



*Luciana Silva Reis*

# **Medidas provisórias no STF: o papel do tribunal no presidencialismo de coalizão**

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como requisito para conclusão da Escola de Formação 2006.

Orientador:

Bruno Ramos Pereira

Sociedade Brasileira de Direito Público – São Paulo

## SUMÁRIO

1. Introdução	03
2. Pressupostos da pesquisa e objetivos	07
3. Metodologia	12
3.1. Metodologia de pesquisa	12
3.2. Metodologia de análise	13
4. Natureza jurídica das medidas provisórias	15
5. Controle de constitucionalidade concentrado das medidas provisórias	23
6. Limites materiais das medidas provisórias	31
7. Poder de disponibilidade do Presidente sobre as MPs	43
8. Controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência	59
9. Entendimentos sobre as relações entre os Poderes nas decisões sobre medidas provisórias	69
10. Conclusão	74
11. Referências bibliográficas	78

## 1. Introdução

A Constituição de 1988, diante da necessidade de atribuir maiores poderes normativos ao Executivo, necessidade essa por sua vez relacionada à ação reguladora do Estado e à busca de efetivação de direitos sociais<sup>1</sup>, dotou o presidente da República da competência de produzir atos com força de lei. As chamadas medidas provisórias, previstas no art. 62 da Constituição Federal, têm sido então amplamente utilizadas pelos sucessivos chefes do Executivo<sup>2</sup>. A prática é alvo de severas críticas doutrinárias, sendo comum o entendimento de que se trata de atribuição *excepcional* do presidente da República, a qual mitigaria, em certa medida, o princípio da separação de poderes<sup>3</sup>. Chega-se a defender a extinção da medida provisória<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo Marco Aurélio Sampaio, “[p]ara mais que afirmar o Estado Social causador de intervenção pública no campo econômico, deve-se ter em mente que a idéia de lei não decorre mais da clássica teoria do primado do legislativo, ligada ao paradigma do Direito Natural. A lei, hoje, em termos amplos, perdeu o sentido de garantia do status quo, sendo instrumento indispensável à atuação estatal. Se de um lado permanece o cânone garantístico da legalidade como modo de atuação estatal, se outro o conceito clássico de lei formal, editada apenas pelo Parlamento, é enfraquecido” (*A medida provisória como ato de governo*, p. 25) E ainda: “[u]ma mitigação ao princípio da legalidade, dentro do Estado Social, é, sem dúvida, a exigência constitucional de eficiência administrativa, prevista em nossa Constituição, no art. 37, caput, ao lado da legalidade” (idem, p. 25).

<sup>2</sup> Desde 1988, foram 623 medidas provisórias emitidas somente até setembro de 2001, sem contar as reedições (cf. Fernando Limongi e Argelina Figueiredo, “O Sistema Político brasileiro: entre mitos e fatos”).

<sup>3</sup> Cf. Nina Beatriz Stocco Ranieri, *Governabilidade e Estado Democrático de Direito – O uso e o controle das medidas provisórias*, p. 115. O Min. Celso de Mello compartilha dessa posição, conforme se depreende da leitura de seus votos analisados ao longo do trabalho. Em sentido contrário, vale citar José Levi do Amaral Júnior, *Medida Provisória e a sua conversão em lei*, p. 301: “A medida provisória não é uma negação da separação dos Poderes, porquanto a separação dos Poderes, no Brasil, é aquela que a Constituição de 1988 adota, texto constitucional esse que também prevê a medida provisória” (grifei).

<sup>4</sup> Nesse sentido, Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico*, p. 468: “A medida provisória foi em má hora adotada pela Constituição. A intenção era eliminar o decreto-lei de triste memória, mantendo a possibilidade de uma legislação de urgência. Entretanto, a prática revelou sua má-índole. O comodismo e a problemática (exagerada) do quadro de esfarinhamento partidário o tornaram a forma predileta de ‘legiferação pelo Executivo’. Assim, tornou-se um instrumento de concentração do poder, ensejando o abuso e o arbítrio, gerando a insegurança jurídica. Ademais, é desnecessária. Outros meios há, na própria Constituição, que podem substituí-la com vantagem. E no caso restritíssimo de urgência verdadeira, há soluções melhores para o problema. Por tudo isso, deve ser eliminada da Constituição”.

O certo é que, antes da Emenda Constitucional 32/01, que modificou o art. 62, havia um espaço bastante amplo para a discussão acerca dos limites de atuação do Executivo na edição de MPs. Assim estabelecia a antiga redação constitucional:

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

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

É possível perceber que não havia, até a emenda 32/01, clareza no texto constitucional acerca da possibilidade de reedição das medidas provisórias, seja em caso de decurso do prazo de apreciação, seja em caso de rejeição expressa pelo Congresso. Na verdade, não estava claro qual o poder de disposição (se é que existiria algum) do presidente da República sobre a MP, depois de ser esta submetida ao Congresso. Adicionalmente, as matérias suscetíveis de serem regulamentadas por medida provisória não estavam determinadas. Por fim, restavam deveras imprecisos os conceitos de "relevância" e "urgência". A quem caberia a apreciação de tais conceitos?

A Emenda Constitucional 32 aclarou alguns pontos, vedando certas matérias à regulamentação por MPs, estabelecendo o prazo máximo de vigência de 60 dias (prorrogável por mais 60, em caso de não apreciação do Congresso), e proibindo a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso do prazo<sup>5</sup>. Mas a

---

<sup>5</sup> É esta a atual redação constitucional: "Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional".

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

competência do presidente para a edição contínua condicionada por conceitos indeterminados – nada se precisou no novo texto acerca da “relevância” e da “urgência”.

Estes são apenas alguns pontos polêmicos acerca das medidas provisórias. O presente trabalho tem a finalidade de analisar o entendimento jurisprudencial que tem se dado a algumas dessas questões no Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa análise é pertinente e necessária, pois a maior parte da doutrina tenta precisar o debate (por exemplo, procurando estabelecer um sentido mínimo para os conceitos de relevância e urgência<sup>6</sup>)

---

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, 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.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

<sup>6</sup> É o que tenta fazer, p.ex., Humberto Bergmann Ávila, *Medida Provisória na Constituição de 1988*, p. 79: “Embora esses termos [relevância e urgência] sejam de significado impreciso,

sem atentar para o fato de que modelos teóricos normativos muitas vezes perdem-se em um idealismo sem sentido, por se descolarem da realidade institucional do país. Esquece-se que os posicionamentos do STF e do Congresso Nacional acerca da matéria *conformam* e não *deformam* o debate. Assim, se existe, por exemplo, um entendimento do STF sobre os requisitos de relevância e urgência, é a partir deste entendimento, associado ao do Congresso Nacional, que se deveria analisar criticamente o possível abuso presidencial na edição de medidas provisórias, e não a partir de modelo teórico que não corresponde ao que efetivamente ocorre no país.

---

caso analisados isoladamente do sistema do qual fazem parte, sua compreensão sistemática atribui-lhes um sentido mínimo. A fluidez dos conceitos é suprimida, parcialmente, por força do contexto normativo, cuja precisão tipológica é tarefa fundamental da Ciência do Direito”.

## 2. Pressupostos da pesquisa e objetivo

É pressuposto deste trabalho a existência de um presidencialismo de coalizão no Brasil. Como indica Marco Aurélio Sampaio<sup>7</sup>, a expressão “presidencialismo de coalizão” foi primeiro usada por Sérgio Henrique Abranches<sup>8</sup>. Segundo este autor, em artigo escrito no final dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988<sup>9</sup>, o modelo institucional brasileiro seria peculiar, pois o Brasil seria “o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões”. As coalizões, por sua vez, seriam formadas em três momentos. O primeiro envolveria a formação de uma aliança eleitoral, na qual estariam envolvidas discussões sobre “diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo”<sup>10</sup>. O segundo momento seria a formação do governo, em que se disputam cargos e se estabelecem compromissos em relação a um programa de governo. Finalmente ocorreria a formulação da agenda real de políticas, sendo na passagem do segundo para este terceiro momento que se consolidaria a coalizão e se formariam “as condições fundamentais de sua continuidade”<sup>11</sup>, determinando-se, assim, a estabilidade futura. Estabilidade que seria, aliás, uma questão constante no modelo institucional em questão, que, diante das disputas interpartidárias internas à coalizão, requereria um mecanismo de arbitragem que “sirva de defesa institucional do regime – assim como da autoridade presidencial e da autonomia legislativa – evitando que as crises na coalizão

---

<sup>7</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 107.

<sup>8</sup> O objetivo desta breve exposição é aclarar o conceito “presidencialismo de coalizão”, não esgotar o texto de Abranches, cuja preocupação central não é tanto descrever o modelo institucional do país, mas antes expor o “dilema institucional” enfrentado em momento de Assembléia Constituinte, o qual “era atinente à criação de mecanismos de redução de conflitos políticos internos à coalizão, para sua manutenção, especialmente na fazer de formulação e implementação da agenda política” (idem, 109).

<sup>9</sup> Idem, p. 107.

<sup>10</sup> Sérgio Henrique Abranches, “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 31 (1988), pp. 5-33, p. 27.

<sup>11</sup> Idem, p. 28.

levem a um conflito indirimível entre os dois pólos fundamentais da democracia brasileira<sup>12</sup>. Não obstante isso, o trabalho de Abranches termina com a constatação de que não haveria evidências persuasivas de que o parlamentarismo, a representação majoritária ou o bipartidarismo garantiriam a estabilidade, pois o Brasil possui uma “específica dinâmica social”, cuja própria heterogeneidade, além da “ambigüidade e a fragilidade das referências nacionais e as contradições a elas inerentes contribuem para firmar esta combinação entre proporcionalidade e presidencialismo de coalizão<sup>13</sup>.

A definição do presidencialismo de coalizão foi muito importante para a ciência política brasileira, que adotou o modelo cunhado por Abranches, em especial para analisar o que nele haveria “no tocante às relações entre legislativo e executivo, dentro da nova ordem constitucional: a formação e implementação de agenda política<sup>14</sup>.

É nesse sentido que, em análise posterior, na qual são usados dados empíricos acerca da atividade legislativa no Congresso Nacional e do comportamento dos parlamentares, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi afirmam<sup>15</sup>:

A recente experiência presidencialista no Brasil revela que o Congresso não é uma instância institucional de veto à agenda do Executivo. Não parece ser verdade que, sob o presidencialismo, todo e qualquer parlamentar tem uma e apenas uma estratégia dominante, a de agir irresponsavelmente e não cooperar com o Executivo. Este, sob o presidencialismo, pode dispor de recursos que induzam os parlamentares a cooperar com o governo e a sustentá-lo. O controle exercido pelo Executivo sobre a iniciativa legislativa cria incentivos para que parlamentares se juntem ao governo apoiando sua agenda.

Neste sentido, também afirma Marco Aurélio Sampaio “que nosso sistema somente se mantém estável, com governabilidade, se o executivo dividir seu papel de protagonista do governo com o congresso nacional<sup>16</sup>. É, aliás, este autor que transporta para o universo jurídico as noções de ciência

---

<sup>12</sup> Idem, P. 31.

<sup>13</sup> Idem, p. 32.

<sup>14</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 110.

<sup>15</sup> Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 9.

<sup>16</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 105.



política aqui delineadas na análise da medida provisória, vista, “dentro do cenário do presidencialismo, como instrumento de agenda e indutor de coalizão”<sup>17</sup>. É, de fato, a medida provisória o principal poder legislativo atribuído ao Presidente da República, pois as MPs “afetam a estrutura de preferências dos parlamentares, induzindo-os a cooperar. Dado o custo de rejeição de uma MP, os parlamentares podem julgar preferível aprová-la, tendo em vista os efeitos já produzidos durante a sua vigência”<sup>18</sup>. Vê-se, portanto, que a medida provisória é um dos principais instrumentos do governo para formar sua agenda política, no contexto do presidencialismo de coalizão.

O texto de Marco Aurélio Sampaio trabalha com a medida provisória sob uma perspectiva de diálogo constitucional entre Legislativo e Executivo. A expressão “diálogo constitucional” é usada em um livro de Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. O objetivo do livro, como se expõe na introdução é mostrar que “o direito constitucional não é um monopólio do judiciário. É um processo no qual os três poderes convergem e interagem por meio de suas distintas interpretações”<sup>19</sup>. Ao mostrar que a Constituição é interpretada por todos os agente públicos, Fisher constrói uma teoria da “construção coordenada” do direito constitucional, pela qual

“o Presidente e os membros do Congresso têm ambos autoridade e competência para se envolver na interpretação constitucional, não somente antes que as cortes a façam, mas também antes. Todos os três poderes realizam um valioso, extenso e contínuo papel na determinação do sentido da Constituição”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Idem, p. 152.

<sup>18</sup> Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 39.

<sup>19</sup> “Constitutional law is not monopoly of the judiciary. It is a process in which all three branches converge and interact with their separate interpretations” (tradução livre). Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, p. 3.

<sup>20</sup> “The President and members of Congress have both the authority and the competence to engage in constitutional interpretation, not only before the courts but afterwards as well. All three branches perform a valuable, broad and ongoing function in helping to shape the meaning of the Constitution” (tradução livre). Idem, pp. 231-232.

Segundo Marco Aurélio Sampaio este processo de construção coordenada seria o próprio processo de diálogo constitucional<sup>21</sup>. No último capítulo do livro, que trata da construção coordenada, pode-se perceber que Fisher a todo o tempo afasta a idéia de que a Suprema Corte teria a palavra final. Na verdade, “nos seus momentos mais sinceros (...) *a Corte prontamente reconhece que não é o único agente a decidir questões constitucionais*”<sup>22</sup>. Usando como pressuposto a existência deste diálogo, Marco Aurélio Sampaio busca mostrar como ele ocorreu entre o Legislativo e o Executivo na construção do instrumento constitucional “medida provisória”. Sua reinterpretação deste instrumento envolve uma linha metodológica segundo a qual Política e Direito estão relacionados, determinando uma mutação constitucional que altera a sistemática de separação de poderes na Constituição brasileira, alterando, de resto, os próprios limites da medida provisória.

Tal mutação é, em verdade, ligada às próprias relações havidas entre legislativo e executivo, condensadas no chamado *presidencialismo de coalizão*, e denotadoras de uma nova prática e de um novo sentido de nossa separação de poderes<sup>23</sup>. Embora o objeto do presente estudo, como já frisado, seja a identificação da medida provisória como ato de governo, e não as formas silenciosas de mudança constitucional ou mesmo a sua ocorrência com relação a parte específica de nosso Direito, não se podia deixar de mencionar o tema, já que é em tal contexto que se há de definir a medida provisória, como aludido<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 57. Como observa este autor a expressão “diálogo constitucional” não é claramente definida na obra de Fisher, sendo relevante, entretanto, ressaltar a noção de que “a política é permeada por interesses de todos os poderes que se acomodam conforme sua interação, sendo que de tal processo resulta um sentido próprio e não-aparente da constituição” (p. 57, nota 91).

<sup>22</sup> “In its more candid moments (...) *the Court readily acknowledges that it is not the sole agency in deciding constitutional questions*” (tradução livre). Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: interpretation as a political process*, p. 3, grifei.

<sup>23</sup> De fato, ao tratar dos poderes legislativos do presidente, Fernando Limongi e Argelina Figueiredo afirmam que “[m]aior poder de agenda implica, portanto, a capacidade do Executivo de influir diretamente nos trabalhos legislativos e assim minorar os efeitos da separação de poderes” (*Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 23). Note-se que, dando um enfoque jurídico à questão, Marco Aurélio Sampaio não fala em minoração, mas em mutação, o que implica atribuir legitimidade ao processo, que não se desviaria do texto constitucional.

<sup>24</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 98.

Esta pesquisa segue as diretrizes teóricas estabelecidas pelo autor citado, mas trabalhando com um objeto diverso. Enquanto Marco Aurélio Sampaio estuda como “os próprios protagonistas em questão (é dizer, executivo e legislativo) concebem como o ideal de suas relações, bem como o possível, denotado pela prática”<sup>25</sup>, o presente trabalho visa entender o papel do Supremo Tribunal Federal como um *outro* interlocutor no diálogo constitucional em questão, cuja função não é menos importante do que a daqueles dois. Para isso, naturalmente pressupomos, como hipótese, que o tribunal não se afastou desse diálogo, tendo sido diretamente influenciado pela dinâmica política de nosso modelo institucional, o presidencialismo de coalizão.

---

<sup>25</sup> Idem, p. 91, grifos no original.

### **3. Metodologia**

#### **3.1. Metodologia de pesquisa**

A intenção deste trabalho, visando alcançar o objetivo acima exposto, é traçar um panorama geral a respeito da apreciação das medidas provisórias no Supremo Tribunal Federal. Para delimitar o universo de acórdãos a ser investigado, foram usados argumentos de pesquisa que abrangessem dois pontos cruciais nesta apreciação: o exame pelo Supremo Tribunal Federal dos requisitos de relevância e urgência e a questão de serem ou não as medidas provisórias instrumentos que se adequam à separação de poderes. Esses argumentos foram: “medid§ adj provisóri§ e (relevância adj urgência)” e “medid§ adj provisóri§ e (separação adj poderes). Foi também usado o argumento “medid§ adj provisóri§ e (controle adj jurisdicional)”, como mero complemento, já que também fundado na idéia inicial de achar acórdãos que se remetessem àqueles dois pontos cruciais. Tais argumentos, introduzidos na seção “pesquisa de jurisprudência”, no sítio do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)) resultaram em 51 acórdãos, dos quais 32 foram utilizados, conforme Anexo 1. Além desses, foram usados também alguns precedentes<sup>26</sup>, cuja leitura foi tida como essencial para aclarar algum tema ou analisar um determinado acórdão. Tais precedentes também estão especificados no Anexo 1.

Sabe-se que há várias outras questões pertinentes a respeito de medidas provisórias, tais como a possibilidade de reedição e a eficácia temporal das medidas. Imaginou-se que os acórdãos encontrados por meio daqueles argumentos pudessem também tratar dessas questões, pois certamente teriam alegações de inconstitucionalidade fundadas no artigo 62 da Constituição Federal, que é o texto normativo a que se deve remeter para se levantar aquelas questões. Essa hipótese se afigurou correta, sendo possível

---

<sup>26</sup> Aqui o termo “precedente” é tomado no seu sentido mais simples: aquele acórdão que é citado em determinado julgamento de maneira a corroborar um argumento.

encontrar pelo menos seis temas diferentes ao se analisar os acórdãos, como será exposto no tópico seguinte.

### **3.2. Metodologia de análise**

Uma vez construído o universo de acórdãos, procedeu-se a sua leitura e fichamento. Foi possível, então, identificar, em cada acórdão, alguns temas tidos como relevantes ao objeto do trabalho. Essa identificação resultou em dez tópicos, quais sejam: (i) análise judicial da relevância e urgência, (ii) interpretação das normas trazidas pela Emenda Constitucional 32, (iii) vedação do tratamento de certas matérias por medidas provisórias, (iv) possibilidade de os vícios de uma medida provisória atingirem a lei de conversão, (v) natureza jurídica das medidas provisórias, (vi) possibilidade de se convalidar MPs que já não estão mais vigendo, (vii) pertinência do controle concentrado de constitucionalidade de MPs, (viii) disponibilidade do presidente da república sobre a edição e revogação desses instrumentos, (ix) uso abusivo de MPs e separação dos poderes e (x) eficácia de medida provisória não convertida em lei. Os tópicos (ii) e (vi) referem-se apenas a um acórdão cada, conforme é possível ver no Anexo 2 e o tema (iv) refere-se apenas a dois. Tendo em conta que este trabalho busca um *posicionamento do STF* sobre os temas em questão, foi feita a opção por não construir uma análise em separado para esses tópicos, que serão, entretanto, abordados ao longo do texto. O tema (x) também não será especificamente estudado porque foi tratado em um acórdão que não faz parte de nosso universo de análise (Anexo I). Restam, portanto, seis grandes temas, que serão analisados em sessões separadas.

