

Do desespero à esperança:

Um comentário crítico à Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27.931-1 sobre o destrancamento da pauta em relação aos projetos de lei complementar e aos de emendas constitucionais.

Siddharta Legale Ferreira¹

Decisão do Min. Celso de Mello:

Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, impetrado por ilustres membros do Congresso Nacional contra decisão do Senhor Presidente da Câmara dos Deputados que “(...) formalizou, perante o Plenário da Câmara dos Deputados, seu entendimento no sentido de que o sobrestamento das deliberações legislativas – previsto no § 6º do art. 62 da Constituição Federal – só se aplicaria, supostamente, aos projetos de lei ordinária” (fls. 03/04 - grifei). (...) **O Senhor Presidente da Câmara dos Deputados**, ao proferir a decisão em referência, assim fundamentou, em seus aspectos essenciais, o entendimento ora questionado (fls. 46/48): “(...) quero dizer - já faço uma síntese preliminar – que, além das resoluções, que podem ser votadas apesar do trancamento da pauta por uma medida provisória, também assim pode ocorrer com as emendas à Constituição, com a lei complementar, com os decretos legislativos e, naturalmente, com as resoluções. Dou um fundamento para esta minha posição. O primeiro fundamento é de natureza meramente política. **Os senhores sabem o quanto esta Casa tem sido criticada, porque praticamente paralisamos as votações em face das medidas provisórias.** Basta registrar que temos hoje 10 medidas provisórias e uma décima primeira que voltou do Senado Federal, porque lá houve emenda, que trancam a pauta dos nossos trabalhos. Num critério temporal bastante otimista, essa pauta só será destrancada no meio ou no final de maio, isso se ainda não voltarem para cá outras medidas provisórias do Senado Federal,

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitor de Direito Constitucional em 2007, 2008 e 2009. Fundador e membro da Revista de Direito dos Monitores da UFF. E-mail: siddhartalegale@yahoo.com.br. Agradeço ao professor de direito constitucional da UFF, Gustavo Sampaio, que, mesmo com tempo tão exíguo, devido às inúmeras atividades acumuladas, encontrou um momento para leitura do meu texto. Em seguida, fez o que um professor deve fazer: teceu duras críticas que serviram não só para aprimorá-lo, como também para o amadurecimento pessoal. Ao amigo e ex-monitor de direito constitucional, Adriano Correa de Sousa, segue igualmente meu agradecimento pela leitura crítica do texto original, cujas observações foram muito úteis ao aperfeiçoamento do seu conteúdo e redação final.

com eventuais emendas, ou, ainda, outras vierem a ser editadas de modo a trancar a pauta. **Portanto, se não encontrarmos uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, nós vamos passar, Deputadas e Deputados, praticamente esse ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. (,,)**

Fechada a explicação de natureza política, eu quero dar uma explicação de natureza jurídica que me leva a esse destrancamento. (...) Para dizer uma obviedade, Executivo executa, Legislativo legisla e Judiciário julga. Portanto, a função primacial, primeira, típica, identificadora de cada um dos poderes é esta: execução, legislação e jurisdição.

No caso do Legislativo, essa atividade foi entregue ao órgão do poder chamado Poder Legislativo. Pode haver exceção a esse princípio? Digo eu: pode e há. Tanto que, em matéria legislativa, o Poder Executivo, por meio do Presidente da República, pode editar medidas provisórias com força de lei, na expressão constitucional. É uma exceção ao princípio segundo o qual ao Legislativo incumbe legislar.

Então, volto a dizer: toda vez que há uma exceção, esta interpretação não pode ser ampliativa. Ao contrário. A interpretação é restritiva. Toda e qualquer exceção retirante de uma parcela de poder de um dos órgãos de Governo, de um dos órgãos de poder, para outro órgão de Governo, só pode ser interpretada restritivamente. Muito bem. Então, registrado que há uma exceção, nós vamos ao art. 62 e lá verificamos o seguinte: que a medida provisória, se não examinada no prazo de 45 dias, sobresta todas as demais deliberações legislativas na Casa em que estiver tramitando a medida provisória. (,,)

Mas, aí, surge uma pergunta: de que deliberação legislativa está tratando o texto constitucional? E eu, aqui, faço mais uma consideração genérica. A interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Quer dizer, eu só consigo desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se eu encaixá-lo no sistema. É o sistema que me permite a interpretação correta do texto. A interpretação literal - para usar um vocábulo mais forte - é a mais pedestre das interpretações. Então, se eu ficar na interpretação literal, 'todas as deliberações legislativas', eu digo, nenhuma delas pode ser objeto de apreciação. Mas não é isso o que diz o texto. Eu pergunto, e a pergunta é importante: uma medida provisória pode versar sobre matéria de lei complementar? Não pode. Há uma vedação expressa no texto constitucional. A medida provisória pode modificar a Constituição? Não pode. Só a emenda constitucional pode fazê-lo. A medida provisória pode tratar de uma matéria referente a decreto legislativo, por exemplo, declarar a guerra ou fazer a paz, que é objeto de decreto legislativo? Não pode. A medida provisória pode editar uma resolução sobre o Regimento Interno da Câmara ou do Senado? Não pode. Isto é matéria de decreto legislativo e de resolução. Aliás, aqui faço um parêntese: imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o

Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então, nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é? Então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão ‘todas as deliberações legislativas’ são todas as deliberações legislativas ordinárias.

