.035-27/2000. Tal medida recebeu o número 08/2000 como Projeto de Lei de Conversão – PLC em 14/12/2000. Foi reeditada com o número 2.035-28/2000 em 22/12/2000. No entanto, em 28/12/2000, foi revogada pela MP 2.133-29. A Lei de Conversão 10.177, de 12/01/2001, em seu art. 16, diz que convalida somente a de número 28: “Art. 16. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.035-28, de 21 de dezembro de 2000”.

Acontece que o projeto de lei de conversão diz respeito à Medida Provisória 2.035-27/2000.

O erro material resultante, por enquanto, não foi questionado por ninguém. Do ponto de vista teórico, porém, é preciso verificar a validade da norma e mesmo das medidas provisórias, que culminaram na Lei 10.177/2001³. O maior problema reside no fato de que inexistente previsão de o projeto de lei de conversão mudar automaticamente para a medida reeditada subsequente. Mais. Nesse caso houve revogação total do art. 16 pela Medida Provisória 2.133-29/2000 em 28/12/2000. Qual seria a natureza da Lei de Conversão 10.177? Ela veio de um nada jurídico, pois, validamente revogada por norma da mesma natureza. Será que o fato de haver um projeto de conversão torna a medida provisória infensa a atos revocatórios? Ou a torna perene, enquanto tramita o projeto?

Nesse caso, o problema é maior ainda. A Medida Provisória 2.035-28/2000 deixou de existir em

³ Observando a nova sistemática de referência das medidas provisórias, vê-se que a original (1.727, de 06/11/1998) foi reeditada 29 vezes, até se converter efetivamente em lei, e foi modificada sete vezes.

28/12/2000 pela MP 2.133-29/2000, e a lei de conversão somente foi publicada em 15/01/2001. Como ficam esses efeitos, já que a MP 2.035 deixou o mundo normativo e a 2.133-29 não foi convertida em lei? Ou será que foi? O Palácio do Planalto diz que foi ela que se transformou em lei ordinária de conversão. Será que vale aquilo que é ou aquilo que o Executivo diz que é?

O debate desse tema seria bem interessante entre os formalistas que tudo negam em benefício do povo e os formalistas que tudo fazem para preservar a governabilidade, mesmo porque não existe pecado no lado de baixo do Equador.

No entanto o espírito absolutista permaneceu nos dirigentes brasileiros, pouco importando a origem de sua casta social. Montesquieu faz a advertência:

A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. *Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele.* Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Referências bibliográficas

RUY BARBOSA. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1931.