Dentro de cada tema, serão verificadas a existência ou inexistência de uma linha argumentativa reiteradamente desenvolvida pelo STF e a ocorrência de mudanças, ao longo do tempo, nessa linha. Ressalte-se que não é descartada a hipótese de inexistir o posicionamento institucional que se espera do Supremo Tribunal Federal.

Assim, seguem-se seis sessões, uma para a análise de cada tema dentre aqueles acima expostos. Ressalte-se que, em muitos casos, a análise feita

neste trabalho não entra na matéria das MPs impugnadas, pois isso não se afigura necessário para o entendimento das manifestações dos ministros sobre certos assuntos (por exemplo, sobre a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de MPs). Busca-se, na medida do possível, iniciar as sessões com a análise direta dos temas que se deseja tratar em cada uma, expondo posições relevantes dos ministros e procurando o posicionamento do tribunal como instituição. Essa análise obedece a uma ordem cronológica, para que se possa vislumbrar quais os precedentes se firmaram e se houve mudanças de posicionamento. Ressalte-se que os temas escolhidos são aqueles que se consegue entrever nos acórdãos lidos, tendo sido enfrentados, de maneira explícita ou implícita, pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **4. Natureza jurídica das medidas provisórias**

O entendimento acerca da natureza jurídica do instrumento medida provisória não se afigura sólido no Supremo Tribunal Federal. Foram encontradas algumas classificações dadas ao instrumento no julgamento das cautelares das ADIs 162, 221 e 293, julgadas, respectivamente, em dezembro de 1989, março de 1990 e junho deste mesmo ano. Nas três, o ministro que se preocupa em classificar a medida provisória por meio de algum critério jurídico é o min. Celso de Mello. Note-se, aliás, que, nos três acórdãos, seu voto possui partes substancialmente iguais, ainda que os casos sejam diversos. Nesses acórdãos, especificamente com mais clareza na ADI-MC 293 (p. 18<sup>27</sup>), afirma o ministro que, quando atuou na Consultoria-Geral da República, escreveu uma nota de análise do instituto medida provisória, dirigida ao titular daquele órgão, Saulo Ramos, que, a partir dessa nota, realizou um trabalho sobre o tema. Pode se inferir, assim, que as passagens reiteradamente repetidas pelo ministro nos julgamentos que incluíam medidas provisórias vieram de tal trabalho. Desconsiderando uma possível análise sobre se seria problemático ou não o ministro utilizar um modelo geral para o julgamento de casos concretos diversos, passa-se à exposição do entendimento do min. Celso de Mello acerca da natureza jurídica do instrumento em questão.

Inicialmente diz ele que a medida provisória é uma “competência constitucional extraordinária” conferida ao presidente da república, fundada na existência de um estado de necessidade (p. 14 na ADI-MC 162, p. 57 na ADI-MC 221). A partir deste entendimento pode se perceber que a medida provisória é vista como algo que não se inclui no regular processo legislativo. De fato, o conceito de estado de necessidade, usado no direito penal, confirma esse raciocínio. O estado de necessidade é uma cláusula de exclusão de ilicitude das condutas, que se configura, como se pode extrair do art. 24 do Código Penal, quando o agente pratica um fato, com sacrifício de um interesse

---

<sup>27</sup> As páginas de referência aqui colocadas referem-se às páginas dos processos.

juridicamente protegido, para resguardar direito próprio ou alheio, diante de um “perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar”. Ao transpor esse conceito para a análise das medidas provisórias, o ministro: (i) considera que o ato de instituir atos normativos com força de lei e eficácia imediata é, em princípio, vedado ao presidente da república; seria um “crime”, caso não ocorresse a “exclusão de ilicitude” e (ii) toma como necessária a existência de um “perigo”, sem o qual não há aquela exclusão, esvaindo-se, assim, a legitimidade da medida provisória.

Na ADI-MC 293 e na ADI-MC 221, o ministro introduz, entretanto, outra categoria jurídica para caracterizar a medida provisória: “[o] Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um *direito potestativo*, cujo exercício – *presentes razões de relevância e urgência* – só a ele compete decidir” (p. 20 e p. 60, respectivamente, grifos no original). Essa colocação posterior do ministro invalida, de certa forma, o que foi antes dito acerca do estado de necessidade. Isso porque não se trata mais a edição de medidas provisórias como um “crime”, ou seja, algo excepcional e fora do sistema, mas como um direito potestativo condicionado, o que denota a idéia de normalidade, podendo se pensar da MP como um instrumento regular do processo legislativo. Além disso, no estado de necessidade a aferição do “perigo” não é completamente subjetiva – o agente não é absolvido simplesmente porque acredita na possibilidade de dano superveniente, há um juízo posterior que pode determinar a inexistência do suposto perigo e condenar o “criminoso”. Mas no caso de um direito potestativo condicionado, por quem são determinadas essas condições? O min. Celso de Mello fornece uma resposta. Logo depois do trecho anteriormente citado, em que diz que só ao chefe do Executivo cabe decidir o exercício de seu direito potestativo, afirma: “[s]em prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder Legislativo, a ser exercida a posteriori e, quando tal se impuser, dos próprios tribunais e juízes”.

Há uma outra referência feita pelo min. Celso de Mello à natureza jurídica da medida provisória, e nesta pode-se enxergar uma verdadeira



*definição*: “ação cautelar legislativa” (p. 20, ADI-MC 293). Esta é uma definição interessante, pois traz em si o pressuposto de que a edição de medidas provisórias é necessariamente instável, pois se trata apenas de uma cautela. De fato, o ministro afirma, mais à frente, no mesmo acórdão:

“O conteúdo jurídico que elas [medidas provisórias] veiculam somente adquirirá *estabilidade normativa*, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável, aquiescente, do único órgão constitucionalmente investido do *poder ordinário* de legislar, que é o Congresso Nacional” (pp. 22-23, grifos meus).

Essa passagem confirma aquele entendimento segundo o qual a medida provisória é um instituto excepcional no processo legislativo. A linha argumentativa seguida pelo min. Celso de Mello pode ser ainda vislumbrada no relatório do agravo regimental na ADI 365. Neste acórdão, ao relatar a decisão que foi agravada (decisão de sua própria autoria), negando trânsito à cautelar, o ministro classifica a medida provisória como “ato quase-legislativo” (p. 21). Essa classificação provavelmente baseia-se naquele entendimento segundo o qual as medidas provisórias são atos excepcionais, não inclusos no processo legislativo regular, de onde emanariam os “verdadeiros” atos legislativos.

É difícil coadunar esse entendimento com o art. 59 da Constituição Federal, segundo o qual “o processo legislativo compreende a elaboração de: V – medidas provisórias”. A redação do art. 62 teria excepcionado esse art. 59? Acredita-se que não. Não se pode tratar como exceção um instrumento que, desde 1988, foi usado 5533 vezes somente até dezembro de 2000<sup>28</sup>. Ressalte-se que, deste número, 862 foram reedições, ou seja, apresentação de medidas que apenas renovavam as anteriores. Fica prejudicado, portanto, o argumento de que a edição de medidas provisórias é necessariamente instável. Mas a linha de entendimento do min. Celso de Mello pode ser compreendida se se atentar para a época em que os julgados em questão foram produzidos. Trata-

---

<sup>28</sup> Cf. Octavio Amorim Neto e Paulo Tafner, “Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45(2002), pp. 5-38, p. 10. O número refere-se ao total efetivo de medidas provisórias editadas no período, contando as originais e as reedições, com ou sem alteração.

se do início da década de 90. A Constituição ainda era recente e não havia clareza sobre alguns institutos recém-criados, tais como a medida provisória. O diálogo constitucional que iria se efetivar entre os Poderes apenas começava a se delinear, de modo que, neste momento, o STF iniciava sua influência na construção do instrumento medida provisória no contexto das novas instituições que então começavam a se firmar no país. A prática institucional demonstrou que o caráter excepcional entrevisto pelo min. Celso de Mello em tal instrumento não se configurou correto. Aqui se toma por base a realidade dos fatos e não o modelo teórico que se construiu antes da configuração de um efetivo diálogo constitucional.

É interessante, assim, observar que outro posicionamento acerca da natureza jurídica da medida provisória despontou no Supremo Tribunal Federal no final da década de 90<sup>29</sup>. Na ADI-MC 1516, julgada em março de 1997, o min. Carlos Velloso entende que a delegação legislativa é “a tônica do Direito Constitucional contemporâneo” e a medida provisória é uma técnica usada para se instrumentalizar essa delegação, tal qual a lei delegada (p. 63-64). O ministro associa a necessária existência dessas técnicas ao modelo de Estado social, intervencionista, “Estado que os povos, a partir da Constituição de Weimar, optaram” (p. 68). Tal intervencionismo teria acumulado “um mundo de competências para o Estado e, de regra, ao Executivo, que age dando execução, de ofício, à lei”, sendo “mesmo necessário que se imaginassem técnicas de delegação para que, executando o Poder Executivo esse mundo de competências que o intervencionismo estatal destinou ao Estado, pudesse efetivar essas competências” (p. 63). Esse entendimento é amplamente aceito no Plenário, e uma sua decorrência é a aceitação da medida provisória como um instrumento regular de efetivação do modelo de Estado contemporâneo, ainda que os ministros entendam que há excesso na edição dessas medidas<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Pode-se perceber também que o min. Celso de Mello não reitera o entendimento exposto em ADIs posteriores às citadas.

<sup>30</sup> Nas palavras do min. Maurício Corrêa neste mesmo acórdão: “ruim com a medida provisória, pior sem ela”. Neste acórdão há um interessante debate entre os ministros acerca da interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, cuja conclusão é no sentido de reconhecer a *inércia intencional* do Poder Legislativo na apreciação das medidas provisórias, daí decorrendo o abuso na edição dessas medidas. Sobre esse debate, v. cap. 9.

A diferença de posicionamento em relação àquele juízo expressado pelo min. Celso de Mello não poderia ser mais explícita<sup>31</sup>. Enquanto este ministro busca deixar claro o caráter excepcional da medida provisória, na ADI-MC 1516 o Plenário (excetuando-se o min. Marco Aurélio) reconhece a *regularidade* do instrumento. Mas não só: reconhece também sua *necessariedade* no atual modelo de Estado<sup>32</sup>. O mesmo entendimento exposto no acórdão citado é reiterado pelo min. Velloso na ADI 3289, julgada em maio de 2005, na qual afirma:

“As técnicas de delegação legislativa representam a tônica do constitucionalismo contemporâneo. Num Estado de Direito, tudo se faz de conformidade com a lei. Os parlamentos, entretanto, são lentos e isso ocorre no mundo inteiro. Por isso, os constitucionalistas e os cientistas políticos criaram técnicas de delegação legislativa conferindo ao Executivo a faculdade de legislar” (as páginas do processo não estão numeradas, p. 71 do documento).

Note-se que, neste último acórdão, o ministro se posiciona pelo vício formal da MP então analisada, pois entende que a delegação constitucional só é legítima se há o controle político dessa delegação, por parte do Congresso e o controle jurisdicional e, no caso, não haveria nem urgência nem relevância da medida<sup>33</sup>. Mas o entendimento sobre a natureza jurídica do instrumento permanece o mesmo.

Por fim, é relevante especificar em que os entendimentos aqui expostos influenciaram na decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal em

---

<sup>31</sup> Infelizmente, não foi encontrado um acórdão onde haja um debate entre os dois ministros sobre a natureza jurídica das MPs. Nas ADIs aqui analisadas nas quais há as manifestações do min. Celso de Mello, era impossível a presença do min. Carlos Velloso, pois este ainda não havia sido nomeado. Nesta ADI-MC 1516 estava ausente o min. Celso de Mello e na ADI 3289, mais a frente mencionada, seu voto não foi publicado.

<sup>32</sup> Note-se que, em 1997, boa parte das assim chamadas reformas liberalizantes já havia sido implementada. Entende-se, entretanto, que o modelo de Estado brasileiro não perdeu o caráter intervencionista e regulador. Como afirma Paulo Todescan L. Mattos: “tal fenômeno [de desregulação da economia] não significou – e não teve sequer por objetivo – o fim do Estado regulador. O que muda efetivamente em cada caso é a ênfase maior ou menor dada a determinados tipos de técnicas administrativas passíveis de serem usadas na regulação econômica e social” (*O Novo Estado Regulador no Brasil: o Direito entre Eficiência Econômica e Legitimidade*, p. 63). De fato, o fenômeno da multiplicação das agências reguladoras não nos permite dizer que existe em um modelo de Estado neoliberal.

<sup>33</sup> Aqui há uma possível contradição do min. Velloso em relação ao que afirmara na ADI-MC 1516. Sobre o controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência, v. cap. 8.

cada caso. Na ADI-MC 162, julgava-se a constitucionalidade de medida provisória que instituiu prisão temporária do suspeito de autoria ou participação em determinados crimes, alegando-se que se trataria de matérias de direito processual penal e direito penal, que são reservadas à lei federal ordinária (art. 5, inciso XXXIX, art. 22, inciso I), sendo insuscetíveis de regulação por medidas provisória. Além disso, não haveria relevância e urgência. O min. Celso de Mello, deferindo o pedido de liminar, saiu vencido na questão, no que foi acompanhado pelo min. Sepúlveda Pertence. Pela leitura dos votos, pode se entender que a liminar foi negada porque a maioria dos ministros, embora reconhecendo a relevância da argüição do impetrante no que se refere aos limites materiais da medida provisória, não reconheceu a configuração do *periculum in mora*. Tem-se, assim, que o entendimento do min. Celso de Mello acerca da natureza jurídica da MP não se afigurou essencial na decisão final do caso. O mesmo não ocorreu na ADI-MC 221 e da ADI-MC 293. A primeira, ao apreciar a inconstitucionalidade de uma medida provisória revogada por outra, trata dos efeitos e da possibilidade de revogação de medida provisória pelo presidente da República. A segunda trata da possibilidade de reedição de medida expressamente rejeitada pelo Congresso. Na primeira, julgou-se prejudicado o pedido de liminar, pois a ação era sobre ato normativo revogado, entendendo-se, no entanto, que a ADI não ficava prejudicada porque o Congresso poderia rejeitar a MP ab-rogante. Na segunda, relatada pelo min. Celso de Mello, foi decidido pela inconstitucionalidade da medida, pois se entendeu que o poder normativo do Presidente da República é subordinado à manifestação do Congresso Nacional. Em ambas a decisão foi unânime. É possível perceber que, nesses acórdãos, está subjacente o entendimento do min. Celso de Mello, porque em ambos o Congresso assume o papel de órgão final das decisões legislativas do Estado. E o caráter excepcional da competência do Presidente da República de editar leis é decorrente dessa supremacia. Havendo supremacia de um órgão, pode-se pensar que há uma decisão final irrecorrível – a manifestação do Congresso teria um caráter terminativo. Nesses casos o STF atuou, portanto, como instância de veto ao diálogo constitucional entre os Poderes Legislativo e

Executivo, ainda que provisória (já que o Executivo, na prática, pode sempre reeditar uma medida declarada inconstitucional ou rejeitada pelo Congresso). Nesse sentido, é interessante notar que ambas as ações tiveram por requerente o Procurador-Geral da República. Apesar do caráter conflituoso da relação entre o Congresso Nacional e a presidência à época<sup>34</sup>, não foi um partido político o autor das impugnações, mesmo no caso da MP reeditada em afronta à decisão do Congresso. Há, assim, um indício de que este órgão possuía consciência de sua capacidade de continuar o diálogo com o Executivo, por exemplo, rejeitando a MP em questão. Mas o STF interferiu nesse diálogo, sobrestando-o.

Já na ADI-MC 1516, o pedido de liminar foi indeferido. Tratava-se de impugnação a medida provisória que alterava artigo do Código Florestal, dispondo sobre a “proibição do incremento da conversão de áreas florestais em áreas agrícolas na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste” (p. 34). A autora, a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, alegava, além de violação ao direito de propriedade, a ausência de relevância e urgência da medida e a impossibilidade de alteração de código por meio de medida provisória, configurando-se no caso “abuso de poder” em face do princípio da separação dos poderes. O indeferimento da liminar baseia-se, entre outros motivos<sup>35</sup>, na impossibilidade de apreciação dos requisitos de relevância e urgência pelo Judiciário, a menos que a ausência destes seja *objetiva*, o que não ocorre no caso. Para tal entendimento, muito contribui a construção do min. Carlos Velloso, uma vez que a delegação do poder legislativo implica a *legitimidade* do exercício deste poder, sendo, assim, possível presumir, como faz o ministro no julgamento em questão: “[p]arto do princípio de que o Poder Executivo, quando edita uma medida provisória, o faz tendo em vista a relevância e a urgência”. De maneira diversa, na ADI 3289 o voto do min. Carlos Velloso pouco ou nada influenciou na apreciação de

---

<sup>34</sup> “As relações entre o Collor e o Congresso Nacional foram, desde a posse do novo presidente, conflituosas. Como é sabido, o governo não contava com apoio ao tomar posse e editar as 29 MPs que constituíam seu plano de estabilização” (Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 141).

<sup>35</sup> No caso, afasta-se a alegação de que a matéria não pode ser tratada por MP. Sobre esse tema, v. cap. 6.

inconstitucionalidade. Tratava-se no caso, que teve grande repercussão política no cenário brasileiro, de medida provisória, posteriormente convertida em lei, que equiparava o cargo de presidente do Banco Central a ministro de Estado. As alegações dos requerentes<sup>36</sup> em relação ao art. 62 da CF (já reformado pela EC 32) versam sobre a inadequação da matéria veiculada pela MP, a qual trataria de processo civil e processo penal (em violação à alínea “b” do inciso I, § 1º do referido artigo), e sobre a ausência dos requisitos de relevância e urgência. Além disso, a lei de conversão teria sido aprovada em desrespeito ao § 9º do art. 62, porque não teria sido apreciada na Comissão Mista. O min. Carlos Velloso, apesar de reiterar o seu entendimento sobre a natureza jurídica da MP, acaba por deferir a liminar, entendendo que a medida provisória tratou de matéria reservada à lei complementar (art. 84, inciso I da CF). Nesta ADI, o ministro saiu vencido.

Pode-se, entretanto, supor que o entendimento explicitado pelo min. Carlos Velloso é, na verdade, compartilhado por boa parte dos ministros. Como se verá mais adiante, o posicionamento mais freqüente do STF é exatamente esse adotado na ADI 3289: afastar o controle dos requisitos de relevância e urgência, a menos que sua falta se configure objetiva. Ora, sem entrar aqui nos limites entre objetividade e subjetividade, só se pode pensar dessa forma se há a noção de que a medida provisória é um *instrumento normal de governo*, e, como tal, está, antes de tudo, sujeita à apreciação política e não jurídica.

---

<sup>36</sup> Nessa ADI 3289 também se julgou a ADI 3290, que impugnava o mesmo ato. Ambas foram propostas por partidos políticos de oposição ao governo: a primeiro pelo Partido da Frente Liberal (PFL) e a segunda pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB).

## 5. Controle de constitucionalidade concentrado de medidas provisórias

Na ADI-MC 162, o min. Celso de Mello refere-se a um precedente que teria confirmado a possibilidade de controle jurisdicional das medidas provisórias: a ADI-MC 37, julgada em 12 de abril de 1989. No acórdão em questão não há questão preliminar acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade de MPs, o que não deixa de ser curioso, visto que é o primeiro acórdão que trata de impugnação a medida provisória<sup>37</sup>. No caso, o requerente alega uma inconstitucionalidade assim chamada “material”, ou seja, não se trata de vícios referentes ao instrumento medida provisória em si. Talvez a questão preliminar não tenha existido porque o controle de constitucionalidade de MPs se afigurou *natural* para os ministros, uma vez que a Constituição estabelece terem as medidas provisórias “força de lei”. A ADI-MC 162 é a primeira que afirma a possibilidade do controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência<sup>38</sup>, na verdade, é a primeira a tratar de um possível desrespeito legal ao art. 62, mas não há um juízo acerca do cabimento de controle concentrado de MPs.