Trecho com os principais argumentos da decisão do Ministro Celso de Mello:

Reconhecida, assim, a legitimidade dos ora impetrantes para agir na presente sede mandamental, passo a examinar a admissibilidade, no caso, desta ação de mandado de segurança, por entender que a decisão ora impugnada não se qualifica como ato “interna corporis”. Tenho para mim, em juízo de sumária cognição, que a presente causa revela-se suscetível de conhecimento por esta Suprema Corte, em face da existência, na espécie, de litígio constitucional – instaurado entre os ora impetrantes, em sua condição de membros do Congresso Nacional, e o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados – referente à interpretação do § 6º do art. 62 da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 32/2001. **Esse particular aspecto da controvérsia afasta o caráter “interna corporis” do procedimento em questão, legitimando-se, desse modo, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal** (RTJ 173/805-810, 806 – RTJ 175/253 – RTJ 176/718, v.g.), o exercício, por esta Suprema Corte, da jurisdição que lhe é inerente, em razão da natureza jurídico-constitucional do litígio em causa.

A COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DE EDITAR MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO PODE LEGITIMAR PRÁTICAS DE CESARISMO GOVERNAMENTAL NEM INIBIR O EXERCÍCIO, PELO CONGRESSO NACIONAL, DE SUA FUNÇÃO PRIMÁRIA DE LEGISLAR. (...) Na realidade, a deliberação ora questionada busca reequilibrar as relações institucionais entre a Presidência da República e o Congresso Nacional, fazendo-o mediante interpretação que destaca o caráter fundamental que assume, em nossa organização política, o princípio da divisão funcional do poder, cuja essencialidade - ressaltada por ilustres doutrinadores (...)foi expressamente destacada pelo eminente Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, que acentuou as gravíssimas conseqüências que necessariamente derivam da transgressão a esse postulado básico que rege o modelo político-institucional vigente em nosso País (fls. 48) A FÓRMULA INTERPRETATIVA ADOTADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: UMA REAÇÃO LEGÍTIMA AO CONTROLE HEGEMÔNICO, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DO PODER DE AGENDA DO CONGRESSO NACIONAL?²

² STF, MC em MS nº 27.931-1/ DF, Decisão Monocrática do Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01 abr. 2009.

COMENTÁRIO

I. Aspectos gerais

O Executivo se agigantou. O Legislativo se recolheu e encolheu. O Judiciário não fez nada³. Por mais surpreendente que possa parecer, não estamos na ditadura e o Brasil ainda é uma democracia, tal como previsto na Constituição de 1988. Mesmo assim, ao longo da vigência da Constituição democrática, essa tem sido a dinâmica da separação dos poderes em relação às medidas provisórias. É certo que, durante o século XX, o mundo vivenciou algum grau de transferência da iniciativa da atividade legislativa para o Executivo, enquanto o Legislativo assumiu, cada vez mais, o papel de incrementar dos mecanismos de controle e fiscalização, não raro em parceria com o Judiciário. Houve uma alteração mundial na dinâmica entre poderes⁴⁻⁵. O problema é que, especificamente no caso brasileiro, tal crescimento veio acompanhado de fatores patológicos e desacompanhado de mecanismos eficazes de controle.⁶⁻⁷

³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. (2001), p. 54: “Deveras, tem a medida provisória campo absolutamente demarcado e restrito no Texto Constitucional, representando seu alargamento, de um lado, sem dúvida, usurpação de competência pelo Executivo, e de outro, omissão legislativa. E, ademais disso, a falta de controle pelo Judiciário, quando provocado, também constitui omissão.”

⁴ Sobre os moldes clássicos da separação de poderes, Cf. Sobre a separação de poderes, leia-se LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002 e o Livro XI de MONTESSQUIEU. **Do espírito das leis** vol I. São Paulo: Nova cultural, 1997, p.199-229.

⁵ Sobre a alteração da dinâmica, Cf. PESSANHA, Charles. **O Poder executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática**. In: WERNECK VIANNA, Luiz. A democracia e os três poderes. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.155.

⁶ As acentuadas desigualdades sociais no Brasil pode ser um dos fatores que explicam a necessidade de normas jurídicas com extrema rapidez. V. GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**. *Revista dos Tribunais* 658, 1990, p. 240.

