

MEDIDAS PROVISÓRIAS

PROVISIONAL PRESIDENTIAL DECREES

PAULO DE BARROS CARVALHO

Professor Emérito e Titular da PUC-SP e da USP.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

SUMÁRIO: 1. A cláusula final do parágrafo único do art. 62 da CF. 2. Em que espécie de veículo normativo se converte a Medida Provisória?. 3. As relações jurídicas tributárias e a utilização de medidas provisórias.

As¹ medidas provisórias constituem inovação da Carta de 1988. Sob o ângulo político, diríamos que vieram compensar a União pelo desaparecimento do decreto-lei. Seu perfil jurídico, inobstante, é diverso. Bem que subordinadas aos pressupostos de relevância e urgência, são expedidas pelo Presidente da República e irradiam, de pronto, todos os efeitos para os quais estão preordenadas. O Chefe do Executivo, ao editá-las, submetê-las-á à apreciação do Congresso Nacional, de tal arte que, se aquele órgão estiver em recesso, será convocado para se reunir, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. Este, o *caput* do art. 62 da CF. Entretanto, é no parágrafo único do dispositivo que repousam aspectos de enorme importância para a compreensão do instituto: *perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações delas decorrentes.*

-
1. Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 24, n. 97, p. 37-42, jan.-mar. 1991. A transcrição deste artigo foi realizada por Renan Marcondes Facchinatto e Victor Augusto de Oliveira.

De logo, uma advertência tão sovada, quanto reiteradamente esquecida: os requisitos assinalados pelo legislador constituinte são para valer. Exige-se a simultaneidade de ambos, sem o que inexistirá clima *jurídico* para a produção da medida. Trata-se do conectivo conjuntor, expressamente representado pelo “e”. A estrutura lógica da frase normativa não comporta interpretação sintática de outra ordem, reclamando que as duas proposições conjuntas se verifiquem no mundo dos fatos sociais, para que a iniciativa possa ser desencadeada. Agora, se os vocábulos *urgência* e *relevância* são portadores de conteúdo de significação de latitude ampla, sujeitos a critérios axiológicos cambiantes, que lhes dão timbre subjetivo de grande instabilidade, isto é outro problema, cuja solução demandará esforço construtivo da comunidade jurídica, especialmente do Poder Judiciário. Aquilo que devemos evitar, como singela homenagem à integridade de nossas instituições, é que tais requisitos sejam empregados acriteriosamente, sem vetor de coerência, de modo abusivo e extravagante, como aconteceu com o decreto-lei. São símbolos jurídicos que padecem de anemia semântica, com sentidos difusos, mas há uma significação de base, um *minimum* que nos habilita a desenhar o quadro possível de suas acepções.

Quanto ao mais, as questões não se simplificam. O parágrafo único exhibe, de modo ostensivo, a existência do direito de o Congresso Nacional rejeitar, por conduta omissiva, a medida provisória comunicada pelo Presidente da República. Estamos diante de uma faculdade (F_p), consistente na permissão bilateral de fazer (P_p) e de não fazer (P_{-p}). Em linguagem formalizada, teremos: $F_p \equiv P_p \cdot P_{-p}$, onde “ \equiv ” é a equivalência (bicondicional tautológico); “ F_p ”, a faculdade jurídica de realizar a conduta “p”; “ P_p ”, a permissão de concretizá-la (torná-la efetiva por comissão); “ P_{-p} ”, a permissão de não realizá-la (comportamento omissivo); e “ \cdot ” o conectivo que exprime a conjunção lógica (que somente será verdadeiro quando as duas proposições o forem). Desformalizando, e adaptando a fórmula à dicção constitucional, diríamos que o Congresso está investido da permissão bilateral (faculdade) de examinar a medida provisória. Poderá empreendê-lo por comissão, vale dizer, legislando no sentido de aprová-la (total ou parcialmente) ou de rejeitá-la; como terá, também, a autorização de rejeitá-la, sobre ela não legislando no período de 30 dias, manifestando-se por omissão. Esta última, aliás, é uma das alternativas da previsão constitucional, um legítimo direito de que está investido nosso Parlamento, exercendo as prerrogativas que o parágrafo único do art. 62 da Constituição lhe confere. Ora, salta aos olhos que o exercício desse direito não pode ser tolhido pelo Presidente da República, mediante a *reedição* da medida. Com providência desse jaez o Chefe do Executivo inibe uma explícita permissão constitucional atribuída ao Congresso que, ao rejeitar por decurso de

tempo a medida encaminhada, estaria operando a autorização de não fazer, não legislar, conduta omissiva para a qual está habilitado.