O Supremo Tribunal Federal não parece ter levado em conta, como seria oportuno, o fato de que a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado tem efeitos *erga omnes* (nesse caso, a norma inconstitucional, em tese, sai do ordenamento jurídico), o que teoricamente impediria a apreciação de uma MP “inconstitucional” pelo Congresso Nacional, a quem as medidas provisórias devem ser apresentadas imediatamente, nos termos do art. 62. Uma questão que poderia ter causado perplexidade à época, mas não chegou a ser cogitada é: o que aconteceria no caso de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma medida provisória e o Congresso Nacional,

---

<sup>37</sup> Em rápida pesquisa no sítio do STF, utilizando o argumento “medid\$ adj provisóri\$” e limitando o espaço temporal da pesquisa aos anos de 1988 e 1989, foram encontrados seis acórdãos. O mais antigo, a ADI-MC 15, julgada em 15 de fevereiro de 1989, trata de uma lei de conversão, não propriamente de uma medida provisória. O segundo acórdão mais antigo encontrado foi justamente a ADI-MC 37.

<sup>38</sup> De fato, em uma pesquisa com o argumento “medid\$ adj provisóri\$ e (art\$ adj 62)”, limitada aos anos de 1988 e 1989, foi encontrado um único acórdão, que é essa ADI-MC 162.

ignorando esse pronunciamento de inconstitucionalidade, aprovasse o ato em questão, convertendo-o em lei? Essa é uma típica situação em que o Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, atuaria em conflito com os interesses dos outros poderes. Mas aqui não haveria somente com uma limitação da discricionariedade do chefe do Executivo, que é o conflito de interesses mais evidente quando se fala de controle de constitucionalidade de MPs, mas também com uma *interferência na atividade legislativa do Congresso Nacional*<sup>39</sup>. A MP cuja inconstitucionalidade parcial foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI-MC 37, MP 44/89, foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, aproximadamente quinze dias após ter sido apreciada no STF. O artigo considerado inconstitucional, art. 2º, não está presente na lei de conversão que, de resto, é praticamente idêntica à MP<sup>40</sup>. Não se sabe se este artigo foi excluído por vontade política do Congresso ou se não chegou nem mesmo a ser apreciado, devido à manifestação do Supremo Tribunal Federal. A ocorrência desta última hipótese nos indicaria que o STF efetivamente *obstaculizou a manifestação congressual acerca da medida provisória*.

Dentro do universo de pesquisa delimitado foram encontradas duas referências à situação aqui apontada. A primeira delas está na já citada ADI 293-7 e enfrenta diretamente a questão aqui colocada, delimitando a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do voto do Min. Sepúlveda Pertence. Referindo-se ao voto do relator, como se dele retirasse uma conseqüência lógica, diz:

Concedeu S.Exa. a medida cautelar para suspender – creio que este é o texto – a eficácia e a aplicabilidade do conteúdo normativo do artigo impugnado, artigo 1º e seu parágrafo da medida provisória 190, *sem prejuízo do exercício, pelo Congresso Nacional, da competência do parágrafo único do artigo 62 da Constituição*.

---

<sup>39</sup> Sobre este tema, v. cap. 8, sobre controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência.

<sup>40</sup> Além da ausência do art. 2º da MP na lei de conversão, lei 7764/89, há apenas outra diferença entre os dois atos: a MP 44 se refere a uma certa “Medida Provisória nº 40”, enquanto na lei de conversão, onde deveria se mencionar essa expressão, usa-se “Lei nº 7.747”. Uma pesquisa no portal de legislação do sítio do Senado Federal nos informa que essa lei 1747 é a lei de conversão daquela MP 40. Não há, portanto, nenhuma diferença substancial entre a MP 44 e sua lei de conversão, além da ausência do referido art. 2º.



Considero importante realçar esse ponto, porque a distinção feita por S.Exa., implícita nessa conclusão, serve para *delimitar a jurisdição da Corte no exame das ações diretas de inconstitucionalidade, e respectivos pedidos de liminar, quando voltados contra a validade de medidas provisórias* (p. 50, grifei).

Essa limitação estabelecida pelo ministro é possível porque ele enxerga as medidas provisórias tanto como atos normativos de eficácia imediata quanto como projetos de lei. A apreciação do Supremo se restringiria somente àquele primeiro âmbito - do contrário, haveria um controle preventivo de constitucionalidade, o que foge às competências do tribunal.

A outra referência encontrada está na ADI-MC 295, julgada pouco tempo depois da ADI 293, em 22 de junho de 1990. Nesta, é curiosamente o min. Marco Aurélio que defende o não cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para medidas provisórias, levantando questão preliminar para analisar a questão. Na ADI-MC 525, julgada em 12 de junho de 1991, ainda no contexto de definição das práticas institucionais legítimas acerca de medidas provisórias, o ministro repete seu entendimento. Por ser o voto proferido neste último julgamento mais claro e mais bem construído, este será analisado aqui, ressaltando que ambos expõem o mesmo raciocínio. Nas palavras do min. Marco Aurélio:

Sr. Presidente, já sustentei, no Plenário, o ponto de vista a respeito do não cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo menos a princípio, contra medida provisória. (...) Mas sou ponto de vista isolado quanto a esta tese, muito embora o artigo 62 revele aspectos conducentes, a meu ver, porque não estou convencido do contrário, à impertinência da admissibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Refiro-me ao *fato de a medida provisória resultar, sempre, de relevância da matéria e da urgência da disciplina*. Refiro-me à circunstância de o *caput* do artigo 62 aludir à *obrigatoriedade de a medida ser submetida 'de imediato' (a expressão é essa) ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para reunir-se no prazo de cinco dias*. Já o parágrafo único do artigo 62 disciplina matéria que, mais uma vez, a meu ver, confirma a impertinência da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. Está ligada à *obrigatoriedade que tem o Congresso Nacional de disciplinar as relações jurídicas*

*decorrentes da medida, no interregno entre a edição e a rejeição pelo decurso de prazo (pp. 63-64, grifei).*

É possível perceber que há três motivos na manifestação do ministro que fundamentam esse seu entendimento. O primeiro é o “fato de a medida provisória resultar, sempre, de relevância da matéria e da urgência da disciplina”. Subjacente a essa asserção está o reconhecimento da legítima apreciação dos requisitos de relevância e urgência pelo poder político que edita a MP. Como se verá, o min. Marco Aurélio, em inúmeros acórdãos posteriores, vai negar essa legitimidade, principalmente ao tratar da problemática da reedição da medida provisória. De fato, o não cabimento da apreciação do Judiciário em controle concentrado somente se sustentaria na medida em que se aceita a legitimidade política da decisão acerca daqueles requisitos constitucionais. O segundo motivo é a obrigatoriedade de a medida provisória ser submetida imediatamente ao Congresso Nacional. Aqui aparece explicitamente o ponto que venho sendo discutido neste tópico. Há muita lucidez na manifestação do min. Marco Aurélio ao reconhecer que não cabe interferência do Judiciário até que o Congresso forme seu juízo, pois é este juízo congressual que se requer na Constituição. O ministro perde, entretanto, o argumento como motivação do não cabimento de ADI para MP, ao entender que a não manifestação do Congresso Nacional configura um juízo negativo acerca da medida provisória. Neste caso, não caberia reedição do ato e, ocorrendo essa reedição, a manifestação do Judiciário para coibi-la seria mais que legítima. É o que o ministro entende em vários acórdãos posteriores<sup>41</sup>. O terceiro motivo constante no voto do min. Marco Aurélio é a obrigação que tem o Congresso Nacional de disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória. Não fica claro, neste trecho, porque essa obrigação seria um motivo para não se admitir o controle concentrado de constitucionalidade de MPs. Mas no primeiro voto do ministro acerca da matéria, na ADI-MC 295, há mais clareza no argumento, assim exposto: “na hipótese de decurso do prazo, deve [o Congresso] disciplinar as relações jurídicas decorrentes das

---

<sup>41</sup> Pode-se citar, como exemplo, as ADIs-MC 1516, 1597, 1667, 1753 e 1754.

medidas provisórias. Essa disciplina não é e não pode ser alcançável mediante uma ação direta de inconstitucionalidade” (p. 21).

O entendimento do min. Marco Aurélio é, entretanto, veemente recusado pelos outros julgadores da ADI-MC 295, por uma pluralidade de motivos. O min. Paulo Brossard alega que basta perceber que “seria uma anomalia que uma medida provisória fosse dotada de um privilégio que as leis não têm, que a própria lei complementar não possui” (p. 22). O min. Carlos Velloso diz que “somente num caso o Judiciário não examina ato do Executivo ou do Parlamento: se o ato é puramente político, desde, entretanto, que não seja violador de direito individual” (p. 23). O min. Sepúlveda Pertence afirma que “a eficácia normativa legal, ainda que provisória, mais imediata, da medida provisória, impõe que a Corte não se demita de sua função de controle abstrato” (p. 27). O min. Néri da Silveira entende que se a medida provisória

há de tramitar e ser considerada, no Congresso Nacional, também como se projeto de lei represente, suscetível de alterações o que nela se contém, tal não retira, à evidência, o caráter de lei da medida provisória, enquanto não se converte em lei formal ou é rejeitada pelo Congresso Nacional. E, assim, pode ser submetida ao exame do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (p. 43).

Verifica-se que apenas os votos do min. Silveira e do min. Pertence convergem, apresentando como fundamento o caráter de lei da medida provisória, que ensejaria, por imediata decorrência, o controle de constitucionalidade, o que denota a ausência de um posicionamento institucional do tribunal em relação à questão discutida. Isso é especialmente grave considerando-se que tal questão foi dada por resolvida em acórdãos anteriores, sem que houvesse discussão a respeito. De qualquer forma, fogem às manifestações aqui apresentadas as sutilezas das conseqüências do controle concentrado de constitucionalidade de medidas provisórias.

Estas são expostas pelo min. Moreira Alves, que afirma, em claro confronto com os votos do min. Pertence e do min. Silveira: “esta preliminar é mais grave do que parece à primeira vista. A questão, no caso, *não é a de*

*saber se se trata, ou não, de ato normativo, pois a esse respeito não há qualquer problema”* (p. 33, grifei). Continua o min. Moreira Alves:

*já decidimos que pode ela [medida provisória] ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e de liminar, sendo que, se esta for concedida, se suspende sua eficácia normativa, passando ela a ser tida, apenas, como projeto de lei. Reconheço, porém, que essa construção, para a qual contribuí, apresenta pontos fracos, um dos quais é o de que a concessão dessa liminar não se limita a suspender a eficácia da medida provisória como tal, mas a transforma, provisoriamente, em projeto de lei, o que impede o Congresso de convertê-la em lei dentro do prazo de trinta dias a partir de sua edição* (p. 34, grifei).

Afirma ainda o ministro que “é possível que o constituinte não tenha atentado para o problema da liminar, em se tratando de medida provisória” (p. 38). Essas questões não são, entretanto, debatidas pelo Plenário, que, à manifestação do min. Alves, começa a discutir sobre quais seriam os efeitos do próprio controle de constitucionalidade no Brasil. A conclusão final do min. Moreira Alves, depois de levantar aquelas questões, perde-se na adesão vazia aos precedentes da corte sobre o tema, vazia porque os próprios precedentes são vazios, decidindo a questão implicitamente. Afirma o ministro:

*apesar da gravidade dos problemas que a admissão de liminar em se tratando de medida provisória apresenta, o certo é que esta corte tem admitido, e, assim, me rendo à orientação dela, razão por que, Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator [o caso em questão foi relatado pelo min. Paulo Brossard]* (p. 38).

Note-se que o min. Moreira Alves já nem trata mais da possibilidade de ADI contra MP, que é a questão levantada pela preliminar, mas da possibilidade de concessão de liminar para suspender este ato normativo. A inconsistência do voto é patente: problemas na orientação do tribunal são conhecidos, mas, mesmo assim, tal orientação é seguida.

Pode-se concluir que a manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a pertinência do controle concentrado de medidas provisórias não se consubstancia em uma posição institucional do tribunal. Trata-se muito mais

de uma manifestação implícita<sup>42</sup> pela pertinência desse controle do que a conclusão de um fundamentado debate entre os ministros, que é o que se espera de um órgão colegiado. A posição inicial do min. Marco Aurélio, já não aceita à época das ADIs-MC 295 e 525, é contraditada pelas manifestações posteriores do próprio ministro. Note-se que não há menção por outro ministro, na ADI 525, aos pontos levantados pelo min. Marco Aurélio. Um tópico que permanece obscuro é a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal no que concerne à apreciação do Congresso da MP considerada inconstitucional, levantado, mas não discutido pelo min. Moreira Alves. Novamente, não há reflexão acerca desse tema, sendo única, dentro de nosso universo de pesquisa, a solução concreta dada pelo min. Sepúlveda Pertence na ADI-MC 293. Da mesma forma, parece haver um acordo implícito segundo o qual a decisão do STF não impede a apreciação congressional.

Sabe-se, entretanto, que somente a prática institucional pode dizer qual a eficácia que realmente vêm tendo as decisões de inconstitucionalidade de MPs em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Não caberia, nos limites deste trabalho, uma análise empírica acerca da possível influência das decisões do STF na apreciação das MPs no Congresso Nacional, tal como feito com a MP 44/89, objeto da ADI-MC 37. Neste caso, ocorreu um indício de que o Supremo exerceu um papel determinante na atividade do Congresso, sem que houvesse uma clara discussão no tribunal acerca deste papel. Os problemas daí decorrentes são claros: o Judiciário atua no diálogo constitucional, sobrestando o papel de outro ator (o Congresso Nacional),

---

<sup>42</sup> Na ADC-MC 9, julgada em 28 de junho de 2001, bem mais recente que os acórdãos aqui analisados, volta-se ao tema, provavelmente porque no caso tratava-se de uma ação declaratória de constitucionalidade e não de uma ação declaratória de inconstitucionalidade. O entendimento, entretanto, não difere substancialmente daquele que se imaginou que os ministros pressupuseram, na ADI 37, para o cabimento de ADI. O min. Néri da Silveira, relator dessa ADC-MC 9, afirma:

“Compreendo, também, que é cabível ação declaratória de constitucionalidade de Medida Provisória, não obstante o prazo de validade do diploma, a teor do parágrafo único do art. 62 da Constituição. Decerto, as medidas provisórias, que são editadas com força de lei, conforme o art. 62, *caput*, da Constituição, atendem ao pressuposto do art. 102, I, a, do Estatuto Maior, quando confere ao STF competência para processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade, prejudicado ficará o feito de controle concentrado de sua validade eventualmente em curso” (pp. 76-77).

Neste acórdão, somente a min. Ellen Gracie volta ao tema, apenas para acompanhar os fundamentos dados no voto do relator.

resolvendo, por meios jurídicos, uma questão de índole política (a apreciação congressual das MPs) e sem que haja o mínimo de discussão acerca dessa atuação. Ressalte-se que não se pretende negar a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de MPs. A posição que se toma aqui é no sentido de constatar os problemas de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal acerca das medidas provisórias decorrentes do déficit de discussão neste tribunal sobre seu papel no diálogo constitucional brasileiro, que se evidencia na apreciação de MPs no *começo da década de 90*.

## 6. Limites materiais das medidas provisórias

É na ADI-MC 162 que se encontram as alegações mais substanciais pertinentes ao tema. Novamente o voto do min. Celso de Mello nos traz relevantes apontamentos. Como se viu, nesta ADI alegava-se que a matéria regulada não era suscetível de apreciação por medida provisória<sup>43</sup>. Afirmando que a circunstância de não haver limitações materiais à edição de medidas provisórias na Constituição Federal (lembre-se que o julgamento é anterior à EC 32), não dá ao presidente da República o “poder de emanar regras materialmente legislativas”, o min. Celso de Mello estabelece três “princípios cujo valor imperativo restringe o âmbito material das medidas provisórias” (p. 19). Esses seriam princípios constitucionais aos quais a medida provisória teria que se adequar para não fugir à sistemática imposta pela Constituição. São o princípio da separação de poderes, o princípio federativo e a tutela constitucional das liberdades. O primeiro impede que o presidente da República invada “domínio tematicamente reservado à iniciativa dos demais Poderes do Estado” (p. 19). O segundo “veda ao Presidente da República a interferência normativa em assuntos sujeitos à competências exclusiva daquelas unidades federadas” (p.20). O terceiro “opõe-se à disciplina restritiva do *status libertatis*, passível, apenas, de ação legislativa do Congresso Nacional” (p. 20).

O primeiro e o segundo princípios são, de fato, imposições constitucionais que limitam o campo sobre o qual podem incidir as normas emanadas das autoridades. São, inclusive, cláusulas pétreas, protegidas pelo art. 60, § 4º, da CF. Dessa forma, não constituem limitações específicas à matéria passível de ser veiculada por MPs. Esses princípios, na verdade, limitam *toda a atividade legislativa do Estado* (inclusive a elaboração de emendas constitucionais que, a princípio, são o tipo de norma para o qual não se fala em vedação de matéria). Por isso, estabelecê-los como limites ao

---

<sup>43</sup> Tratava-se de medida provisória que instituiu prisão temporária do suspeito de autoria ou participação em determinados crimes, o que configuraria matérias de direito processual penal e direito penal, que são reservadas à lei federal ordinária (art. 5, inciso XXXIX, art. 22, inciso I).

“âmbito material das medidas provisórias” é tão óbvio e vago quanto dizer que as medidas provisórias devem se adequar à Constituição. Trata-se de uma atividade hermenêutica vazia, que não consegue fornecer um parâmetro para o específico problema, que é “quais os limites materiais *das medidas provisórias*?”. Já o terceiro assim chamado “princípio” aplica-se com mais exatidão ao problema. O min. Celso de Mello entende haver uma competência reservada ao Congresso Nacional quando se trata de restrições ao *status libertatis*. Segundo ele, a

proteção constitucional da liberdade tem, princípio da reserva absoluta de lei – *e de lei formal* – um de seus instrumentos jurídicos mais importantes. Ele afasta a possibilidade de ingerência normativa do Poder Executivo nesse delicado plano de tensão dialética, em que se processam as relações entre o Estado e o indivíduo (p. 21).

Neste trecho, a passagem da “reserva absoluta de lei” para reserva absoluta de “lei formal” não merece qualquer fundamentação.

A argumentação do ministro neste tópico funda-se em um trecho posterior, onde é feita uma citação do constitucionalista português Jorge Miranda, segundo o qual

a reserva de lei só coincide com a reserva de competência legislativa do Parlamento aí onde seja este o único órgão legislativo à luz de uma estrita separação de poderes (...). Mas, no domínio dos direitos, liberdades e garantias (como no do Direito penal e no dos impostos), essa coincidência é ineliminável num Estado que se pretenda de Direito. A lei que é garantia da liberdade assenta na representação política (p. 22).

E ainda:

a competência legislativa do Parlamento, num Estado de Direito democrático, funda-se, simultaneamente, na *idéia democrática* de que a lei, dirigida a todo o povo, deve ser votada pelos seus representantes eleitos; na *idéia liberal* do debate público e contraditório em que se espera pôr a razão a plena luz; e na *idéia pluralista* de que uma assembléia com diversidade de opiniões e interesses é mais apta para tomar as grandes deliberações do que qualquer outro órgão (p. 22, grifei).