⁷ Com variadas nuances, esse tem sido o discurso da maior parte da doutrina brasileira. Posição a qual nos filiamos, mesmo conhecendo o posicionamento diverso que defende não haver usurpação dos poderes legislativos pelo executivo porque: (i) as medidas provisórias representam um mecanismo de promoção do “diálogo constitucional”; (ii) o próprio Legislativo não veria o Executivo como usurpador, mas sim como protagonista da liderança governamental no quadro de um presidencialismo de coalizão; (iii) O Presidente não se confunde com a Presidência. A última se tornou um locus que congrega partidos políticos diversos através dos que participam dos ministérios; (iv) Um presidencialismo de coalizão, como o brasileiro, a separação de poderes não pode ser vista de forma rígida e sua mitigação é inevitável no contexto atual; (v) existem vantagens em delegar as tarefas e coleta e ordenação de dados para apresentação de políticas públicas em um órgão singular – a Presidência-, ao invés de em um órgão coletivo – o Congresso. A vantagem principal reside na maior rapidez; (vi) essa mitigação é possível diante da aproximação das vontades do Parlamento e do Executivo,

A evolução casuística das medidas provisórias revela sem sombra de dúvida que, mesmo após a introdução de novos limites à edição de medidas provisórias pela Emenda Constitucional nº 32, a organização e desorganização dos poderes persistiram lado a lado⁸. Foram aprovadas tanto medidas provisórias realmente relevantes e urgentes, quanto medidas provisórias que não passavam de manifestações dos interesses momentâneos da burocracia.

Foi nesse contexto preocupante para qualquer constitucionalista sério e comprometido com a separação de poderes, a democracia e o Estado de direito, que o Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, realizou essa interpretação peculiar do § 6º, do art. 62, da Constituição Federal. Segundo ela, a expressão “sobrestadas todas as demais deliberações” só se aplicaria, supostamente, aos projetos de lei ordinária. Os projetos de lei complementar e os projetos de emenda constitucional poderiam ser votados, a despeito do trancamento da pauta, desencadeado pela não deliberação da medida provisória.

Embora não seja a mais adequada interpretação do ponto de vista constitucional, é impossível ignorar que ela representa uma iniciativa louvável em conter a hipertrofia do Executivo no processo legislativo. Compartilhamos, portanto, da preocupação do Presidente do Congresso de que se não encontrarmos uma solução interpretativa, persistirá esse quadro patológico de divisão dos poderes. Mas esse não é o caminho. É possível apontar falhas em tal argumentação e, mais do que isso, comprovar que existe outra solução interpretativa.

Acreditamos que, com a atual disciplina da medida provisória e criatividade hermenêutica, é possível mudar os paradigmas do instituto e harmonizar a relação entre poderes. Dentro dessa tarefa, o presente comentário atribuirá especial atenção às possibilidades institucionais, processuais e materiais de ampliar o controle sobre os pressupostos das medidas provisórias. Serão propostos, nessa linha, uma série de parâmetros (*standards*) para estimular um controle legislativo e judicial mais incisivo dos pressupostos para edição das medidas provisórias que, até então, tem sido tímido⁹. Essa obtenção será

bem como dos mecanismos de controle do último. V. SAMPAIO, Marco Aurélio. **Medida provisória, diálogo constitucional e a falácia de usurpação de poderes legislativos pelo executivo**. *Revista de Direito do Estado* nº 4, 2006, p.107-139.

⁸ DANTAS, Ivo. **Medida provisória: Uma manifestação de vontade imperial do Poder Executivo à luz de uma análise crítica da EC nº 32**. In: José Ribas Vieira. 20 anos da Constituição cidadão de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 155 e ss.

⁹ Nosso objetivo será, portanto, criticar a decisão do Presidente da Câmara dos deputados e propor uma solução. Não desejamos no presente texto explicar os requisitos e procedimento para edição de medidas provisórias. A maioria dos livros de direito constitucional trata bem do tema. Por todos, leia-se a didática explicação de TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.154 e ss.

importante conter os abusos do Executivo e harmonizar a relação entre os poderes, especialmente diante da Emenda Constitucional nº 32 não ter alcançado de todo esse objetivo. Afinal, construir o equilíbrio entre as instituições políticas é indispensável para uma democracia bem estruturada¹⁰.

II. As medidas provisórias e o destrancamento da pauta por interpretação do Presidente da Câmara: O desespero.

Como afirmamos anteriormente, a interpretação do renomado constitucionalista e atual Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, contraria a literalidade e as finalidades do art. 62, § 6º¹¹, da Constituição Federal. Por mais válida que seja politicamente a reivindicação de conter os excessos do “Executivo legislador brasileiro”, não existe interpretação “restritiva” ou “sistemática” que resista a uma reflexão constitucional mais detida.

A mera vontade política não deve ser capaz de converter as palavras claras dos artigos da Constituição, que manda sobrestar “todas as deliberações”, em apenas “algumas deliberações”. A vontade do constituinte foi impelir o Congresso Nacional a deliberar de forma rápida sobre as medidas provisórias, cujo conteúdo é, pelo menos em tese, relevante e urgente. Por sua própria natureza excepcional, justifica-se tal regramento. Do contrário, o Congresso deixaria se esvaír o prazo da urgente medida provisória. Mais importante, então, é impedir que medidas provisórias que não sejam urgentes e relevantes o bastante para justificar sua própria existência tranquem a pauta do Congresso Nacional.

Além do mais, a mesma idéia do art. 62, § 6º foi empregada no art. 64, § 2º¹², art. 66, § 6º e art. 66, §6¹³ da Constituição Federal. Em três dispositivos diferentes, o constituinte

¹⁰ Com essa preocupação, o Ministro Gilmar Mendes, atualmente na Presidência do STF, em seu discurso de posse enfatizou que “De igual forma, qualquer obstáculo erguido em oposição ao poder-dever de legislar – de que é exemplo o já desgastado modelo de edição de medidas provisórias – afeta a construção de um processo democrático livre e dinâmico. Nesse sentido, é necessário que se encontre um modelo de aplicação das medidas provisórias que possibilite o uso racional desse instrumento, viabilizando, assim, tanto a condução ágil e eficiente dos governos quanto a atuação independente dos legisladores”. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>>.

¹¹ Art. 62 (...) § 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando **sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas** da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

¹² Art. 64 (...) § 2º. Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, **sobrestar-se-ão todas as demais**

repetiu a necessidade de “sobrestar todas as demais deliberação”¹⁴. Sendo assim, caso o Congresso deseje mudar isso, permitindo a liberação da votação das leis complementares e das emendas constitucionais, não pode ser por via interpretativa, mas tão-somente por via de emenda constitucional.

Na tentativa de conter o Executivo, o Congresso aprovou inclusive a Emenda Constitucional nº 32 instituindo limites materiais à edição de medidas provisórias. Talvez seja o caso de fazer o mesmo com a proposta do Presidente Congresso para que ela, sob a forma de Proposta de Emenda Constitucional, deixe de ser inconstitucional, ainda que persista com outros problemas.

Sem dúvida, é premente a necessidade do Poder Legislativo retomar o poder de agenda e deliberação autônoma. Contudo, essa não é a forma adequada de retomar a parcela que lhe cabe na divisão dos poderes. Não incumbe nem ao Legislativo, nem ao Judiciário fazer uma interpretação consequencialista desse porte, porque, inicialmente, ela viola textualmente a Constituição e, em segundo lugar, é no mínimo questionável se esse projeto traria resultados positivos que justifiquem sua adoção.

Muito provavelmente, a proposta traria o inconveniente de estimular o aumento do número de emendas a Constituição que já não são poucas. O excesso de emendas à Constituição vem sendo alvo de duras críticas doutrinárias¹⁵. De um lado, a constante

deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

¹³ Art. 66. (...) § 6º. Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, **sobrestadas as demais proposições, até sua votação final**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

¹⁴ Nesse sentido, Nelson Diz, **Jurisprudência comentada: Medida provisória. Trancamento da pauta da Câmara dos Deputados**, mimeo, 2009.

¹⁵ É verdade que existem diversos pontos de vista sobre o tema. De um lado, os que entendem que as reformas vieram para adaptar a Constituição ao novo contexto mundial de globalização. De outro lado, posicionam-se os que acham que as emendas decorreram dos impulsos “neoliberais” e desfiguram o projeto inicial da Constituição de 1998. Nesse sentido, Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.648-69. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB-Editora, 2006, p.455-517. Independente da visão de mundo adotada, é certo que algumas reformas constitucionais e legais continuam sendo necessárias para aprimorar o desempenho das instituições. Contudo, deve se tomar cuidado para que não se confunda a política ordinária e extraordinária, de modo a desencadear uma avalanche de emendas constitucionais. A confusão possivelmente seria estimulada, nesse caso, pelo destracamento da pauta para projetos de lei complementar e de emendas a Constituição. Cf. Em tom ponderado, Daniel Sarmiento analisa os pontos positivos e negativos do fato da Constituição de 1988 ser analítica demais, ao ponto de estar constantemente sendo alvo de emendas. V. SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Lumen Juris, 2007, p.113-148. Veja-se, ainda, nossos modestos trabalhos, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **20 anos de Constituição e a reconstrução unitária do Direito**

modificação da Constituição, epicentro do ordenamento jurídico, enseja insegurança. De outro, a política ordinária, cotidiana acaba desnecessariamente se confundindo com a política constitucional extraordinária. Resultado: a modificação constitucional complica ainda mais o processo democrático, ao gerar a necessidade de constantes arranjos políticos para conciliar o embate entre a vontade das maiorias ocasionais e o teor analítico da Constituição enrijecida pelas modificações. Percebe-se, assim, que a execução da proposta não contribuirá necessariamente para o equilíbrio entre os poderes. Pelo contrário.

Se analisada a proposta sob o enfoque da proporcionalidade, é questionável se ela seria constitucional. Seguindo a estrutura interna, nota-se que a adequação da medida para atingir os resultados propostos é bem frágil e duvidosa. Sob o prisma da necessidade, existem outras soluções interpretativas, como demonstraremos a seguir. Por fim, afirmar que o resultado é positivo, ao sopesar entre os meios e os fins, seria, no mínimo, questionável.

Como referido acima, o elemento necessidade da estrutura interna da proporcionalidade, não é preenchido de todo. Existem meios menos gravosos à separação de poder brasileira. Existem alternativas aptas a contribuir para conter o abuso do Executivo, sem contrariar o texto constitucional. Mais precisamente, a idéia consiste em instituir parâmetros que mobilizem as normas e órgãos existentes para aumentar o controle das medidas provisórias e, conseqüentemente, reduzir o volume que aporta no Legislativo.