Nessa citação percebe-se claramente as influências do liberalismo, principalmente nessas duas últimas “idéias”. O “debate público e contraditório” que dá luz à razão e a noção de que grandes deliberações são mais habilmente realizadas por assembléias onde há diversidade de opiniões e interesses são, na verdade, idéias muito parecidas na essência, determinando um processo legislativo com ênfase nas longas discussões e que pressupõe o amplo conhecimento dos parlamentares sobre as demandas sociais. Essa ideologia, fortemente arraigada no início do constitucionalismo, foi dando espaço para um arcabouço de idéias fundado na necessidade de se atender rapidamente demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e em que o Executivo tornou-se por excelência o lócus privilegiado de informações. Não se pode afirmar realmente que uma assembléia em que haja grande diversidade de opiniões tenha mais *aptidão* para tomar grandes deliberações do que outro órgão do Estado. Se assim fosse, a própria existência de atividade legislativa do Executivo não faria sentido, pois esta existe fundamentalmente porque consegue produzir normas mais celeremente que o Congresso Nacional e tendo em vista informações que este não possui<sup>44</sup>. Pode se colocar com mais propriedade a questão da maior *legitimidade* de uma tal assembléia, mas, pensando à luz do processo legislativo positivado em nossa Constituição, não se pode dizer que apenas uma assembléia (ou seja, o Congresso) tem legitimidade para propor as leis do Estado. Não se pode falar em legitimidade sem considerar que o modelo institucional político constitucionalmente estabelecido é permeado por um conjunto de delegações, sendo que “no que concerne à edição de MPs, o Executivo é o *agente constitucional* do Congresso”<sup>45</sup>. É possível afirmar, por isso, que as citações feitas pelo min. Celso de Mello não conseguem justificar o porquê de se estabelecer limites materiais para as medidas provisórias no que concerne à restrição do *status libertatis*. Note-se que se faz aqui um juízo acerca de serem necessários ou

---

<sup>44</sup> Octavio Amorim e Paulo Tafner, “Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45(2002), pp. 5-38, p. 20.

<sup>45</sup> Idem, p. 18.

não tais limites, mas apenas se analisa a qualidade argumentativa do posicionamento que defende essa necessidade.

Nesse mesmo acórdão, ADI-MC 162, o min. Sepúlveda Pertence, seguindo a linha estabelecida por Celso de Mello, de tentar encontrar os referidos limites, constrói um interessante raciocínio<sup>46</sup>. Segundo o ministro, há entre os “limites lógicos” à medida provisória, um fundamental, que é a reversibilidade dos efeitos produzidos pelas MPs<sup>47</sup>. Isso porque o mecanismo de controle mais eficaz da utilização desses instrumentos é “a eficácia *ex tunc* da rejeição”, porque “há de levar o governante a pensar nas graves conseqüências que possam advir da edição de uma medida cautelar, que amanhã seja rejeitada” (p. 29). É problemático dizer que a consideração, pelo presidente da República, dos efeitos decorrentes de uma medida provisória rejeitada serve como *uma forma de controle* à edição desse ato. Na verdade, é subjacente ao próprio uso das medidas provisórias a possibilidade de o presidente estabelecer um poder de agenda<sup>48</sup> por meio da imposição feita ao Congresso Nacional de considerar os efeitos decorrentes da rejeição de uma norma que já está em vigor. Ou seja, o Congresso trabalha com dois possíveis resultados quando da apreciação: ou mantém a medida provisória e seus efeitos regulares ou a rejeita, fazendo com que se crie uma situação que, considerado os efeitos já produzidos pela MP, não é idêntica ao *status quo ante*<sup>49</sup>. Assim, para usar plenamente a MP como um instrumento capaz de estabelecer uma agenda legislativa considerada relevante, o *presidente muitas*

---

<sup>46</sup> Tal raciocínio foi *delineado* pelo min. Celso de Mello, sem merecer maiores aprofundamentos, neste mesmo acórdão: “a privação, mesmo cautelar, da liberdade individual, a tipificação de novas entidades delituosas e a cominação de penas não podem constituir objeto de medidas provisórias, em face, até, da *irreversibilidade* das situações geradas por essa espécie normativa” (pp. 23-24).

<sup>47</sup> Não está claro quais seriam exatamente estes limites, apenas que entre eles inclui-se essa proibição de produzir efeitos irreversíveis.

<sup>48</sup> Aqui se entende que poder de agenda é a “capacidade de determinar não só que propostas serão consideradas pelo Congresso, mas também quando o serão” (Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 23). Segundo Marco Aurélio Sampaio, “[t]rata-se da própria mecânica do *presidencialismo de coalizão*, a partir das possibilidades ditadas pela Constituição” (*A medida provisória como ato de governo*, p. 115).

<sup>49</sup> Octavio Amorim e Paulo Tafner, “Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45(2002), pp. 5-38, p. 20.

vezes tem a intenção de editar MPs com efeitos irreversíveis. É preciso, assim, levar em conta o manejo das instituições feitas pelo presidente para que não se busque controlar o abuso na edição de medidas provisórias com mecanismos inócuos. Um mecanismo desse tipo é rejeição *ex tunc*, que determinaria, por sua vez, a existência de um “limite lógico” à matéria passível de ser vinculada por MP.

Não obstante essa consideração, há outra observação pertinente ao voto do min. Pertence, que foi feita em aparte do próprio relator do acórdão em questão, min. Moreira Alves. Tal observação, muito simples, consiste no seguinte: “[t]odos os fatos são irreversíveis. Não há fato reversível” (p. 29). O min. Pertence contra-argumenta dizendo que há uma “questão de valoração filosófica” ínsita a seu voto: enquanto danos patrimoniais podem ser resolvidos de maneira a não causar maiores transtornos, a prisão (e aqui o ministro está se referindo à matéria vinculada pela MP do caso), “por definição, é fato de efeitos irreversíveis pelo seu efeito corruptor, pelo seu efeito estigmatizante. Não há indenização capaz de reverter os efeitos biográficos de uma prisão” (p. 29). Mas o min. Pertence não se sustenta na argumentação, dizendo em seguida, no debate com o min. Moreira Alves:

dou-lhe a mão à palmatória, mas *não quero* ampliar à esfera da legislação o que é realmente a maior violência que a necessidade do processo penal pode gerar [a prisão]. Para lembrar Carnelutti, o grande paradoxo do processo penal: para saber se se deve punir, começa-se punindo. É uma necessidade. Mas *vamos ampliá-la* por medida legislativa provisória? (p. 31, grifei).

Nessa manifestação, pode se perceber que é alta a carga de subjetividade, com expressões que denotam o alto poder institucional daqueles ministros reunidos para o julgamento do caso, e toda a carga valorativa e de responsabilidade daí decorrentes. Não há, neste trecho, um argumento forte fora da subjetividade do ministro.

Finalmente, o último expediente usado pelo min. Pertence para fundamentar sua posição é uma analogia com as limitações materiais da lei delegada. A medida provisória seria mais grave para o “sistema de separação

de poderes” do que a lei delegada, porque naquela “a iniciativa, o impulso original, a decisão é do governo, ao passo que na delegação legislativa o ato normativo governamental sucede a prévia habilitação do Congresso que ele pode limitar, que ele pode restringir, ditando standards fundamentais” (p. 33). Assim, usando um argumento *a fortiori* o ministro conclui que as MPs devem ter, pelo menos, as mesmas limitações estabelecidas para a lei delegada<sup>50</sup> (art. 68, § 1º da CF). Aqui se coloca uma argumentação mais objetiva, fundada no sistema constitucional. Mas a aplicação de tal argumento para o caso em questão não é imediata. Dentre as vedações materiais à lei delegada encontra-se: os “atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar”, e a legislação sobre “organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros”; “nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais” e “planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos”. Como se vê, não se veda matéria de direito penal e processual penal. Poderia se pensar, entretanto, que a criação de uma nova modalidade de medida provisória atenta contra o direito individual à liberdade. Não há, entretanto, no voto do min. Pertence, uma construção que justifique a aplicação do art. 68 ao caso.

Talvez tenha sido para evitar essa específica falta de clareza que a nova redação do art. 62, em seu § 1º, inciso I, ao estabelecer as matérias vedadas à MP, incluiu “direito penal, processual penal e processual civil”. A redação deste dispositivo é semelhante à do art. 68, § 1º<sup>51</sup>, sendo um pouco mais

---

<sup>50</sup> Vale dizer que o mesmo raciocínio é usado pelo min. Paulo Brossard, na ADI-MC 295, de junho de 1990: “o que é reservado à lei complementar não pode ser regulado por medida provisória, pois se não é lícito haver delegação legislativa em matéria reservada à lei complementar, com dobradas razões não pode ser editada por medida provisória, Constituição, 68 e § 1º, *in fine*, e 69” (p. 8).

<sup>51</sup> É o seguinte o teor do art. 62, § 1º:

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

restritiva quanto a matérias de direito financeiro e estabelecendo duas vedações (II e IV) inexistentes no art. 68, mas não possuindo vedação quanto a matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, Câmara do Deputados e Senado Federal e nem quanto a legislação sobre direitos individuais. Não é possível dizer, assim, que algum dos dois artigos seja mais ou menos restritivo.

Finalmente, ainda na ADI-MC 162 há uma manifestação breve acerca dos limites materiais das MPs. Trata-se de uma passagem do voto do min. Aldir Passarinho, que, em claro diálogo com o voto do min. Pertence, afirma:

Não me parece, na verdade, que se deva estabelecer como limites da medida provisória aquelas mesmas restrições relativas às leis delegadas, porque estas últimas são adotadas em caráter definitivo, enquanto as medidas provisórias, como o próprio nome indica, têm um período muito limitado no tempo, até a sua manutenção ou não pelo Congresso, no prazo de 30 dias (p. 43).

É interessante notar uma certa ingenuidade quanto ao uso das MPs. Não se cogitava, aparentemente, as possibilidades de não apreciação pelo Congresso e de reedição. O curto período de vigência da MP parece fazer com que o ministro não se preocupe em estabelecer vedações materiais a esse instrumento. De resto, o min. Passarinho esteve entre os que não concederam a liminar no caso da ADI-MC 162, e estes foram maioria. No voto do relator, chega-se a mencionar uma certa relevância jurídica da tese do requerente, quando esta afirma ser inconstitucional a criação de delito por medida provisória<sup>52</sup>, “[n]ão pelos aspectos da urgência e da relevância da própria criação, mas por suas conseqüências em face até da precariedade da eficácia de Medidas dessa natureza, e do relevo que se dá, em matéria penal, ao princípio do *nullum crime sine lege*” (p. 12). Ocorre aí um delineamento do

---

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

<sup>52</sup> A MP, além de dispor sobre a prisão temporária, estabelece o seguinte tipo penal, a ser incluído como alínea i no art. 4º da lei 4893/65: “i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade”.

estabelecimento de limites materiais, mas o ministro prefere se ater ao julgamento cautelar e, não enxergando conveniência na concessão de liminar para o caso, pois o dispositivo questionado “se destina a coibir abuso de autoridade contra a liberdade, como medida geral de contenção a excessos, no interesse público, que, no caso, prevalece sobre eventuais interesses individuais relativos à acusação da prática desse abuso”, indefere o pedido de liminar. Como já acentuado, esse entendimento foi seguido pelo tribunal, restando os ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello vencidos.

O min. Pertence volta à questão dos “limites lógicos” das MPs na ADI-MC 1726. Nesta, há o questionamento da MP 1601/97, que cria o “Fundo de Garantia para Promoção da Competitividade”, MP já convertida, à época do julgamento, na lei 9531/97. O requerente alega ofensa ao art. 167, inciso IX, que proíbe a criação de fundos sem prévia autorização legislativa. O min. Maurício Corrêa, relator, nega a pertinência dessa argüição, pois entende que, tendo a MP força de lei, estaria atendido o requisito de autorização legislativa. Segundo ele, o argumento de que medida provisória seria imprópria para a criação de fundos “fica combalido com a sua conversão em lei, pois certa ou erradamente, o Congresso Nacional entendeu preenchidos os critérios de relevância e urgência” (p. 442). O min. Pertence se coloca contra esse entendimento, dizendo que

entre eles [limites lógicos] notei o consenso da melhor doutrina italiana, por exemplo, quanto aos atos de controle do Legislativo sobre a ação administrativa do Poder Executivo e especialmente sobre matéria orçamentária, até porque são, também entre nós, tema de delegação legislativa vedada (p. 446).

Mas ele curiosamente acompanha o relator, deixando, entretanto, expressas as “reservas para exame menos superficial do tema em julgamento definitivo” (p. 447). Tem-se, portanto, que mais uma vez não há explicação do ministro acerca do que sejam os tais limites lógicos e, neste caso, *esses limites não o levam nem mesmo a decidir pelo deferimento da liminar.*

Outra temática que tem suscitado discussões no STF acerca dos limites materiais das medidas provisórias é a tributação. O primeiro dos acórdãos que encontrados e que faz referência ao tema é a ADI-MC 1417, julgada em março de 1996. Nesta, julga-se impugnação à MP 1325/96, que dispõe sobre as condições dos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP). Há disponível apenas o voto do relator, min. Octavio Gallotti que, de maneira muito simples, afirma: “[t]endo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-lei do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu” (p. 114). O entendimento foi aparentemente unânime no Plenário.

O min. Marco Aurélio, ausente no julgamento dessa ADI-MC, traz, entretanto, uma problematização em julgamento posterior, ADI-MC 1441. Trata este caso de dispositivo da MP 1415/96 – MP inserta no contexto de reforma da Previdência – que determina a contribuição social obrigatória de servidores inativos dos três Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas, contribuição esta que será destinada ao Plano de Seguridade Social do servidor. O dispositivo tem, de acordo com a própria MP, vigência imediata, ao que o requerente se opõe, pois ofenderia garantia expressa no art. 195, § 6º, da CF, que determina o prazo nonagesimal, contado a partir da data de publicação da lei, para se exigir cobrança de contribuições sociais. A essa alegação, responde o relator do caso, novamente min. Octavio Gallotti:

A vigência antecipada de norma instituidora de contribuição é o pressuposto necessário do termo inicial do prazo de noventa dias, indispensável à sua exigibilidade, jamais podendo ser, por isso mesmo, com esta incompatível. Se efetuado antes do prazo, será de argüir-se a inconstitucionalidade da execução da cobrança precoce, jamais a do diploma que haja julgado dispensável tornar expressa a recomendação de dar-se cumprimento à Constituição, em seu art. 195, § 6º (p. 116).

É implícita à manifestação do relator a possibilidade de se reeditar a medida provisória para se cumprir o prazo de antecedência de 90 dias, pois, para que a contribuição possa ser cobrada é necessário, por óbvio, um diploma

legal *vigente* que estabeleça essa contribuição. Esse entendimento é negado pelo min. Marco Aurélio:

Não posso conciliar a disciplina alusiva à contribuição social com o veículo utilizado para a instituição, ou seja, a medida provisória que, como sabemos, e como está pedagogicamente lançado no art. 62 da Carta Política da república, pressupõe relevância e urgência e, portanto, a necessidade de se ter como indispensável a normatização imediata. Não é o caso, em se tratando de contribuição social, porque, a teor do § 6º do artigo 195, a exigibilidade só se faz decorridos 90 dias da data de publicação da lei. O art. 62 em comento, ao dispor sobre a eficácia da medida provisória, cuida de prazo bem menor, isto é, 30 dias (p. 118).

O min. Marco Aurélio nega, portanto, a possibilidade de se instituir contribuição social por medida provisória, entendimento que reitera no julgamento de mérito da ADI 1417<sup>53</sup>. Mas não é acompanhado nesse entendimento em nenhum desses casos. Há ainda um outro caso em que o requerente alega impossibilidade de se instituir tributos por meio de MP, ADI-MC 1667, julgada em setembro de 1997. Tal alegação é respondida simplesmente pela invocação do precedente da ADI 1417 (certamente o precedente do julgamento da cautelar, já que no mérito esta ADI somente foi julgada em agosto de 1999), em que o tribunal entendeu pelo cabimento de MP para tratar matéria tributária. Nesta ADI-MC 1667, fica vencido, novamente, o min. Marco Aurélio, que defere a liminar basicamente por entender não se coadunarem com o texto constitucional as reedições de medidas provisórias (no caso, a medida impugnada estava na sua décima primeira reedição).

É ainda o min. Marco Aurélio que estabelece outro limite material às medidas provisórias, na ADI-MC 1687, que questiona art. 6º da MP 1539-36/97, o qual autoriza trabalho aos domingos no comércio varejista geral, mas resguarda um domingo de descanso a cada quatro semanas. Neste acórdão,

---

<sup>53</sup> Neste caso, já se julgava a constitucionalidade de uma lei de conversão, sendo que o min. Marco Aurélio entende se estenderem às leis de conversão os vícios presentes nas MPs. Ele reafirma esse posicionamento na ADI-MC 3289, em que mais uma vez se tratava de uma lei de conversão, e novamente seu posicionamento não é acolhido pelo tribunal.



relatado em novembro de 1997, o ministro afirma: “[n]ão consigo conceber que matéria trabalhista seja disciplinada, principalmente essa questão, via medida provisória, a sugerir, em si, o preenchimento dos quesitos relativos à relevância e urgência na disciplina” (p. 490). Como se pode ver, não fica claro o fundamento desta limitação estabelecida pelo min. Marco Aurélio. Também neste caso o posicionamento do ministro não é acolhido pelo tribunal. O pedido de liminar é indeferido, vencidos o próprio min. Marco Aurélio, e os ministros Celso de Mello, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence. Dentre estes, apenas o min. Celso de Mello tem como fundamento de seu voto a questão do abuso da edição de medidas provisórias, não chegando, entretanto, a mencionar claramente a existência de possível vedação material que a MP do caso tivesse descumprido. Os outros ministros tratam de questões materiais alegadas pelo requerente.

Os dois acórdãos mais recentes dentro do universo de pesquisa estabelecido, que tratam das limitações materiais das MPs, são a ADI-MC 2227 e a ADI 3289, a primeira julgada em setembro de 2000 e a segunda em maio de 2005. Na primeira, alega-se que a MP impugnada tratou de matéria penal, que seria vedada a MP (mas não se traz o fundamento de tal vedação). Na segunda, alega-se que as normas veiculadas pela MP que se questiona teriam implicações de direito processual civil e processual penal. Nesta ADI 3289, com mais razão argumenta o requerente, pois já estava em vigor o novo texto do art. 62, onde, como se sabe, veda-se às medidas provisórias o tratamento de matérias de direito processual civil e processual penal. Em ambas, o afastamento de tais alegações dos requerentes é baseado no fato de que as matérias veiculadas pela MP em questão tratam exclusivamente de direito administrativo, não de direito penal, processual penal ou processual civil. Não se adentrará aqui na especificidade da argumentação, verificando se realmente não havia nas MPs em questão tratamento de matérias vedadas. O interessante é perceber que o tribunal não aproveitou a oportunidade para voltar à questão dos limites materiais, tentando fixá-los, no caso da ADI-MC 2227, ou discutir a interpretação e aplicação do § 1º do art. 62, no caso da ADI 3289.

Como conclusão a este tópico, há a percepção de que a questão dos limites materiais das medidas provisórias não vêm influenciando as decisões finais do STF, mesmo porque não houve ministro que conseguisse fazer uma construção teórica coerente a respeito que pudesse ser aplicada como um precedente geral para o problema. Além disso, a questão foi tratada com superficialidade pela maioria dos ministros (excetuando-se Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio). A partir de nossa pesquisa, é possível, portanto, estabelecer o indício de que a posição institucional do Supremo Tribunal Federal quanto a este tema é omissiva – esperou-se que o legislador, por meio de emenda constitucional restringisse as matérias passíveis de serem tratadas por medidas provisórias.

## 7. Poder de disponibilidade do presidente sobre as MPs

A ADI-MC 221, aqui já citada, quando da análise sobre a natureza jurídica das MPs, trata dos efeitos e da possibilidade de revogação de medida provisória pelo presidente da República. A ADI foi proposta contra as MPs 153 e 156, ambas de 1990. A primeira dessas medidas definia os crimes de abuso do poder econômico e dava outras providências, e a segunda definia crimes contra a Fazenda Nacional, estabelecendo penalidades aplicáveis a contribuintes, servidores fazendários e terceiros que os pratiquem. A ação restringia-se aos dispositivos que definiam crimes e cominavam penas, contestando que eles tivessem eficácia imediata, pois isso contrariaria a garantia de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX, da CF)<sup>54</sup>. As medidas questionadas foram, no entanto, revogadas por MP posterior, MP 175/90. Isso fez com que o próprio autor da ação, o Procurador-geral da República, em requerimento enviado ao STF, reconhecesse a perda do objeto da ação e sua conseqüente prejudicialidade. Apesar disso, o tribunal não julgou prejudicada a ação, mas tão-somente o pedido de liminar, pois entendeu que o presidente não tem poder de disponibilidade sobre medida provisória.

O pressuposto de um dos raciocínios presentes no voto do relator deste caso, min. Moreira Alves, é de que em nosso sistema jurídico não se admite “declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores” (p. 51). A razão pela qual o ministro se refere a “declaração de *inconstitucionalidade*” é o fato de o texto da MP 175 ter declarado “*nulas e de nenhuma eficácia*” as MPs 153 e 156, e, de acordo com o ministro, a *nulidade* de lei ou ato normativo com força de lei só poderia ser declarada por vício de inconstitucionalidade. Como “o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é

---

<sup>54</sup> Há aqui um questionamento à adequação da matéria tratada pelas MPs. Essa ADI-MC não foi, entretanto, analisada no tópico anterior, o que se justifica pela circunstância de as manifestações dos ministros não se focarem no problema dos limites materiais, mesmo porque não se julga no caso a constitucionalidade das MPs que são objeto da ação, pois estas foram, como se verá, revogadas.

atribuição exclusiva do Poder Judiciário”, a MP 175 seria inconstitucional. Por aí já se vê que não há razão para julgar prejudicada a ação, pois, sendo o ato revogatório inconstitucional, as MPs questionadas pelo requerente estariam ainda em vigor.

Neste entendimento percebe-se que o ministro não reconhece controles não jurisdicionais de constitucionalidade. Esse ponto de vista pode ser colocado em questão se se pensa na própria apreciação de MPs pelo Congresso Nacional. O juízo de rejeição de uma MP feito pelos parlamentares, devido à ausência dos requisitos de relevância e urgência não seria também uma forma de controle de constitucionalidade? A antiga redação do art. 62 determinava que as “medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”. Ora, se o decurso de prazo determinava a perda de eficácia *ex tunc*, com mais razão a rejeição poderia acarretar essa perda, o que tornaria a MP rejeitada nula, configurando-se, assim, um verdadeiro controle de constitucionalidade congressual. Levando o argumento do min. Moreira Alves ao extremo, este controle seria ilegítimo, como, de resto, qualquer atividade legislativa do Estado que revogue *ab initio* atos normativos anteriores. Isso nos parece absurdo, pois seria necessária uma manifestação do Judiciário sempre que os órgãos legislativos quisessem expurgar do ordenamento determinada norma, seja por juízo jurídico ou exclusivamente político. Dessa forma, a atividade de um poder, para se efetivar legitimamente, teria que se submeter, como condição *sine qua non*, à manifestação de outro poder, esquecendo-se, assim, que a legitimidade fundante da atividade dos órgãos legislativos, em uma democracia como a brasileira, é dada pelo voto popular.

Mas o min. Moreira Alves não permanece apenas nesse argumento, mesmo porque, aplicando uma “interpretação conforme a Constituição”, entende ser a MP 175 *ab-rogatória* das MPs 153 e 156, e não revogatória, o que determinaria sua inconstitucionalidade. Essa interpretação se legitima, segundo ministro, porque

entre as normas 'declaradas nulas e de nenhuma eficácia' da Medida Provisória nº 153, há dispositivos como o do artigo 10 de mera atribuição de competência a órgão do executivo para proceder a desapropriação (...), sem que se possa vislumbrar qualquer espécie de inconstitucionalidade, capaz de gerar a necessidade de sua 'declaração' por Medida Provisória posterior (p. 53)<sup>55</sup>.

Haveria outro motivo a impedir a edição de MPs revogatórias (ou abrogatórias): com essa prática, o Presidente "poderia impedir, quando percebesse que ela [medida provisória] poderia ser rejeitada, que o Congresso o fizesse, extinguindo a possibilidade de edição de medida provisória do mesmo teor" (p. 47). Aqui o ministro, ao nosso ver, dá a melhor sustentação para a sua decisão. Ele percebeu um hábil mecanismo que poderia ser utilizado pelo Presidente da República, abrindo espaço para fazer viger, por tempo prolongado, medidas que provavelmente seriam rejeitadas pelo Congresso. Pela ADI-MC 221, o Supremo mandou um "recado" à presidência: que não se edite medidas provisórias revogatórias, pois, uma vez acionado o STF, este declarará a inconstitucionalidade de uma tal medida. Há aqui um caso em que o STF soube efetivamente dialogar com outro poder, ainda que não possamos dizer que foram impostos verdadeiros limites ao poder presidencial de revogar medidas provisórias, pois o Presidente não se vincula pela decisão do tribunal e poderia, mesmo após essa decisão, editar uma MP revogatória, a qual valeria até que o STF declarasse sua inconstitucionalidade<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Esse argumento do min. Moreira Alves que se vale da "interpretação conforme a Constituição" afigura-se totalmente obscuro. Considerando que a revogação é aquilo que se faz quando há vício de inconstitucionalidade, não se entende porque o ministro nega o caráter revogatório da MP 175 baseando-se em um juízo de constitucionalidade *feito por ele mesmo*. Esse caráter, de acordo com que se depreende da argumentação do ministro, adviria do juízo de constitucionalidade *feito pelo Presidente da República*, que, concluindo pela inconstitucionalidade, teria editado a MP revogadora. Assim, não seria correto dizer que não há revogação porque não há inconstitucionalidade, pois a existência de revogação não decorre propriamente de um vício de constitucionalidade da norma revogada (que pode ser aferido por um terceiro qualquer), mas de um juízo de constitucionalidade daquele que revoga.

<sup>56</sup> O diálogo constitucional nunca é de fato interrompido se um dos poderes está descontente. Assim afirma Louis Fisher: "Determinações judiciais permanecem inalteradas apenas enquanto o Congresso, o Presidente, e o público em geral, considerem as decisões convincentes, razoáveis e aceitáveis. Se isso não acontece, o debate continua ("Judiciary rulings rest undisturbed only to the extent that Congress, the President, and the general public find the decisions convincing, reasonable and acceptable. Otherwise, the debate goes on", tradução livre, *Constitutional Dialogues: Interpretation as a political process*, p. 8).

De resto, o voto do min. Moreira Alves conclui que a MP 175 ab-roga as MPs 153 e 156 sob condição resolutiva: a sua apreciação pelo Congresso Nacional.

Enquanto a Medida Provisória ab-rogante estiver em vigor por estar sendo apreciada pelo Congresso, este, obviamente, não pode continuar o processo destinado à conversão, ou não, da Medida Provisória ab-rogada, pois esta deixa de existir enquanto a Medida Provisória ab-rogante estiver em vigor por não ter escoado o prazo dos trinta dias ou por não ter sido expressamente rejeitada, mas voltará a existir como Medida Provisória se a que ab-rogou não se converter em lei (p. 54).

Dessa forma, o ministro buscou garantir a apreciação de toda e qualquer medida provisória pelo Congresso Nacional, ainda que seja uma medida provisória cuja desvalia já tenha sido reconhecida pelo próprio presidente da República.

Essa necessidade de controle congressional é também um dos fundamentos do voto do min. Celso de Mello no caso. Segundo o ministro, a

retirada, pelo Presidente da República, de medida provisória ainda não apreciada pelo Congresso Nacional teria o sentido de um gesto desvestido de eficácia jurídica e o significado de um comportamento revestido de grave consequência político-institucional, posto que configuraria obstáculo ilegítimo ao exercício de uma prerrogativa constitucional deferida ao Poder Legislativo: o exame, pleno e integral da medida provisória editada (p. 65).

Por isso, o "Presidente da República, após a publicação da medida provisória, não tem mais poder de disposição sobre ela" (p. 65). Pode-se perceber, por esse argumento que, somado ao voto do relator, foi acolhido pelo Plenário, que o Supremo ignora que o fato de o Presidente retirar uma medida provisória pode, em si, ser uma forma de controle sobre a edição desses atos. A retirada de uma MP pode levar em conta circunstâncias políticas impostas pelo próprio Congresso Nacional. E, no caso, há evidências fortes de que foi isso o que realmente aconteceu.

As MPs 153 e 156 fizeram parte de um pacote de medidas provisórias, publicadas pelo Presidente Collor em 15 de março de 1990, que instaurava a Plano Collor. Segundo Limongi e Figueiredo, essas

medidas provisórias não passaram incólumes pelo Congresso Nacional. Como o PMDB obteve para si a relatoria de todas as medidas o governo de viu forçado a negociar, recuando de seu propósito inicial de não aceitar qualquer modificação no plano. O governo fez concessões ao PMDB expressas na aprovação de algumas emendas<sup>57</sup>.

É possível inferir, sem muitos problemas, que o Presidente considerou o custo político de manter, em um cenário já conflituoso com o Congresso Nacional, duas MPs cuja rejeição seria mais patente, pois que haviam sido questionadas pelo próprio Procurador-Geral da República em ADI.

Tem-se aqui um caso em que o STF estabeleceu um parâmetro para a atividade presidencial de edição de MPs, ainda que esse parâmetro baseie-se em uma suposta fragilidade do Congresso frente aos desmandos de um governo autoritário, fragilidade que não existia na prática. Por fim, resta dizer que a ADI 221 acabou ficando prejudicada, pois a MP 175 foi convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Já em agravo regimental na ADI 365 ocorre novamente a tentativa de estabelecimento de um limite ao poder presidencial de edição de MP. A ação tinha como objeto a Instrução Normativa 102/90, que remetia ao art. 5º da MP 195/90, a qual não foi apreciada dentro do tempo hábil pelo Congresso Nacional. Em juízo cautelar, o min. Celso de Mello, relator, negou trânsito, liminarmente, ao pedido, pois, não apreciada a MP pelo Congresso, haveria desconstituição dos atos praticados durante a sua vigência. O essencial deste caso para a nossa análise é o fato de o ministro não ter reconhecido a convalidação do art. 5º da MP 195, convalidação feita pelas MPs 200 (que tinha cláusula expressa de convalidação e foi editada antes do decurso de prazo da MP 195) 212 e 237/90. Segundo o ministro, a

---

<sup>57</sup> Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, p. 159.

convalidação, por deliberação executiva, de atos praticados com fundamento em medidas provisórias não convertidas, afronta o preceito consubstanciado no art. 62, parágrafo único, da Constituição, que prevê a sua desconstituição, integral de radical, com eficácia *ex tunc*. A preservação, no tempo, dos efeitos de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional revela-se em manifesta colidência não só com o que expressa e literalmente dispõe o texto constitucional, mas, também, com a própria *mens contitutionis*, que quis suprimir sua possibilidade de subsistência no mundo jurídico (pp. 25-26).

Negando a possibilidade de convalidação de partes de uma MP por MPs posteriores, estaria o ministro negando a própria *possibilidade de reedição de MPs*.

É esse o entendimento também do min. Marco Aurélio exposto em acórdãos posteriores a esse agravo de regimento, julgado em novembro de 1990. Na ADI-MC 1516, de março de 1997, o ministro defere o pedido liminar da autora, baseando-se em dois motivos: a ausência de relevância e urgência e a impossibilidade de reedição de MPs. Segundo ele,

outrora tivemos o decreto-lei, e aí a passagem do tempo – trinta dias – assinado pela Carta Pretérita, sem exame pelo Congresso Nacional, implicava a transformação automática do decreto-lei em lei. Com a Carta de 1988, houve uma mudança substancial no tratamento da matéria, e aí veio à balha o artigo 62, dispondo que, passados os trinta dias relativos à vigência da medida provisória, considera-se esta caduca, sem a potencialidade concernente aos respectivos efeitos. Portanto, deu-se à medida provisória contornos de algo efêmero, precário, para vigor por período determinado (p. 62).

Por isso, o ministro conclui:

não vejo como, de um lado, se ter um prazo para vigência da medida, que é peremptório – de trinta dias – e de outro reconhecer-se que, no 29<sup>a</sup> dia, possa-se reeditar medida provisória, inserindo-se cláusula que convesce, inclusive, medida decaída em face da passagem do tempo (p. 62).

Posicionamento idêntico mantém o min. Marco Aurélio na ADI-MC 1667, de setembro de 1997, em que acolhe o pedido de liminar da autora,

considerando, em primeiro lugar, que não se coaduna com o texto do parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, a



reedição de medida provisória, que é um instrumento com força de lei de caráter precário, efêmero, formalizado para vigor por um prazo que penso peremptório, de caducidade: o interregno de 30 dias (p. 321).

E ainda:

implica esvaziar o parágrafo único do artigo 62 admitir que, mesmo diante da regra nele inserta, no vigésimo nono dia de vigência da medida provisória posa o Presidente da República reeditá-la e assim, em um verdadeiro passe de mágica, driblar o prazo fixado nesse dispositivo, tornando a regência indeterminada sob a ótica temporal (p. 321).

Interessante notar que, em ambos os casos, as requerentes não entravam no mérito das sucessivas reedições da MP impugnada, alegando, em síntese, inadequação do tratamento da matéria por MP e ausência de relevância e urgência<sup>58</sup>. Tanto na ADI-MC 1516 quanto na ADI-MC 1667, o min. Marco Aurélio foi voto vencido<sup>59</sup>, sendo que nenhum outro ministro, à exceção do min. Sepúlveda Pertence, tratou da questão das reedições.

É relevante notar o posicionamento do min. Pertence, pois ele muda seu entendimento. Na ADI-MC 1516, afirma ser

evidente que as reedições sucessivas, ao fim do prazo, das medidas provisórias, não ofendem o princípio da independência do Poder Legislativo na medida em que o seu contraforte está numa das primeiras decisões tomadas pelo Tribunal, na construção da jurisprudência brasileira da medida provisória, quando se reputou, de modo absoluto, a reedição, se rejeitada explicitamente pelo Congresso Nacional (ADIn 293, Celso, 6.6.90, RTJ 146/707, Lex 178/54). O juízo de rejeitar expressamente a medida provisória ou deixar que, com o silêncio a respeito, fique aberta a porta à reedição, este sim, é um típico juízo político do Congresso Nacional (pp. 70-71).

---

<sup>58</sup> E em ambos os casos também foi ausente o min. Celso de Mello, o que justifica não termos encontrado um posicionamento seu quanto a essas ADIs.

<sup>59</sup> Na ADI-MC 1597, julgada em 19 de novembro de 1997, o min. Marco Aurélio, firme no entendimento de não serem legítimas as reedições de MPs, fundamenta o seu voto pela concessão da liminar na circunstância de estar a MP impugnada na sua quadragésima oitava reedição. A discussão que se dá no Plenário, entretanto, concentra-se somente na legitimidade da matéria veiculada pela MP, que não é apreciada pelo min. Marco Aurélio. Ainda, na ADI-MC 1753, de abril de 1998, mais adiante analisada em detalhes (v. cap. 8), o fundamento único do ministro para prover a liminar e suspender a eficácia do dispositivo questionado são as reiteradas reedições da MP então impugnada.

Mas já na ADI-MC 1675, julgada também em setembro de 1997, pouco tempo antes da ADI-MC 1667, o ministro entende que “as reedições ilimitadas e sistemáticas das medidas provisórias não convertidas em lei, à véspera do termo de seu prazo final de vigência temporária, de modo a obviar a iminência da sanção constitucional da perda *ex tunc* da sua eficácia normativa” configuram uma questão relevante da “temática do abuso das medidas provisórias, cada vez mais intrigante” (p. 370). Ainda nesta ADI, o min. Pertence anuncia que está revisando suas convicções no sentido de legitimidade das reedições de medida provisórias, pois a “tolerância a este respeito tem gerado distorções institucionais de tal monta que talvez seja tempo de repensar a jurisprudência” (p. 371). Mas o caso em questão, “até porque se trata de uma modesta primeira reedição”, não lhe parece oportuno para aprofundar a questão, que não se afigura “necessária a firmar a densidade da arguição e induzir à concessão da medida cautelar” (p. 371)<sup>60</sup>. No mesmo sentido é a manifestação do ministro na ADI-MC 1667, em que diz estar aberto à revisão da “tolerância, sem temperamentos, com as reedições sucessivas das medidas provisórias não convertidas, à véspera do termo final do prazo de sua eficácia provisória”, mas não considera que “um julgamento de pedido cautelar numa ação direta sem maiores conseqüências sociais seja o momento de eventualmente iniciar-se o repensar do problema contra a jurisprudência que vem orientando a Corte” (p. 323). Neste caso, o min. Pertence indefere o pedido de liminar<sup>61</sup>.

A data desses três últimos acórdãos revela que a preocupação com a ilegitimidade das reedições surgiu de maneira patente, levando inclusive à *iminência* da mudança de posicionamento de um ministro, algum tempo depois

---

<sup>60</sup> Neste caso, a liminar é deferida porque se reconhece a inconstitucionalidade da matéria vinculada pela MP, à exceção do min. Marco Aurélio, que defere a liminar por não reconhecer no caso os pressupostos de relevância e urgência. Também neste acórdão não há manifestação do min. Celso de Mello, apesar de ele ter estado presente.

<sup>61</sup> Na ADI 1647, de dezembro de 1998, novamente se depara com a persistente posição do ministro Marco Aurélio pela impossibilidade de reedição e as “reservas” feitas pelo min. Pertence para apreciar o tema em outra ocasião. No caso, assim se manifestou este ministro: “quero declarar que cada vez mais me impressiona a refutação brandida com admirável pertinência pelo eminente Ministro Marco Aurélio à admissão das reiterações sucessivas das medidas provisórias, ainda que dentro do prazo da vigência provisória da anterior” (p. 124).

de prática reiterada de edição de medidas provisórias<sup>62</sup>. Essa circunstância pode ser reputada ao fato de que foi somente a partir do ano de 1994 que as reedições de MPs começaram a superar em muito a edição de MPs originais<sup>63</sup>. Deste ano até 2000, enquanto o crescimento da edição de medidas provisórias não se manteve constante, havendo diminuição nas passagens de 1994 para 1995, 1996 para 1997 e 1999 para 2000, o crescimento das reedições foi estrondoso, dando-se em uma média de 197,57% ao ano. Em 1997, foram 683 reedições e 33 MPs originais<sup>64</sup>. É possível perceber, assim, que os pronunciamentos dos ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence foram instigados pelos fatos, principalmente considerando que não há, em nenhuma das três ADIs analisadas (ADI-MC 1516, ADI-MC 1667 e ADI-MC 1675), questionamentos do requerente acerca da impossibilidade de reedição de MPs. Não há, entretanto, um posicionamento institucional do STF que reconheça a ilegitimidade das sucessivas reedições. Em nosso universo de pesquisa, encontra-se, na verdade, um reiterado posicionamento contrário a este.