III. A proposta de tornar mais incisivo o controle dos pressupostos das Medidas Provisórias: A esperança

Não há motivos para estranhar a existência do controle parlamentar das medidas provisórias, pois, como bem explicou Humberto Ávila, “A competência do Congresso Nacional compreende as funções legislativas e de controle. A CF atribui a esse Órgão, a função legislativa, obviamente sobre questões relevantes, e também, em casos específicos, urgentes. No exercício da função controladora, o Congresso Nacional deve manifestar-se sobre a urgência solicitada pelo Presidente da República (CF, art. 64,§1º). No tocante às medidas provisórias, o poder soberano do Congresso Nacional exterioriza-se pelo controle *a*

Público. *Revista de Direito dos Monitores* n° 2, 2008. Disponível em: <http://www.uff.br/rdm/revistas/rdm_ano1_ed2.pdf>. Ou ainda, **Vinte anos da Constituição de 1988: Direitos fundamentais, democracia e a construção unitária do direito público.** Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/401/449>>.

posteriori do ato. Quanto aos atos normativos do Poder Executivo, cabe ao Congresso Nacional sustá-los (art. 49, V)”¹⁶

Também não existem motivos para estranhar a possibilidade do controle judicial das medidas provisórias. Em defesa do controle, é possível entender que, diante do difícil e insubsistente controle por parte do Parlamento de tantas medidas provisórias, a ampliação do controle judicial poderia contribuir para harmonizar a relação entre os poderes, fortalecer o papel da iniciativa e deliberação do próprio Legislativo para aprovação das leis e, com isso, fortalecer a democracia brasileira. Argumenta-se em sua defesa que (i) a falta de controle do Judiciário, quando provocado, constitui omissão; (ii) o fato do conceito ser indeterminado não ser compreendido como a possibilidade de ser preenchido pelos intérpretes como lhes aprouver, mas sim a existência de três zonas: certeza positiva, incerteza e certeza negativa. Somente diante do caso concreto, a zona de incerteza poderá ser extirpada; (iii) o controle do judiciário constitui tão-somente controle de legalidade, já que as medidas provisórias podem ser equiparadas às leis para esse fim; (iv) dizer que o Judiciário não pode controlar os requisitos de relevância e urgência, previstos no art. 62, transformaria uma parte dessa norma em tabula rasa; (v) dizer que só o Parlamento poderia controlar é um equívoco, porque se confunde o juízo jurídico-político do Congresso com o juízo jurídico-constitucional do Judiciário; (vi) se presente o desvio de finalidade da medida provisória que não for relevante e urgente é possível o controle judicial como forma de garantir a supremacia da Constituição¹⁷⁻¹⁸.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 1997, p. 61.

¹⁷ Cf. A maioria dos argumentos podem ser encontrados em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias**. *Revista dos Tribunais* v. 758, 1998, p. 11-15. Veja-se também: FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. Interesse Público nº9, 2001, p. 47 e ss.; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. MaxLimonad, 1999, p.135. Sobre a cláusula da relevância e urgência como núcleo conceitual mínimo que se circunscreve à zona de certeza desse conceito jurídico indeterminado, V. KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: O caso brasileiro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 219.

¹⁸ Em sentido contrário ao controle judicial, argumenta-se pela impossibilidade, já que (i) o controle caberia ao legislativo e não ao Judiciário; (ii) o Judiciário não pode tomar o posicionamento político de controlar as escolhas governamentais; (iii) a brevidade com que a medida provisória perde a eficácia ou é convertida em lei; e (iv) urgência e relevância são conceitos vagos cuja determinação do conteúdo circunscreve-se à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo. Cf. Entendendo pela impossibilidade do controle judicial dos requisitos da relevância e urgência, V. SAMPAIO, Marco Aurélio. **Medida provisória, diálogo constitucional e a falácia de usurpação de poderes legislativos pelo executivo**. *Revista de direito do Estado* nº 4, 2006, p.135. O argumento da brevidade foi retirado da discussão no direito italiano sobre a legitimidade da *corte costituzionale* para realizar o controle dos *decreti-legge* e da *legge di conversione*. Sobre os argumentos contrários e favoráveis, Cf. CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. **Commentario breve alla costituzione**. Padva, CEDAM, 1990, p.483.

O intuito desse comentário, mais que realçar a possibilidade desse controle parlamentar ou mesmo judicial, será harmonizar a relação entre os três poderes do Estado democrático de direito brasileiro. A esperança de que isso aconteça foi depositada em parâmetros funcionais, procedimentais e materiais para um controle constitucionalmente mais incisivo dos pressupostos de validade das medidas provisórias¹⁹. Acredita-se que, por meio da ampliação do controle, seria possível desestimular gradativamente o Executivo em editar medidas provisórias de forma excessiva. O Legislativo retomaria, assim, o papel que lhe cabe, observando o regramento constitucional existente.