O acórdão mais antigo encontrado a tratar da possibilidade de reedição é a ADI-MC 295, julgada em 22 de junho de 1990. No caso em questão, impugna-se a MP 186/90, que é a terceira reedição da MP 172/90. O voto do relator, min. Paulo Brossard, é peremptoriamente contra as reedições. O ministro começa diferenciando entre a regulamentação constitucional do decreto-lei e da medida provisória. Segundo ele, ao contrário do que ocorria com o decreto-lei, que era aprovado após o decurso de prazo para apreciação pelo Congresso, o término do prazo de apreciação da medida provisória sem que ela tenha sido votada no Congresso Nacional determina sua rejeição tácita. Os efeitos de tal rejeição seriam os mesmos de uma rejeição expressa,

---

<sup>62</sup> Como se viu no tópico sobre controle de constitucionalidade de medidas provisórias e como se confirmará adiante, no começo da década de 90, este não era um tema que preocupava o min. Marco Aurélio.

<sup>63</sup> Fonte: Octavio Amorim e Paulo Tafner, "Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias", *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45(2002), pp. 5-38. Em 1993 houve 47 MPs originais e 49 reedições. Em 1994, este número foi de 91 originais para 314 reedições.

<sup>64</sup> Segundo Tafner e Amorim, "A reedição parece ser a forma predominante adotada pelo Executivo na consecução de sua agenda legislativa, principalmente no governo de Cardoso" ("Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias", *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45(2002), pp. 5-38, p. 11).

em ambos os casos a MP perderia a eficácia. Disso resulta “que a medida provisória não convertida em lei, seja por desaprovação formal, seja por não apreciação no prazo de 30 dias, não pode ser reeditada” (p. 9), pois a Constituição veda, “em linha de princípio, a representação, na mesma sessão legislativa, de projetos de lei rejeitados” (p. 11). E

“o que se não permite em relação a projeto de lei, *a fortiori*, não há de tolerar-se quanto a medida provisória, que não deixa de ser um projeto de lei que só se converterá em lei se efetivamente aprovada em 30 dias; caso contrário, como um balão furado, será recolhida ao arquivo” (p. 12).

Considera-se que voto do min. Brossard é falho em termos argumentativos, pois tem um pressuposto que não se prova, qual seja, a existência de uma rejeição *tácita* efetuada pelo Congresso Nacional.

Tal posicionamento foi, entretanto, rejeitado por todos os outros julgadores do caso, que negaram esse pressuposto de existência de uma rejeição tácita, considerando a que a inação do Congresso muitas vezes resulta de um “jogo parlamentar, até da legítima obstrução da minoria” (min. Sepúlveda Pertence, p. 51). Além disso, levantou-se o argumento de que a

“urgência, a necessidade, o tal estado de carência legislativa a que se refere o art. 81, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha, pode subsistir e o presidente não pode ficar sem o instrumento que a Constituição lhe deu para levar o Parlamento a deliberar sobre tema que ele considera relevante e urgente” (min. Célio Borja, p. 55).

Por fim, não se viu na reedição “oposição entre a vontade do Congresso Nacional e a do Executivo, nem a possibilidade de vir este último a perpetuar a sua deliberação, à revelia de posição firmada pelo Poder Legislativo” (min. Octavio Gallotti, p. 57). O posicionamento externado pelo tribunal na ADI-MC 295 foi seguido em todos os julgamentos posteriores, por nós pesquisados, em que o requerente alegava ilegitimidade da MP por não serem possíveis as reedições. Assim na ADI-MC 1397, julgada em abril de 1997, por sua vez usada como precedente da ADI 1647, julgada em dezembro de 1998.

Merece especial relevo o voto do min. Marco Aurélio nesta ADI-MC 295. Contrariando todas as expectativas, criadas pela leitura de seus votos posteriores, verifica-se que a decisão do ministro neste caso foi pela possibilidade de reedição. Em suas palavras:

Vislumbro, no prazo fixado no parágrafo único do artigo 62, um meio para se alcançar o pronunciamento do próprio Legislativo quanto à medida provisória. Creio que se encaminhou para a estipulação desse prazo de forma diversa do que ocorria em relação ao decreto-lei, quando tínhamos a aprovação pelo decurso de prazo, muito mais para chegar-se, com essa fixação, a um pronunciamento que deveria ocorrer e que precisa ocorrer.

*Não há no art. 62 qualquer preceito, qualquer expressão que obstaculize a reedição de medidas provisórias (p. 44, grifei).*

Quanto ao artigo 67, que veda a apresentação de projeto de lei rejeitado na mesma sessão legislativa e que foi usado analogicamente pelo relator, o ministro Marco Aurélio entende que, se fosse o caso, a vedação poderia ter sido estendida pelo Constituinte à edição de medida provisória. Mas, como não o foi, não se pode alargar o art. 67 para contemplar também as edições de medidas provisórias (p. 45). A que se deve a tal radical mudança de posicionamento do ministro? A hipótese levantada anteriormente, que enxerga no número crescente de reedições de MPs levado a cabo pelo Executivo o fato motivador das manifestações contrárias à reedição, pode servir para explicar tal mudança. Mas é de se notar que o min. Marco Aurélio *conformou este texto à realidade institucional* que ia se afigurando. Se em 1990 – quando das 170 MPs editadas, somente 83 eram reedições – não havia qualquer expressão que obstaculizasse a reedição de MPs, em 1997 – quando de 716 MPs postas em vigor, 683 são reedições – *“não se coaduna com o texto do parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal a reedição de medida provisória, que é um instrumento com força de lei de caráter precário, efêmero, formalizado para vigor por um prazo que penso peremptório, de caducidade: o interregno de trinta dias”* (ADI-MC 1667, p. 321, grifos nossos)<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> É curioso notar que, na ADI-MC 2984, adiante analisada, o min. Nelson Jobim cita a ADI-MC 295, cujo relator para acórdão foi o min. Marco Aurélio e, ao final da citação, indaga: “[o] que aconteceu, Ministro Marco Aurélio?”, em uma clara alusão à mudança de posicionamento deste. Não há, no entanto, resposta a essa indagação.

Por fim, o último acórdão encontrado a tratar do poder de disponibilidade do presidente sobre as MPs é a ADI-MC 2984, julgada em setembro de 2003 – posterior à EC 32, portanto. No caso, tratava-se da MP 128/03, que revogou a MP 124/03, pois esta estava trancando a pauta do Congresso Nacional e era de interesse do governo liberar essa pauta para que pudesse ser votada a reforma tributária. Os requerentes, dois partidos políticos de oposição, PFL e PSDB, afirmavam que tal revogação não seria permitida, pois significaria permitir que ato normativo infraconstitucional afastasse a disposição constitucional de que MP não deliberada pelo Congresso em 45 dias deve travar a pauta de votações da Casa na qual estiver em apreciação.

A min. Ellen Gracie, relatora, invoca como precedente a ADI-MC 221, que teria determinado a licitude de MPs ab-rogantes, com a ressalva de que a ab-rogação se daria por condição

resolutiva de a medida provisória que a decretou ser convertida em lei pelo Congresso, pois, se não o for, a Medida Provisória ab-rogante, por força do disposto no parágrafo único do artigo 62 da Constituição perde sua eficácia desde sua edição” (voto do min. Moreira Alves na ADI-MC 221, citado na p. 74).

Não se cogita no voto da ministra da diferenciação entre MP ab-rogatória e revocatória, que foi estabelecida pelo min. Moreira Alves no precedente. Não se efetivou, portanto, o “recado” dado pelo STF, à época do julgamento da ADI-MC 221, ao Executivo: o de que uma medida provisória revocatória seria considerada inconstitucional<sup>66</sup>. Realmente não parece ter sido dessa forma que o tribunal entendeu tal julgamento, mas sim de uma maneira mais positiva aos limites do poder presidencial – pela possibilidade de revogação de MP por outra MP<sup>67</sup>. Nas palavras da min. Ellen Gracie,

---

<sup>66</sup> Lembre-se que neste caso o Supremo não julgou a constitucionalidade de uma MP revocatória, e sim o andamento de uma ação cujo objeto eram MP revogadas.

<sup>67</sup> Assim se manifesta a ministra relatora da ADI-MC 2984: “[a]pós a apreciação dessa pioneira ADI nº 221, que se deu em 29 de março de 1990, sucederam-se outras tantas, nas quais se buscava a declaração de inconstitucionalidade de medidas provisórias revocatórias de outras anteriormente editadas, cujos prazos para apreciação pelo Congresso Nacional ainda não se haviam esgotado. Ressalte-se que nem as alegações de violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, de interferência indevida no decurso do prazo de ausência de motivação aparente para o ato, abalaram as premissas assentadas neste Supremo Tribunal,

o que o Tribunal concluiu é que, *embora não tenha disponibilidade sobre a medida já editada*<sup>68</sup>, é válido ao Chefe do Poder executivo editar nova medida, ab-rogatória da anterior. Como tal procedimento não frustra nem tolhe a atuação do Congresso Nacional que persiste em sua plena competência para apreciar e converter, ou não, em lei o referido texto. O que se dá é uma *inversão na ordem de apreciação das matérias, posto que o exame da medida ab-rogante há de necessariamente preceder ao da medida ab-rogada, cuja análise fica, ademais, condicionada ao resultado da apreciação daquela que lhe é cronologicamente posterior* (pp. 75-76, grifei).

O entendimento da relatora é seguido por todos os outros julgadores, à exceção do min. Marco Aurélio, sendo indeferido o pedido de liminar. Considera-se, assim, que o limite ao poder presidencial que se delineou na ADI-MC 221 não foi acolhido pelo tribunal.

É no voto do min. Pertence, entretanto, que se encontra claramente uma tentativa de, mesmo admitindo o poder de revogação, estabelecer um novo limite à disponibilidade presidencial sobre as MPs. O ministro percebe que, permitindo-se a revogação de uma MP em curso de apreciação, poderia se permitir também a reedição da medida revogada. Tal reedição não estaria literalmente proibida pelo § 10 do art. 62, onde se veda “a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”. Abriria-se, então, segundo o ministro, “o espaço para o Governo do jogo ‘de gato e rato’: revogava-se a medida provisória, aprovava-se aquilo que a sua pendência estaria a obstruir e, logo em seguida editava-se nova medida provisória, como o mesmo conteúdo da revogada” (p. 83). Prossegue o min. Pertence:

Creio, Sr. Presidente, que isso seria possível, mas tenho fé que não o será enquanto existir o Supremo Tribunal Federal (...), porque o que a Constituição proíbe obter diretamente [a reedição de medida provisória], não se pode obter por meios

---

dando-se, por conseguinte, o indeferimento dos pedidos de medida cautelar. Assim ocorreu, por exemplo, na ADI 1.204-MC (...), ADI 1315-MC (...), ADI 1370-MC (...), ADI 1659 (...)” (p. 76).

<sup>68</sup> Não se vê como dizer que o Presidente da República não tem “disponibilidade sobre a medida já editada”, considerando que é dado a ele o poder de suspender os efeitos de uma MP já em apreciação no Congresso, o que *determina uma mudança na pauta de votação que visa atender o imediato interesse político do Poder Executivo.*

transversos, que configuraria hipótese clássica de fraude à Constituição (p. 83).

Esse entendimento, já exposto, com menos eloquência, pela própria relatora do caso, é reiterado pelos ministros Gilmar Mendes, Mauricio Corrêa e Carlos Britto. Segundo este último, ao revogar uma medida, o presidente decai do seu direito de dispor sobre aquela matéria da medida revogada por meio de MP (p. 93). Não se cogita nessas manifestações nem sequer a possibilidade de reapresentação da MP anteriormente revogada em sessão legislativa seguinte, pois não se trabalha mais, como anteriormente à EC 32, com uma interpretação analógica do art. 67<sup>69</sup>, mas com uma interpretação extensiva do próprio art. 62, § 10. Ocorre então um novo “recado” dado pelo Supremo Tribunal Federal ao Presidente da República: a revogação de medida provisória é permitida, *desde que não se pretenda com esta abrir caminho para a reedição da medida revogada*. Há aqui, claramente, um momento de diálogo constitucional.

Ainda sobre a ADI-MC 3289, é bastante relevante notar que há no Supremo o reconhecimento do poder de agenda do Presidente da República. Segundo a min. Ellen Gracie, *“a ponderação de interesses prioritários na tramitação das matérias perante a Casa Legislativa é opção política que o Poder Executivo fez e lisamente apresentou, em sua exposição de motivos, como causa determinante para a edição da Medida Provisória nº 128”* (p. 77, grifei). E o min. Nelson Jobim, ex-parlamentar que é, ainda mais claramente diz: *“todos esses mecanismos de obstrução de pauta ou de paralisação de pauta, por não-votação, são mecanismos para determinar e forçar o Congresso a votar”* (p. 88, grifos nossos) e ainda cita como exemplo o pedido de urgência feito pelo Presidente para a tramitação de determinado projeto. Por outro lado, a posição do min. Marco Aurélio neste caso afigura-se diametralmente oposta. Segundo o ministro, não cabe a ele nem ao Presidente definir “o que é

---

<sup>69</sup> A impossibilidade de reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional foi afirmada na ADI-MC 293, em que, dentre outros argumentos, se usa, por analogia, o art. 67. Essa impossibilidade foi reafirmada na ADI-MC 605, na qual o relator, min. Sepúlveda Pertence, afirma que não pode haver reedição de MP rejeitada, mas que não se trata de uma interpretação analógica do art. 67. O ministro não deixa claro, entretanto, qual seria o raciocínio que fundamentaria tal impossibilidade.



interesse ou não, sob o ângulo de votação imediata, no âmbito do Congresso Nacional. Cabe apenas aos representantes do povo, os Deputados Federais, aos representantes dos Estados, os Senadores, essa definição” (p. 102). Aqui percebemos que o ministro nega a possibilidade de o Presidente da República influir nos trabalhos legislativos, negando a ele, portanto, um poder de agenda. Não estariam, entretanto, positivados na Constituição Federal algumas prerrogativas dadas ao Presidente que legitimariam essas interferências, configurando-se em verdadeiros *instrumentos* para que elas se efetivem? Tais prerrogativas, conferindo ao presidente poderes legislativos, determinam o seu poder de agenda<sup>70</sup>. Entre elas, nota-se o poder de veto, a lei delegada, o pedido de urgência e a própria medida provisória. A manifestação do min. Marco Aurélio trabalha, assim, com um modelo institucional que inexistia no presidencialismo brasileiro – o Presidente da República influi, sim, nos trabalhos legislativos e o faz legitimamente.

Mas esse posicionamento do min. Marco Aurélio não encontra respaldo no que vem afirmando o STF. De maneira geral, conclui-se que a jurisprudência do tribunal vem reforçando o poder do presidente na edição de medidas provisórias, ainda que resguarde alguns limites que podem ser usados em apreciações futuras. É este o sentido dos “recados” dados pelo tribunal: deixar claro que, embora se reconheça a amplitude dos poderes presidenciais, o *tribunal tem o poder de estabelecer parâmetros para esses poderes*. Mantém-se, assim, o presidencialismo de coalizão, sem que seja sobrestado o poder de agenda do Executivo, como o tribunal poderia ter feito inúmeras vezes, deferindo a liminar na ADI 2983, por exemplo, ou, de maneira mais ampla, negando, nos primórdios da construção do modelo institucional pós-1988, a possibilidade de reedição de MPs. Note-se que em nenhum desses casos o STF poderia atuar como uma verdadeira instância de veto às prerrogativas presidenciais, pois, em último caso, poderia ser aprovada, por exemplo, uma emenda constitucional que tornasse expressa a possibilidade de reedição das MPs. Mas é certo que essa atuação poderia ser combativa, o que

---

<sup>70</sup> Argelina Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, pp. 23-24.

não ocorreu. Houve, antes, um papel construtivo do STF quanto ao poder de agenda do Executivo, pelo menos no que toca à edição de medidas provisórias.

## 8. Controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência

A ADI-MC 162 é a primeira a tratar do controle dos requisitos constitucionais para a edição de medidas provisórias, a relevância e a urgência. Como já exposto, essa ADI tinha como objeto uma MP que criava nova modalidade de prisão provisória e novos tipos penais, MP 111/89. O requerente negava a relevância de medida, apesar de reconhecer “a avalanche de crimes cometidos de modo violento e contra bens jurídicos relevantes como a vida, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio ambiente e outros fundamentais à própria paz social”, pois “[t]al circunstância, no entanto, não pode levar a que se baixe Medida Provisória, que agride a ordem constitucional e que conspurca a liberdade individual” (p. 4). A urgência da medida foi também questionada porque o

próprio Sr. Presidente da República reconheceu que a criação desta modalidade de ‘prisão provisória’ – a prisão temporária de suspeito – é matéria cujo tratamento deve ir através de lei federal ordinária, após amplo debate no Congresso Nacional, *tanto assim que enviou àquela Casa Legislativa, em meados de setembro deste ano de 1989, projeto de lei de teor semelhante ao da Medida Provisória ora editada* (p. 4, grifos nossos).

Julga-se importante transpor essa argumentação do autor, pois ela é usada pelo min. Moreira Alves, relator deste acórdão, para embasar raciocínio que indefere a liminar.

O voto do relator começa por esclarecer qual era a orientação do STF quanto aos requisitos do antigo decreto-lei (estabelecido no art. 58 da Constituição de 1967): a apreciação desses requisitos (urgência e interesse público relevante) “assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso Nacional” (RE 62739, citado na p. 9). Mas o min. Moreira Alves prossegue no voto dizendo que “[e]ssa orientação, no entanto, tem de ser adotada em termos, pois, levada às suas últimas conseqüências, admitiria o excesso ou o *abuso do poder de legislar* mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só

admite "em caso de relevância ou urgência" (p. 9, grifei). É relevante notar que o ministro traz a tona um conceito importante – o "abuso do poder de legislar". Esse conceito parece ter sido inspirado em uma citação do doutrinador italiano Biscaretti de Ruffia, feita mais a frente pelo ministro. Aparentemente, segundo esse doutrinador, o controle jurisdicional do "requisito de urgente necessidade" há que ser limitado ao

vício de legitimidade do decreto em exame, definido pelos administrativistas como "excesso de poder": quando, por exemplo, encontrando-se no decreto a cláusula da sua não imediata aplicação, possa, daí inferir-se, *fora de qualquer juízo de mérito, a manifesta insubsistência* do mencionado requisito (p. 10, grifos nossos).

Assim, o "excesso de poder" ou "abuso do poder de legislar"<sup>71</sup> seria algo a se aferir *objetivamente*, ou seja, sem se fazer um juízo de mérito sobre o ato normativo. Por isso, o min. Moreira Alves conclui: "[n]o caso, não se evidencia de pronto, na Medida Provisória em causa, a insubsistência dos requisitos da relevância e da urgência capaz de caracterizar, *nos limites do exame de um pedido de concessão de liminar*, o excesso do poder de legislar por parte do Executivo" (p. 10, grifos nossos). Desse entendimento decorre o afastamento da existência de projeto de lei com o mesmo teor da MP editada e em tramitação no Congresso como elemento a demonstrar falta de urgência, pois

As causas de omissão, no passado, de fatos determinantes da urgência no presente ou da maior ou da menor demora de tramitação no Congresso, inclusive por perspectiva de recesso, são fatores que, ao menos no exame perfunctório que se faz nesta oportunidade, *demandam juízo de mérito para decisão política que refoge ao âmbito do manifesto excesso do poder de legislar* (p. 11, grifei).

Do exposto, pode se estabelecer três questões essenciais no voto do min. Moreira Alves: (i) a possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência desde que a falta destes se afigure objetiva, (ii) a identificação entre essa limitação do controle e a limitação que se requer em

---

<sup>71</sup> Considera-se aqui que a consistência teórica deste conceito elaborado pelo min. Moreira Alves está expressa na citação mencionada, pois não há, em nenhuma outra parte do voto, referências explicativas de tal conceito.

um exame cautelar, e (iii) a desconsideração da existência de projeto de lei como elemento *objetivo* a negar a urgência da MP.

O voto do min. Moreira Alves foi acompanhado pela quase totalidade do Plenário<sup>72</sup> nesta ADI-MC 162, excetuando-se os ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence<sup>73</sup>. O min. Celso de Mello firma posicionamento, que será reiterado em acórdãos posteriores, por uma completa sindicabilidade dos pressupostos de relevância e urgência. Apesar de reconhecer que o Presidente da República é o “árbitro inicial” de tais pressupostos, a “mera possibilidade de avaliação arbitrária” da relevância e da urgência, “pelo Chefe do Poder Executivo, *constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional*” (p. 17, grifei). E ainda, o

reconhecimento da imunidade jurisdicional, que pré-excluisse da apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias *sem qualquer possibilidade de controle*, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional (p. 17, grifei).

Nessa manifestação do min. Celso de Mello, fica clara uma visão do Congresso Nacional como instituição completamente acuada, *incapaz de exercer sua prerrogativa constitucional de rejeitar medidas provisórias*. Somente diante desse quadro poderia ser aceita a completa ausência de controle do poder presidencial no caso de inexistência de apreciação

---

<sup>72</sup> Deve-se, no entanto, ressaltar entendimento diverso ao do relator externado pelo min. Néri da Silveira. Enquanto o primeiro entende que as limitações impostas aos julgadores no âmbito cautelar se coadunam com as limitações do controle jurisdicional da relevância e da urgência, o segundo considera ser impossível verificar esses pressupostos sem transgredir aquelas limitações do juízo cautelar, ou seja, sem entrar no mérito (p. 45). O min. Silveira, com tal posicionamento, nega a possibilidade de se aferir objetivamente a falta ou a presença da relevância e da urgência. Isso lhe permite reconhecer, devido à importância de questões que se afiguram no caso, como a restrição de liberdade, a plausibilidade jurídica do pedido do autor, que é negada pelo min. Moreira Alves. O min. Néri da Silveira nega a concessão da liminar por não enxergar no caso a presença de *periculum in mora*. No mesmo sentido, na ADI-MC 1417, de março de 1996, o min. Octavio Gallotti, relator, nega a possibilidade de exame da ausência de urgência em fase de requerimento liminar (p. 97), no que parece ser acompanhado pelo Plenário, pois não há, neste acórdão, nenhum voto além do seu. Note-se que nos dois casos, o posicionamento resulta em limitação do exame jurisdicional dos pressupostos da medida provisória.

<sup>73</sup> Os motivos da dissidência do min. Pertence não estão diretamente relacionados com o tema aqui analisado, tendo sido expostos no tópico sobre limites materiais das medidas provisórias.

jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência. Mas não é possível desconsiderar, em um contexto de presidencialismo de coalizão, como o brasileiro, a existência de um “silêncio eloqüente”<sup>74</sup> do Congresso Nacional, até mesmo porque “poderes tidos como importantíssimos ao executivo brasileiro, como o de veto e de edição de medidas provisórias, por exemplo, *não se mantêm sem apoio mínimo no congresso nacional*, por vezes significando tal apoio o de maioria”<sup>75</sup>.

Raciocínio idêntico *ipsis verbis* a este exposto na ADI-MC 162, expõe novamente o min. Celso de Mello na ADI-MC 221 (p. 60) e na ADI-MC 293 (p. 21). Neste último julgamento, afirma o ministro que “a ausência desses requisitos nem sempre revelar-se-á objetivamente clara. Daí a *necessidade de proceder-se à análise de tais requisitos, em cada situação concreta*”<sup>76</sup>. Isso significaria, na prática, uma revisão judicial do juízo de conveniência política do Presidente da República, pois “[r]elevante é o que o corpo *eleito com funções legislativas e governamentais* escolhe para fazer parte da *agenda política* e, urgente, o que nela vem antes no tempo e exige rápida ação *dentro da estratégia governamental*”<sup>77</sup>. Adotando o entendimento do min. Celso de Mello, o STF estaria, assim, influenciando diretamente nas decisões políticas do governo de coalizão, por vezes, modificando-as<sup>78</sup>. Não se pode reconhecer legitimidade a um tribunal, órgão não eleito, para exercer tal atividade.

---

<sup>74</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 174.

<sup>75</sup> Idem, p. 140. No mesmo sentido, ainda afirma o autor: “pressupondo-se que as medidas provisórias editadas por um governo de maioria construída atendam, em tese, aos interesses da maioria parlamentar representada pelas lideranças, a sua edição freqüente sobre determinados assuntos, ou mesmo a reedição, quando possível, serve à adequação, pelo parlamento, da vontade do executivo a um denominador comum que congregue a própria vontade parlamentar” (p. 152).

<sup>76</sup> A posição do ministro é mantida em acórdão muito posterior a esses citados, ADI-MC 2213, julgada em abril de 2002. Nesta, há a seguinte afirmação: “[t]ratando-se de requisitos de índole constitucional, cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em cada caso concreto, analisar a configuração desses pressupostos, cuja existência se revela essencial ao processo de legitimação do exercício, pelo Presidente da República, do seu poder de editar medidas provisórias” (p. 334). Neste julgamento, o min. Celso de Mello é o único a se pronunciar sobre uma possível inconstitucionalidade formal das MPs impugnadas, que, de resto, não reconhece, pois, *analisando o caso concreto*, entende estarem presentes a relevância e a urgência. Tal voto do ministro é acolhido pelo Plenário, que se concentra na discussão de impugnações à matéria da MP.

<sup>77</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 175.

<sup>78</sup> É interessante a observação de Marco Aurélio Sampaio: “[i]magine-se a seguinte situação, possibilitada pelo ingresso judicial em arena de critérios vinculados à agenda política do

Mas a posição que vem tomando o STF quando da análise da relevância e urgência não se coaduna com essa justiciabilidade radical dos pressupostos defendida pelo min. Celso de Mello. Na ADI-MC 525, julgada em junho de 1991, o min. Sepúlveda Pertence, relator, citando a ADI-MC 162, diz que, nesta, solidarizou-se com o Min. Moreira Alves, quando este

admitiu que os pressupostos de relevância e urgência para a emissão de medidas provisórias não eram de todo imunes ao controle jurisdicional; o que, entretanto, ficou claro, *não retira o caráter discricionário do juízo político*, que os afirma, restringindo-se, *pois, o controle jurisdicional* aventado à verificação, em cada caso, da *existência de abuso manifesto*" (p. 50, grifei).

Essa auto-restrição do tribunal permaneceu, ao longo dos anos, como a posição institucional do STF a respeito do controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência. Nesse sentido pode-se citar alguns acórdãos que adotam *expressamente* esse posicionamento: no ano de 1997, a ADI-MC 1516 e a ADI-MC 1667, no ano de 1998, a ADI-MC 1754 e a ADI 1647, no ano de 1999, a ADI-MC 1717 e as ADIs-MC 1922 e 1976 (que foram julgadas juntas), em 2000, a ADI-MC 2227, em 2001, a ADC-MC 9, em 2002, a ADI 425 e a ADI-MC 2150 e, em 2005, a ADI 3289. Como representante desse reiterado entendimento, cita-se manifestação do relator da ADI-MC 1717, min. Sidney Sanches:

No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória, exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando reste objetivamente evidenciada. E *não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política*, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito (p. 97, grifei).

---

governo: durante o prazo de vigência da medida provisória, o STF, devidamente instado, diz a sua edição inconstitucional porque inexistente urgência ou relevância concreta. Dias depois, entretanto, o congresso nacional converte em lei a medida presidencial, afirmando, assim, na prática, correto o entendimento do executivo acerca dos pressupostos de edição. Quem se antecipou a quem no exemplo desenhado? Quem fez as vezes de quem? Quem exerceu poder que não lhe cabia?" (idem, p. 177).

Vale também apresentar este contundente trecho do voto do min. Sepúlveda Pertence na ADI-MC 2227:

não empresto franquias de insindicabilidade judicial aos pressupostos de relevância e urgência, embora reconheça que se cuide de *conceitos indeterminados, de vasta ligação com as prioridades da política dominante* e, por isso tudo, impondo uma necessária auto-restrição ao Judiciário para só descer ao controle de tais aspectos quando a gravidade do abuso raia, *quando não pela irrisão, pelo desaforo* (p. 253, grifei).

Há, além disso, algumas interessantes manifestações pontuais que mais evidenciam a referida auto-restrição do tribunal. Na ADI-MC 1330, julgada em agosto de 1995, o min. Moreira Alves entende não ser correto falar em

uso abusivo [das medidas provisórias] em sentido jurídico, ou seja, no sentido de abuso de direito, que é ato ilícito. Não me referi ao que geralmente se alude com a expressão 'uso abusivo' e que é a utilização demasiado freqüente desse instrumento, sem por vezes estarem bem caracterizados os requisitos da urgência e da relevância, que, aliás, *deveriam ser mais fiscalizados pelo Congresso. Mas isso é uma questão que se situa no campo político* (p. 181).

Ora, se a questão se situa no campo político, por óbvio, não caberia a interferência do STF. Na ADI-MC 1726, o relator min. Maurício Corrêa reconhece que a conversão de MP em lei pelo Congresso Nacional impede a análise judiciária da possível ausência de relevância e urgência (p. 181). Esse entendimento segundo o qual *o Congresso tem a palavra final acerca da existência de relevância e urgência*, é reiterado na ADI-MC 3289, na qual se reconhece que os possíveis vícios de ausência desses pressupostos não atingem a lei de conversão<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> É interessante ressaltar que, ao se negar essa espécie de convalidação dos vícios da MP pela lei de conversão, como negam, nessa ADI-MC 3289, os ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, e também o min. Celso de Mello, na ADI-AgR 365 (analisada no tópico sobre limites do poder presidencial na edição de MPs), enfraquece-se, sobremaneira, a própria prerrogativa constitucional do Congresso Nacional de apreciação das MPs, pois a manifestação congressual no sentido da existência da relevância e urgência poderia ser simplesmente invalidada pelo STF.



O posicionamento institucional do Supremo Tribunal Federal no sentido de se limitar na avaliação dos pressupostos de edição da medida provisória<sup>80</sup> é muito bem ilustrado pelo fato de, em toda a história do controle de constitucionalidade de MPs, apenas uma única decisão ter se baseado na ausência dos requisitos de relevância e urgência. Na verdade, este é o único caso em que se reconhece a existência de inconstitucionalidade formal de MP. Trata-se da ADI-MC 1753. Esta ADI, cujo requerente foi o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, teve como objeto o art. 4º da MP 1577-6/97 e reedições até abril de 1998, época em que a cautelar foi julgada. O dispositivo aumentava o prazo para o Poder Público propor ação rescisória, bem como ampliava os limites desse direito, quando a indenização a ser paga pelo Estado for "flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial"<sup>81</sup>. O requerente alega, em síntese, ausência de urgência para a edição desta medida provisória e ofensa aos princípios da isonomia e do devido processo legal (que estaria prejudicado devido à própria ausência de igualdade das partes no processo). A justificativa que se dá para a ausência de urgência é bastante interessante: a crença na necessidade de normatização urgente para a questão pressuporia a crença no erro judiciário, e semelhante crença não é permitida ao Executivo. Nos termos da inicial:

Urgir edição de norma provisória autocrata para ampliar prazo de ajuizamento de ação rescisória e para acrescentar hipóteses de rescisão pressupõe existência de sentenças incorretas,

---

<sup>80</sup> Esse posicionamento, como se sabe, não é partilhado de forma unânime pelos ministros. Dele se excetuam os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. A diferença entre esses dois julgadores é que, enquanto o primeiro muitas vezes vê nos casos em questão a ausência de relevância e urgência e termina como voto vencido (p. ex., nas ADIs-MC 1516 e 1397), o segundo, ainda que defenda um amplo controle dos requisitos da edição de MPs, não chega a reconhecer a falta deles no caso concreto e seu entendimento é acompanhado pelo Plenário (p. ex., ADIs-MC 293 e 2213).

<sup>81</sup> Assim dispunha o dispositivo, *verbis*:

Art. 4º O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação, em ação ordinária de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, e também em ação que vise a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem objeto da ação judicial.

provocadora de desmedido dano. A condição de urgência, necessária para expedir o decreto efêmero, parte do suposto de que tenha o Judiciário errado após regular processo. Essa pressuposição, à toda evidência, contudo, colide com a presunção de adequação à norma do ato jurisdicional derradeiro. Daí, *não é dado ao Poder Executivo crer existente urgência. No plano normativo, não pode haver urgência contra a coisa julgada* (p. 43, grifei).

O min. Sepúlveda Pertence, relator, começa por reconhecer que, apesar de não ter negado a corte a possibilidade de controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência, reservou-se esse controle para “hipóteses excepcionalíssimas, (...) – o que explica – (...) *já se formou a coisa julgada – além de casuística*<sup>82</sup>, o que lhe pode custar a irrogação de outros vícios – a medida provisória já não pode alegar urgência, porque terá chegado tarde demais” (p. 47, grifos nossos). Entretanto, continua o ministro: “[s]em desafiar essa tendência auto-restritiva do Tribunal – que é de louvar – não tenho dúvida de que, na espécie, a afirmação da urgência à edição da medida provisória questionada raia pela irrisão” (p. 47). Isso porque se “já se formou a coisa julgada – além de casuística<sup>82</sup>, o que lhe pode custar a irrogação de outros vícios – a medida provisória já não pode alegar urgência, porque terá chegado tarde demais” (p. 48). No caso da norma que amplia as hipóteses de rescisória (parágrafo único do artigo impugnado), a ausência de urgência se confirma porque tal norma não poderia se aplicar a ações ainda não transitadas em julgado (pp. 48-49). Já quanto ao dispositivo que aumenta o prazo para se propor ação rescisória (*caput*), existe divergência acerca de se poderia ou não aplicar um tal dispositivo às ações ainda em curso. O ministro não externa sua opinião a

---

<sup>82</sup> Segundo o ministro, o “texto casuístico do parág. único, ora impugnado, retrata as preocupações subjacentes à edição da medida, ocorrentes em particular no Governo do Estado de São Paulo e na agência federal da reforma agrária, com o vulto de algumas indenizações fixadas em ações expropriatórias ou mais particularmente em ações indenizatórias de restrições à propriedade imóvel decorrentes de medidas de proteção ambiental” (pp. 47-48). É interessante notar que, enquanto neste acórdão há uma manifestação negativa de um ministro acerca do casuísmo das normas, na ADI 3289, julgada em maio de 2005, tratando de MP que elevou o presidente do BACEN ao status de ministro de Estado, afirma o min. Gilmar Mendes, relator do caso: “[e]m verdade, no caso em exame, considerada essa dimensão política e a situação singular do Banco Central, não me pareceria absurda uma justificativa explícita, pelo Presidente da República, no sentido de que a Medida ora impugnada teria sido editada tão-somente para conferir prerrogativa de foro ao Presidente do Banco Central. Também não seria disparatado se a exposição de motivos da MP 207 dissesse claramente que estaria sendo editada para o fim de afastar o Presidente do Banco Central de uma avalanche de ações ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário” (o processo não está numerado, pp. 14-15 do documento).

respeito, mas “a existência de dissídio [sobre a aplicabilidade temporal de norma que aumenta ou diminua prazos processuais] (...) serve pelo menos para reforçar o juízo de conveniência da suspensão cautelar da regra nova” (p. 50). Percebe-se que, quanto ao caput do dispositivo impugnado, o min. Pertence não consegue provar a ausência de urgência, pois não deixa claro se essa norma poderia ou não ser aplicada às ações em curso – se pudesse ser aplicada, não se negaria a urgência do provimento, pois o que se nega é poder haver urgência contra coisa julgada. De fato, é este o pressuposto do voto do ministro: um ato normativo que se coloque contra a coisa julgada não pode ser tido como urgente. Esse pressuposto, que provém claramente das alegações do autor da ação expostas na inicial, não é fundamentado no voto do min. Pertence.

Mas essas falhas argumentativas do voto não afetam a decisão pelo provimento da liminar, pois *esta se baseia, de maneira contundente, na plausibilidade da tese do requerente de afronta à isonomia e, por conseqüência, ao devido processo legal*. Afirma o ministro:

para ser razoável e proporcional ao sacrifício imposto à segurança jurídica que a coisa julgada se destina a criar, parece que o único a reclamar de ambas as alterações legislativas argüidas é que fossem equânimes, bilaterais, tratando igualmente as partes, dado que uma e outra poderão queixar-se, seja da angústia do prazo bienal, se já da falta de remédio contra a indenização injusta (p. 54).

Não se pode deixar de questionar, tendo o vista o histórico de decisões do tribunal e a fundamentação insuficiente quanto à falta de urgência do *caput* do dispositivo questionado, se a decisão seria mantida caso a única alegação do requerente fosse a ausência de urgência. E mais, se caso fosse mantida, alcançaria unanimidade no tribunal, como alcançou<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Cabe fazer aqui um pequeno relato dos fatos posteriores a essa ADI-MC 1753. O tribunal manteve a cautelar até que a MP não fosse mais reeditada em termos substancialmente iguais. Em questão de ordem levantada neste processo, foi indeferido o pedido de aditamento para que a suspensão cautelar de eficácia alcançasse reedição que não mais era substancialmente igual à aquela declarada inconstitucional. Posteriormente, na ADI-MC 1910, o tribunal julgou inconstitucional o art. 188 do Código de Processo Civil, que foi alterado por MP da mesma série daquela impugnada pela ADI-MC 1753. Neste julgamento foram repetidos

Verifica-se, portanto, que as teses de ausência de relevância e urgência em medidas provisórias têm tido pouca acolhida no STF. Mesmo nos casos em que se reconhece a legitimidade do tribunal para se examinar a existência desses requisitos, não há o reconhecimento de sua ausência. É o que acontece, por exemplo, na ADI-MC 2213. A partir dessa constatação, pode-se pensar que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o maior controle sobre as medidas provisórias é o político. O art. 62 abre um amplo espaço para o controle jurisdicional. Ele apresenta, como condição *sine qua non* para a edição de MPs a existência de relevância e urgência. Trata-se de texto constitucional, e, portanto, sujeito à interpretação que lhe dá as cortes<sup>84</sup>. A posição do STF, abstendo-se de estabelecer um conceito para relevância e urgência, pode parecer uma abstenção da própria atividade interpretativa que deve ser feita pelo Tribunal. Mas, na verdade, ao se abster de controlar tais requisitos, *o tribunal está sim os interpretando, e o faz tendo em vista o desenho institucional brasileiro, que dá ao Executivo ampla discricionariedade sobre o entendimento de relevância e urgência, com vistas à concretização de um poder de agenda.*

---

os fundamentos da ADI-MC 1753, sendo que novamente se fazem muito relevantes as questões atinentes à violação da isonomia e do devido processo legal.

<sup>84</sup> Nesse sentido, a posição do min. Marco Aurélio: “[o]s requisitos são constitucionais, e se está na própria Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal dela é o guarda, não tenho como dizer que não cabe à corte o exame do tema” (ADI-MC 1516, p. 61); “penso que não o envolvimento, na espécie, dos requisitos que, por serem constitucionais, estão, quanto ao concurso, sob o crivo desta Corte: a urgência e a relevância” (ADI-MC 1397, p. 331).

## **9. Entendimentos sobre a interação entre os poderes nas decisões sobre medidas provisórias**

Dentro do universo de pesquisa delimitado, são poucos os acórdãos encontrados que tenham uma discussão consistente sobre o princípio da separação de poderes, sendo geralmente o min. Celso de Mello que busca fazer essa discussão. Não obstante isso, neste tópico procura-se entender, a partir de decisões e de manifestações dos ministros, qual visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interação entre os poderes. Não cabe, nos limites deste trabalho, uma exposição teórica acerca do princípio da separação de poderes. O nosso objetivo é tão-somente verificar como o STF tem visto a influência de um poder no outro e, dentro desse contexto, qual o papel o tribunal tem se arrogado.