Note-se que, com isso, não se pretende extirpar a participação do Executivo do processo legislativo que pode vir a ser positiva, desde se dê quando as medidas sejam realmente relevantes e urgentes. No entanto, atualmente, o Executivo acaba exercendo um poder de agenda sobre a deliberação do legislativo, em razão de suas iniciativas e da edição de medidas provisórias, muito maior do que o recomendável.

Os motivos para acreditar que o aumento do controle pode dar certo são basicamente dois. De um lado, o aumento da rejeição das medidas provisórias por falta dos requisitos desanimaria o Executivo (*chilling effect*). De outro, o aumento do controle deixaria mais claro para o Executivo quais são os parâmetros para determinar, entre outras coisas, se a dada medida provisória é relevante e urgente. Com o aumento da clareza dos parâmetros, diminuiria a edição de medidas provisórias irrelevantes ou pouco relevantes e também a das sem urgência ou pouco urgentes. Aumentaria a deliberação a partir do próprio Congresso. Diminuiriam os abusos do Executivo.

Os parâmetros funcionais sugeridos são os seguintes:

(i) Quanto menos plural for a Comissão Mista e os debates travados nesse âmbito, mais rigoroso pode/deve ser o controle político-jurídico das medidas provisórias. Devem compor tal comissão, portanto, não apenas os representantes das maiorias ocasionais, mas também parlamentares dos partidos minoritários e de oposição;

¹⁹ Para uma reflexão mais detida sobre os parâmetros, considerando os exemplos e as justificativas pertinentes, veja-se o nosso trabalho enviado ao concurso de monografia do IASP, em 2008, cujo tema era Medida Provisória teoria e prática na Constituição de 1988. Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Medida provisória: parâmetros para um controle mais incisivo**, 2008.

(ii) Quanto menos minuciosa e consistente for a motivação presidencial da edição da medida provisória, mais rígido e intenso deve/pode ser o controle parlamentar e judicial dos seus pressupostos;

(iii) Quanto maior a fragilidade do controle político-jurídico realizado pela Comissão Mista do Congresso e do Parlamento como um todo²⁰, maior deve/pode ser o controle judicial.²¹

Os parâmetros procedimentais propostos são estes:

(i) O controle da Comissão Mista ou do Judiciário seja mais intenso, tanto quanto os debates, anteriores à edição da medida provisória, forem realizados de forma fechada ou obscura nos gabinetes. Afinal, o Estado democrático de direito, previsto no art. 1º da Constituição de 1988, indica a necessidade de procedimentos que permitam debates de interesses diferentes antes do momento de se tomar decisões.²² Por outro lado, comprovada a existência de debates políticos abertos e intensos, ainda que breves, o controle posterior poderia ser mais brando²³⁻²⁴;

²⁰ A fragilidade do controle parlamentar pode ser mensurada, essencialmente, por meio de uma combinação de fatores: a ausência de uma composição efetivamente plural da comissão mista, a fundamentação superficial do parecer emitido e a inexistência de debates parlamentares em direções antagônicas após o parecer (rejeição, manutenção ou emendas). Além disso, a oitiva da Presidência e da Comissão mista responsável por verificar seus pressupostos pode servir para instruir o Judiciário para decidir sobre a intensidade do controle.

²¹ A possibilidade do controle judicial não é pacífica nem em sede jurisprudencial, nem doutrinária. O STF rejeitava completamente tal controle até a ADI 162, quando passou a admitir o controle dos pressupostos, nos casos de “abuso manifesto”. Desde então, é possível encontrar dois casos²¹ e alguns votos vencidos em que o questionamento foi aceito. Na ADIn 1.753/DF e ADI 2150/DF, a medida provisória foi invalidada sob o argumento de falta dos requisitos. Se o controle judicial não é realizado completamente pelo STF, existe pelo menos um discurso de que é possível o controle.

²² ÁVILA, Humberto. **Medida provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 1997, p. 52: “A enunciação do princípio democrático indica uma opção constitucional pela validade de determinadas normas, por meio de procedimento antecedente à produção normativa, em virtude do qual os interesses contrapostos se afirmam pela capacidade argumentativa de consenso, por vocação e por discussão. Fica instituída a publicidade como elemento essencial da prática democrática, em razão da qual os cidadãos têm condições de saber o que se está decidindo. (...) A produção de normas, especialmente pelo Poder Executivo, deve obedecer ao princípio democrático. A edição de medidas provisórias não envolve nem participação, nem representatividade popular anteriores à eficácia do ato, e diretamente relacionada ao seu conteúdo.”

²³ O Brasil atribuiu ao Presidente da República à competência para editar as medidas provisórias, conforme seu juízo monocrático das condições de relevância e urgência. Nisso, o regramento brasileiro é diferente da experiência constitucional italiana, segundo a qual um órgão colegiado - o Conselho de Ministros (*Consiglio dei ministri*) - deflagra a formação dos *provvedimenti provvisori*. Cf. CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. **Commentario breve alla costituzione**. Padova, CEDAM, 1990, p.479. Atento a essa diferença, Clèmerson Merlin Clève sugere limites mais estreitos para a utilização do instituto no plano nacional. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. MaxLimonad, 1999, p.43-4. Embora o autor acredite que foi “inviabilizado o contraditório prévio”, penso que é preferível apostar nesse parâmetro para avaliar se houve

(ii) Se houve reedição, o controle parlamentar e jurídico em relação à medida provisória deve ser mais intenso²⁵.

(iii) Reconhecida a necessidade de julgamento rápido da constitucionalidade das Medidas Provisórias em razão da sua urgência e relevância, os pedidos de liminar do STF para anular certas Medidas Provisórias devem ter um ônus argumentativo menor, especialmente quando se tratar de algumas matérias suspeitas.

O Supremo Tribunal Federal, ou mesmo a Comissão Mista do Congresso Nacional, poderá realizar um escrutínio estrito (*strict scrutiny*)²⁶ de, pelo menos algumas matérias que sejam mais facilmente tidas como suspeitas porque, provavelmente, carecem ou muito fragilmente possuem os requisitos de relevância e urgência. Sugere-se um rol exemplificativo de matérias suspeitas é o seguinte: criação de órgãos, aumento de salário de determinadas categorias, como os militares, casos que envolvam abertura de crédito extraordinário, bem como modificações relativas ao processo administrativo. Não raro essas matérias, que compõem significativo percentual do total de medidas provisórias editadas, constituem interesses momentâneos da burocracia. Não se afirma, com isso, que tais matérias são

diálogo caso a caso. Além do mais, a figura do Presidente não se encerra em si mesma. Há a Presidência e os ministérios que são fruto de intensas disputas e arranjos políticos.

²⁴ Embora exista quem defenda que o Presidencialismo brasileiro é de coalizão e, por essa razão, a haveria um diálogo institucional entre os líderes dos partidos do legislativo e o Executivo que supostamente legitimaria completamente a atividade legislativa excepcional do Executivo; procuramos manifestar com esse parâmetro a preocupação em incluir no debate não só os líderes, mas também a comissão mista onde não só as maiorias, mas também as minorias parlamentares poderiam ter espaço ampliar o controle. Sobre essa visão original da qual, apesar de discordarmos, reconhecemos o mérito e solidez acadêmica, Cf. SAMPAIO, Marco Aurélio Sampaio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁵ É claro que a reedição a medida provisória na mesma sessão legislativa não deve ser tolerada, como prevê o art. 62, §10. Sobre o tema, veja-se: DIZ, Nelson Nascimento. **Impossibilidade de reedição de medida provisória no mesmo exercício**. *Revista de Direito do Estado* nº 10, 2008. Até por isso, devemos reconhecer que esse parâmetro acaba sendo fragilizado. Contudo, a Constituição deixa uma brecha - que, a meu ver, deve ser proibida - para reedição nas próximas sessões legislativas e em sessões legislativas extraordinárias. De qualquer forma, sugere-se que a análise deve se dar, no mínimo, com mais rigor ou mesmo proibidas. Explicando a edição de Medida Provisória e a relação com a sessão legislativa extraordinária e a reedição, Cf. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.845: “Observe-se que a sessão legislativa seguinte pode ocorrer no mesmo ano em que se dá a rejeição da medida provisória ou do projeto de lei, já que é possível que a medida provisória seja rejeitada, por exemplo, no mês de janeiro, durante sessão legislativa extraordinária, ocorrida por força de convocação do Congresso Nacional, o que enseja que a medida seja editada no início da sessão legislativa ordinária, no mês seguinte.”

²⁶ No direito norte-americano, existem diversos *tests* que modulam a intensidade da avaliação da legitimidade da regulamentação legislativa. Os três principais *tests* são *lower test*, *intermediate test* e o *double standard*. O *Double standard* é o mais rígido e se subdivide em dois: *rational basis test* e *strict scrutiny* que são aplicados às hipóteses em que haja necessidade de parâmetros mais rigorosos na avaliação da regulamentação da Administração ou do Legislador, normalmente relacionadas às restrições aos direitos fundamentais. V. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 936 e ss.

inconstitucionais, mas tão-somente que deve incidir sobre elas uma forte suspeita de inconstitucionalidade em razão da qual o Judiciário e, até mesmo, a Comissão Mista, deve observar/julgar com mais rigor e atenção se os pressupostos estão realmente presentes.

É possível fornecer estes parâmetros materiais:

(i) Quanto mais tendencialmente permanentes forem os efeitos da medida provisória, mais rápido e incisivo deve ser o controle político-jurídico. Diz-se “tendencialmente” permanentes, porque se algo for tão custoso desfazer, ainda que seja possível; o efeito prático é o mesmo: a medida provisória acaba se perpetuando²⁷.

Nessa hipótese, considerada a relevância da matéria, a Comissão Mista poderia recomendar que fosse aprovada uma norma para suspender temporariamente a eficácia da medida provisória, enquanto a lei de conversão será aceita, alterada ou rejeitada²⁸. O mesmo poderia ser realizado em sede judicial através da medida liminar.