Para entender o min. Celso de Mello, pode-se começar com a apreciação desta sua seguinte frase: “[a] emanção desses atos [medidas provisórias], pelo Presidente da República, configura, em função da natureza mesma de que se revestem, *momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes*” (p. 19, ADI-MC 293). Só por essa manifestação, já se pode perceber que o ministro trabalha com uma separação dos poderes que transcende a Constituição federal. Por óbvio, não se pode aceitar que a separação de poderes é aquela positivada na Constituição, entendendo-se, ao mesmo tempo, que as prerrogativas legislativas do Presidente da República são exceções a esse princípio. Mas nesta ADI-MC 293 o ministro não deixa exatamente claro com qual conceito de separação dos poderes ele estaria trabalhando. Pode-se inferir, entretanto, que é um conceito no qual o Legislativo ocupa posição superior ao demais órgãos no que toca à atividade legislativa<sup>85</sup> e o STF está acima dos outros poderes<sup>86</sup>, funcionando como um árbitro dos conflitos entre Executivo e Legislativo, conflitos, tais como o abuso

---

<sup>85</sup> O min. Celso de Mello refere-se ao Congresso como “o único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar” (p. 23).

<sup>86</sup> O Supremo Tribunal Federal teria uma “função arbitadora dos conflitos entre os órgãos da soberania nacional e de seu papel de guardião eminente da ordem constitucional” (p. 33).

na edição de MPs, que consubstanciam uma ruptura do sistema<sup>87</sup>. Fala-se em posição superior porque, ao funcionar como um árbitro no sistema de separação de poderes, o STF teria uma posição completamente externa aos demais poderes, tendo a prerrogativa de dar a palavra final e carregando a suposição de que ele, STF, jamais estaria em conflito com Executivo e Legislativo<sup>88</sup>. Esta visão já tinha sido delineada pelo min. Celso de Mello, na ADI-MC-QO 272, de maio de 1990, um pouco anterior à aqui analisada, e voltou a ser exposta na ADI-MC 2213, julgada em abril de 2002. Isso mostra que o ministro manteve um mesmo posicionamento durante a sua atuação no STF, não tendo enxergado qualquer mudança institucional, ao longo dos anos, que pudesse fazê-lo revisar tal posicionamento.

Não há a mesma persistência e solidez de opiniões nas manifestações de outros ministros. Mas é certo que o entendimento do min. Celso de Mello acerca da interação entre os poderes e, principalmente, acerca do papel do STF nesta interação não é repercutido pelo tribunal. É importante notar que a posição deste ministro, aqui exposta, é apenas um corolário de todos os seus outros posicionamentos quando da apreciação pelo tribunal de medidas provisórias. Vendo-se o STF como poder arbitral e a excessiva atividade legislativa do Executivo como uma ruptura do sistema de separação de poderes, é perfeitamente plausível pensar a medida provisória como um instrumento que não se inclui no regular processo legislativo e defender a justiciabilidade radical dos requisitos de relevância e urgência.

---

<sup>87</sup> Segundo o ministro, tal ruptura “ocorrerá, no entanto, sempre que *qualquer* dos Poderes – o Executivo, *exemplificativamente* – exercer, com expansão desordenada, atribuições que não lhe são próprias, ou, então, prejudicar, por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o *normal* desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, como a prática, *em plenitude*, da atividade legislativa pelo Congresso Nacional” (p. 45).

<sup>88</sup> O entendimento do min. Celso de Mello é aprofundado pelo min. Néri da Silveira, nesta mesma ADI, ao dizer que cabe ao STF “dirimir controvérsias, originária ou recursalmente, de forma terminativa, enunciar, no curso do tempo, o sentido e o alcance dos dispositivos da Lei Maior, incumbindo-lhe, outrossim, no exercício dessa competência, definir os exatos limites dos poderes que a Constituição quer ver investidos o Congresso, o Governo e os Tribunais, a União, os Estados e os Municípios” (p. 83). Cabe a pergunta: por essa visão, quem define os contornos do limite do poder do tribunal?

Mas o “espírito” do tribunal é outro. Pode-se perceber claramente na ADI-MC 1516, julgada em março de 1997, em um debate entre os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, a visão do Executivo como o poder forte do século XX e a rejeição da doutrina clássica de separação dos poderes<sup>89</sup>. Note-se essa afirmação notável do min. Sepúlveda Pertence: “[a] separação clássica de Poderes foi uma forma instrumental do estado liberal burguês de impedir legislação que coartasse a liberdade econômica” (p. 68). Logo depois, assim se pronuncia o min. Carlos Velloso:

É o Estado dos burgueses, dos ricos, que não prestava nenhum serviço. Esse Estado teve vigência na segunda metade do século XVIII e em todo o século XIX, por isso mesmo foram os séculos do Poder Legislativo. Por essa razão diz-se que *o século XX é e tem sido o século do Poder Executivo, porque é esse Poder que torna efetiva a intervenção estatal para o fim de fazer felizes as pessoas, principalmente aquelas menos dotadas sob o ponto de vista econômico* (p. 68, grifei).

Dessa constatação segue-se a legitimidade, pelo menos *a priori*, da atividade legislativa do Executivo, pois não se pode negar que “lei, hoje, é instrumento de política do Estado. Ainda que sua feição de *Estado do bem-estar* tenha-se frisado menos nos últimos anos, fato é que a inclusão ditada pelos direitos sociais exige negação do *status quo*”<sup>90</sup>. Por isso, o reconhecimento externado pelo min. Mauricio Corrêa:

ruim com medida provisória, pior sem ela. *O Estado moderno, Estado atual, sem um procedimento imediato, não pode tocar a administração, não pode resolver seus problemas. Fui do Congresso Nacional; infelizmente emperra-se a máquina, não se vota, às vezes, os projetos da maior importância*<sup>91</sup>. Se se questiona o decreto-lei, porque foi o decreto-lei da época dos militares, e agora se questiona a medida provisória. (...) *Acho que não devemos entrar nesse terreno* (p. 67, grifei).

Tal constatação é consensualmente aceita pelos debatedores. Veja-se este pronunciamento do min. Carlos Velloso:

---

<sup>89</sup> Em contraste, o min. Celso de Mello cita (p.ex., ADI-MC 2213, p. 319) em seus votos James Madison e John Locke, grandes expoentes dessa doutrina clássica.

<sup>90</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 25, grifos no original.

<sup>91</sup> Essa constatação já havia sido feita pelo min. Corrêa na ADI-MC 1204, de fevereiro de 1995, na qual afirma: “[o] Executivo, de um lado, fica premido pelas circunstâncias, porque volta e meia se faz necessária a remessa ao Congresso da institucionalização de determinada norma, de determinado conceito, e o Congresso não vota” (p. 79).

é preciso que se diga também que há excesso de medidas provisórias, e que isso se deve muito mais à vontade política, vamos dizer assim, do Congresso Nacional, de não legislar. Penso que as acusações ao Poder Executivo, de que ele se excede na edição de medidas provisórias, contêm um erro na base. É que o Executivo precisa – volto às minhas palavras iniciais – efetivar o mundo de competências que o Estado intervencionista lhe põe nas mãos e quer que ele execute e dê eficácia a essas competências (p. 65).

E o min. Pertence:

O Ministro Carlos Velloso, num aparente paradoxo, disse: há muitas vezes a vontade legislativa de não legislar. *Há determinados momentos em que o Congresso não quer assumir – e isso é uma medida legítima de seu poder político – a responsabilidade de endossar determinada legislação* (p.67, grifei).

Não é difícil constatar, a partir desse diálogo, o posicionamento que se assume no sentido de atribuir a maior responsabilidade no controle da atividade legislativa do Executivo ao próprio Congresso Nacional. Reconhece-se o jogo político entre o Executivo e o Legislativo, que envolve custos políticos da implantação de determinadas políticas, e a impertinência do envolvimento do Supremo Tribunal Federal neste jogo. Não há, assim, uma função arbitral da corte na resolução de conflitos entre os poderes e não há um estabelecimento de supremacia legislativa do Congresso. Trata-se de olhar a realidade institucional, a qual não se nega legitimidade. Coaduna-se perfeitamente com esse entendimento a seguinte manifestação do min. Pertence, feita quando do julgamento da ADI-MC 425, julgada em setembro de 2002:

temos tido a oportunidade de enfatizar que a separação dos Poderes – princípio fundamental, cláusula pétrea, princípio sensível – não é um modelo, a priori, que se extraia de conceitos universais, nem mesmo da leitura de Montesquieu. É, sim, um modelo positivo de regime de Poderes como consagrado pela Constituição Federal (p. 46).

Dentro deste contexto, a auto-restrição do tribunal quando da apreciação de medidas provisórias é uma decorrência do reconhecimento de um mecanismo de interação entre Executivo e Legislativo, sobre o qual uma interferência judiciária poderia não normalizar o relacionamento entre esses poderes, mas antes acarretar distúrbios no funcionamento de ambos. Lembre-



se da ADI-MC 2984, julgada em setembro de 2003, cujo objeto era uma MP revocatória, que tinha sido editada para, retirando uma MP anterior, desobstruir a pauta do Congresso. Como se sabe, a liminar foi negada. Vale transpor dois trechos do voto do min. Jobim: “[o] que não se pode pretender é, através de proibição de revogação da medida provisória, inviabilizar o próprio exercício parlamentar” (p. 85) e “[e]staríamos [ao deferir a liminar] transformando a medida provisória, que tem a finalidade de atender a situações específicas, e que o Presidente resolve revogá-la porque ela está obstruindo uma decisão de maior relevância, se *criaria um mecanismo de obstrução*” (p. 86, grifei).

Apesar de serem poucos os acórdãos aqui mencionados<sup>92</sup>, pode-se entender que, assim como a posição do min. Celso de Mello acerca da interação entre os poderes é reflexão decorrente dos conjuntos de seus posicionamentos acerca das medidas provisórias, também a posição do tribunal decorre daquilo que este vem decidindo acerca das MPs. Se se escolhe não controlar os requisitos de relevância e urgência, a menos que a falta destes se afigure objetiva, se não se limita as reedições de medidas provisórias nem o poder de disposição do Presidente sobre elas, o que se diz é que o Executivo, tanto quanto o Congresso, legisla e o faz *ordinariamente*, sem que nisso haja ilegitimidade patente e que em tal atividade estão envolvidas considerações políticas que não permitem muitas vezes interferências judiciais.

---

<sup>92</sup> Ressalte-se, entretanto, que os acórdãos expostos neste tópico foram, dentro do universo de pesquisa, aqueles em que se consegue vislumbrar *algum entendimento* do STF sobre a interação entre os poderes e sua interferência nessa interação. Vale citar ainda a ADI-MC 2010, cujo objeto era a lei 9783/99. A inicial alega violação ao art. 67, pois a lei, substancialmente igual à MP 1720-1/98, teria sido proposta na mesma sessão legislativa em que tal medida foi rejeitada. É interessante que neste acórdão, o min. Celso de Mello, relator, não reconhece essa inconstitucionalidade formal da lei, pois estabelece que a cláusula do 67 deve merecer interpretação restritiva, sob *risco de paralisação da atividade parlamentar e impedimento de utilização da lei como objeto democrático* (p. 105). Assim, o ministro entende que o art. 67 refere-se de maneira estrita a projetos de lei rejeitados, não dispendo sobre MPs rejeitadas. Por isso, a rejeição de uma MP não impede a propositura de um novo projeto de lei, ainda que o contrário não seja verdade. Note-se que o min. Celso de Mello busca resguardar as prerrogativas legislativas do Congresso com tal entendimento.

## 10. Conclusão

O Supremo Tribunal Federal não é alheio à realidade institucional do Brasil. Pode-se pensar que no início da década de 90 o tribunal não possuía consciência do seu papel na construção da medida provisória como instrumento de governo no presidencialismo de coalizão, até mesmo porque não estava ainda totalmente clara a importância que este instrumento veio a ter. Isso se confirma no déficit de discussão quando do reconhecimento da pertinência do controle de constitucionalidade concentrado de MPs, e também na visão inicial, construída pelo min. Celso de Mello, da medida provisória como instrumento excepcional de legislação. Talvez aí não se colocava ainda para os ministros a possibilidade de vir a ter que analisar inúmeras ADIs cujo objeto seriam MPs.

Não é possível, entretanto, dizer que o tribunal não tenha um conhecimento do modelo institucional brasileiro, principalmente com a consolidação da Constituição de 1988 ao longo da década de 90. Foi aqui exposto como a medida provisória passou a ser vista como um meio ordinário de legislação. Tal visão esteve subjacente às decisões que conferiram legitimidade à reedição de MPs e que garantiram ao Presidente um amplo poder de disponibilidade sobre as MPs editadas, aumentando seu poder de agenda. A posição do tribunal poderia até ter mudado quanto às reedições, mas isso não se deu antes que viesse a EC 32 e as proibisse de maneira clara.

Foram vistas também situações em que o STF decidiu não ser o principal intérprete do texto constitucional. Isso ocorreu quanto aos requisitos de relevância e urgência e quanto às matérias suscetíveis de serem tratadas por medidas provisórias. Seria uma típica situação de "não-decisão", se o tribunal não estivesse consciente de que haveria outros poderes prontos a interpretar aquele texto. Trata-se de uma *decisão por se abster, que implica aumentar a prerrogativa daqueles outros poderes.*

Tanto nestas decisões implícitas como naquelas outras explícitas, configura-se uma situação em que prevalecem os poderes políticos, e prevalecem legitimamente, porque apoiados na sistemática constitucional e no pronunciamento do “guardião da Constituição”. Pelo menos no que toca às medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal atua, assim, no diálogo constitucional brasileiro como um agente que garante o funcionamento estável do presidencialismo de coalizão. Estável porque não sobrestado a todo o tempo por declarações de inconstitucionalidade de atos que constituem a principal prerrogativa legislativa do Presidente da República, baseadas exclusivamente em entendimentos (políticos) diversos do majoritário – como o entendimento sobre a urgência de uma medida. É claro que o tribunal não deixou de exercer o controle de constitucionalidade das matérias vinculadas por MPs. Mas nisso não há diferença nenhuma entre a apreciação desses atos e de qualquer outro ato normativo. O que se busca colocar em relevo aqui é o fato de que o tribunal poderia ter atuado reiteradamente como uma instância de veto<sup>93</sup> ao poder legislativo do Executivo, mas isso não aconteceu.

Os motivos para essa cooperação do Supremo Tribunal Federal podem ser buscados na própria interação entre o Executivo e o Legislativo no tocante às medidas provisórias. Como mostra Marco Aurélio Sampaio, a atuação do próprio Congresso Nacional conformou os limites, por muitos considerados amplos, do poder presidencial<sup>94</sup>. A *ação judiciária* que rompesse com essa

---

<sup>93</sup> “Veto players são atores coletivos ou individuais cuja concordância é necessária para a mudança do *status quo*. Daí decorre que uma mudança no *status quo* exige uma decisão unânime de todos os veto players” (George Tsebelis, *veto players: How political institutions work*, p. 19 *apud* Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória como ato de governo*, p. 27). Note-se que a mudança do *status quo* é algo que se atinge por meio de legislação e que a atuação do STF no sentido de sobrestar medidas provisórias, poderia ser vista como uma ação de veto player.

<sup>94</sup> *A medida provisória como ato de governo*, pp. 153-165. Há uma série de fatos que permitem essa afirmação. O primeiro é o parecer dado pela comissão nomeada no Senado Federal para se pronunciar sobre a constitucionalidade da MP 39, editada pelo então Presidente José Sarney como reedição da MP 29. Era a primeira vez que se confrontava uma reedição. O parecer, aceito pelo Plenário, optou por admitir a reedição, visto que inexistia uma lei complementar que viria a disciplinar o processo legislativo (essa lei, prevista no art. 59 da CF, só veio a ser editada em 1998 e não tratou de medidas provisórias) e era preciso tomar uma decisão rápida. O segundo é a edição da resolução 1/89, que veio a regulamentar a edição de MPs. Esta “silenciava quanto à reedição de medida provisória com perda de eficácia por decurso de prazo, o que acabou por servir à sua própria possibilidade” (p. 158), além de não estabelecer parâmetros para os critérios de relevância e urgência. O quadro não se alterou muito (mesmo

conformação ingressaria no diálogo constitucional como uma *atitude política combativa*, o que nos leva a pensar em qual seria o fundamento de legitimidade de tal ação, se é que ele existiria. O STF preferiu não se arriscar, atendo-se ao padrão de conduta que mais contribuiu para a estabilidade do sistema político e, como decorrência, da implementação de políticas públicas. Trata-se de uma clara intersecção entre política e direito. Como afirma Louis Fisher, “ações dos poderes políticos ajudam, ao longo dos anos, determinar a direção e o resultado de uma decisão da Suprema Corte”<sup>95</sup>. A hipótese que foi estabelecida confirmou-se, portanto. O Supremo Tribunal Federal, no que toca às medidas provisórias, participou do diálogo constitucional, respondendo às influências da dinâmica política a sua volta.

Note-se, entretanto, que a estratégia usada pelo STF manter esse padrão de comportamento foi engendrada de maneira a não deixar parecer que o tribunal estava, influenciado pelo contexto político, se abstendo de realizar o controle jurisdicional no sentido mais estrito, aquele de adequar a situação factual com o texto da Constituição judicialmente interpretado<sup>96</sup>. Por exemplo, na apreciação dos requisitos de relevância e urgência, o tribunal reserva-se sempre a prerrogativa de controlá-los, ainda que somente uma vez tenha verdadeiramente feito isso. Além disso, destaca-se a atuação dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sempre prontos a proferir votos em que se releva o compromisso com a Constituição e com a separação de poderes. Mantém-se, assim, no Supremo Tribunal Federal, a aura de intérprete final da Constituição.

Como conclusão final, resta a constatação de que, uma vez que a corte constitucional reflete o ambiente político e, por questões de legitimidade

---

com a edição de novas resoluções) até que viesse a emenda constitucional 32/01, que, de resto, também não buscou especificar os conceitos de relevância e urgência.

<sup>95</sup>“Actions by the political branches, over the years, help determine the direction and result of a Supreme Court decision” (tradução livre). *Constitutional dialogues: Interpretation as a political process*, p. 5.

<sup>96</sup> O que se diz aqui é que o controle jurisdicional realizado pelo Supremo Tribunal Federal no que toca às MPs é mais voltado à garantia do sistema político, declarando estar ele em acordo com a Constituição e menos preocupado com a interpretação pelo próprio Tribunal do texto constitucional, interpretação esta que se imporia e se superporia àquele sistema.

democrática, deve realmente assim proceder, é ao Congresso Nacional que cabe o maior controle sobre o abuso na edição de MPs.

## 11. Referências bibliográficas

Abranches, Sérgio Henrique. "Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 31 (1988): 5-34.

Amaral Júnior, José Levi Mello. *Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do congresso nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Amorim Neto, Octavio / Tafner, Paulo. "Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias". *Dados: Revista de Ciências Sociais*, 45 (2002): 5-38.

Ávila, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Ferreira Filho, Manuel Gonçalves. "As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro, particularmente em matéria de direito econômico". In *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Direito, Carlos Alberto Menezes Direito, org. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Figueiredo, Argelina Cheibub / Limongi, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

\_\_\_\_\_. "O sistema político brasileiro: entre mitos e fatos". Disponível em: <[www.ifb.com.br/arquivos/Limongi.pdf](http://www.ifb.com.br/arquivos/Limongi.pdf)>. Último acesso em 26.11.2006.

Fisher, Louis. *Constitutional Conflicts between Congress and the President*. 4th. ed., revised. Lawrence: University Press of Kansas, 1997.

Ranieri, Nina Beatriz Stocco. "Governabilidade e estado democrático direito: o uso e controle de medidas provisórias". In *Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil*. Garcia, Maria, coord. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

Sampaio, Marco Aurélio. *A medida provisória como ato de governo*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.