(ii) É possível superar a “teoria do abuso manifesto”, que vem sendo utilizada pelo STF, segundo a qual para apenas - e tão-somente - em casos excepcionais seria possível invalidar as medidas provisórias.²⁹ Em seu lugar, poderia ser adotada a “tese dos graus de

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**. *Revista dos Tribunais* 658, 1990, p. 241: “Uma das limitações à sua adoção – e aqui o segundo aspecto que me permito enfrentar – é a seguinte: tratando-se de lei que tem vigência imediata, porém provisória, não podem ser implementadas através dela soluções que produzam efeitos que não possam ser arredados (Fábio Comparato). Os seus efeitos devem necessariamente poder ser desfeitos, observado o disposto no parágrafo do referido art. 62. Insisto, trata-se de lei, a medida provisória, dotada de vigência provisória. Aqui naturalmente se reclama esforço de construção doutrinária, que se espera não recusem os estudiosos do direito, voltado ao delineamento conceitual mais preciso do que comportem e não comportem as noções de ‘efeitos que possam’ e ‘efeitos que não possam ser arredados’.”

²⁸ A sugestão foi inspirada no modelo português que prevê a possibilidade do Parlamento emitir uma resolução com esse fim, nos moldes do art. 169 da Constituição portuguesa. Sobre o tema, leia-se CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p.799 e ss.

²⁹ Essa teoria do “abuso manifesto” só foi aplicada verdadeiramente quase dez anos depois de criado, mesmo assim em sede de uma medida cautelar, na ADIN 1753, de 1998, contra a Medida Provisória nº 1577-6 de 1997. Uma decisão que se deu de forma isolada, quando o STF decidiu que a alteração do prazo da ação rescisória de 2 para 5 anos não possuía o requisito da urgência. Na cautelar dessa ADIn, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence reafirmou a sindicabilidade judicial das medidas provisórias, enfatizando que a ampliação do prazo da ação rescisória, além do pressuposto da urgência ser duvidoso, poderia vir a atingir a coisa julgada em razão da ampliação do prazo das referidas ações rescisórias. No mesmo sentido, o Ministro Carlos Velloso enfatizou que, quando for evidente a ausência dos pressupostos da relevância e urgência, o Tribunal pode declarar sua inconstitucionalidade. No caso, o Tribunal, por unanimidade, concedeu o pedido de cautelar, para suspender até a decisão final os efeitos da medida provisória. Confira-se: STF, DJU 12 jun. 1998, ADI-MC 1753-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

relevância e urgência”³⁰, cujo conteúdo prevê premissas menos restritivas para realização do controle das medidas provisórias.

No novo paradigma proposto, não existe ou inexistente a relevância e urgência. Existem diferentes graus de relevância em comparação aos demais valores constitucionais, assim como diferentes graus de urgência. Afinal, sendo a urgência e a relevância conceitos relacionais, impõe-se que sejam passíveis de comprovação argumentativa por meio do diálogo institucional entre os Poderes³¹. A mudança de paradigma, se adotada pela Comissão Mista e pelo Supremo Tribunal Federal, certamente, ampliará o controle, contribuindo para que o Legislativo faça o Executivo respeitar o espaço que cabe especialmente à deliberação pública da maioria.

Adotado o novo paradigma, ele ganharia operacionalidade por meio do seguinte parâmetro: *quanto menos urgente e relevante parecer uma medida provisória, maior é o ônus argumentativo do Executivo para que a Comissão Mista ou o Judiciário não a invalide.*

IV. Apontamentos finais

Sugerir parâmetros não bastará para superar a hipertrofia do Executivo. É preciso que o Executivo encolha certos aspectos da sua atividade legislativa. É preciso que o Legislativo, por meio da Comissão mista, seja mais enérgico no controle das medidas provisórias para que possa passar a legislar mais sobre temas relevantes, além daqueles sugeridos pela agenda política do executivo. É preciso que o Judiciário, quando chamado a exercer o controle, não se limite a dizer que ele é possível.

Sem dúvida, será preciso mais do que palavras e textos para reduzir a hipertrofia do Executivo brasileiro. De fato, os desafios são enormes para o Legislador resgatar seu poder de organizar e votar a agenda das deliberações legislativas consideradas relevantes. Apresentados os parâmetros, não existem motivos para se iludir. Será preciso coragem e muito trabalho. Muito esforço mesmo será necessário para modificar essa realidade. Mas ao

³⁰ A idéia se inspirou nas observações de Gustavo Binbenbojm que o controle jurisdicional passou a operar com graus de vinculação à juridicidade, ou seja, não é mais possível opor discricionariedade à vinculação. Na verdade, existem graus de vinculação numa escala decrescente entre regras, conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.193 e ss.

³¹ Procuramos, com esse parâmetro, incorporar a crítica de Marco Aurélio Sampaio no sentido de que haveria um diálogo entre os Poderes, de modo que não seria possível considerar que o Executivo teria usurpado a função de legislar. Apesar de discordar de alguns elementos dessa tese, é inegável que o diálogo entre os poderes pode ser relida para servir de parâmetro para aumentar o controle e harmonizar os poderes.

menos desse breve comentário, resta a certeza de que, respeitando à força normativa da Constituição, ainda existem caminhos possíveis de serem trilhados pelas instituições democráticas atuais para superar esse contexto. Há esperança.