Dois argumentos são decisivos para afastar esta interpretação redutora de competências do Poder Legislativo: um, estritamente jurídico, nos remete ao tratamento constitucional das matérias rejeitadas, que é inequivocamente *restritivo*. De fato, o art. 60, § 5º, estatui que “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”. E, para que não se diga que é restritivo por considerar as emendas à Constituição, eis a mensagem do art. 67, no que toca às demais leis do sistema: “A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”. O outro, de cunho histórico, nos recorda que a aprovação do decreto-lei pelo Parlamento brasileiro podia dar-se tanto por legislação expressa (decreto legislativo), como por decurso de prazo (conduta omissiva do Congresso). Por que, então, imaginar-se que a medida provisória escaparia desse regime? Onde o dispositivo explícito que lhe outorgue o privilégio? Não têm elas *força de lei*? Que significa, em linguagem jurídica, afirmar que certa figura tem força de contrato, de ato administrativo, de lei? Exprime, sem necessidade de maiores divagações, que à mencionada figura se aplica o regime jurídico de contrato, de ato administrativo, de lei. Em outras palavras, assevera-se que os princípios constitucionais e toda a trama normativa que condicionam o contrato, o ato administrativo e a lei subordinarão, igualmente, a vida jurídica da entidade, salvo os aspectos, é óbvio, inerentes a sua própria individualidade.

1. A CLÁUSULA FINAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 62 DA CF

Uma análise mais apressada da parte final do parágrafo único do art. 62 sugere que, rejeitada a medida provisória, esta há de perder sua eficácia, a contar da publicação (efeito *ex tunc*), movimentando-se o Congresso Nacional para o fim de *disciplinar as relações* jurídicas delas decorrentes. Quem se ativer à leitura pura e simples do texto dificilmente deixará de entender que cabe ao Poder Legislativo regrar as situações jurídicas remanescentes, sempre que a proposta for rejeitada. Contudo, meditação mais atenta demonstrará logo que, havendo a perda da eficácia, contada da sua entrada em vigor, os efeitos da medida serão desfeitos. Isso, naturalmente, com relação àqueles que suportarem o desfazimento, posto que os já consumados ganharam definitividade, podendo, quando muito, estudar-se a composição dos danos porventura verificados. Se assim é, considerando-se que tais situações fogem por completo dos esquadros genéricos da

previsão legislativa, em vista da extraordinária gama de eventos que podem assumir tal condição de imutabilidade jurídica, o remédio apropriado será invocar-se a prestação jurisdicional do Estado para que, mediante a expedição de normas *individuais e concretas*, o Poder Judiciário atenda às peculiaridades de cada caso, fazendo incidir o direito positivo nos variados tipos de concreção factual insuscetíveis de desfazimento. Tomemos o exemplo de alguém que se viu privado da liberdade, por virtude da aplicação de regra contida em medida provisória que não logrou aprovação (expressa ou tácita) pelo Parlamento. De evidência que a violação de seu direito à liberdade consolidou-se, de tal modo que a desconstituição do ato se tornou impossível. Cumpre ao prejudicado, em face da lesão de seu direito individual, buscar decisão judiciária que, não podendo recompor a situação anterior, determine a reparação do dano efetivamente praticado. Mas, convenhamos, isso dista de ser função do Poder Legislativo, mesmo porque, como já foi dito, os acontecimentos dessa natureza revestem-se de múltiplas e imprevisíveis colorações existenciais, reclamando grau de especificidade que só o Judiciário pode oferecer.

Mais a mais, cometida atribuição desse tope ao Legislativo, ficaria ele entretido com assuntos que julgou irrelevantes, inoportunos ou incompatíveis, representando autêntica violência contra esse Poder da República compeli-lo a restaurar a ordem jurídica arranhada por expedientes utilizados com açoitado ou imprevisão pelo Executivo. Sua missão constitucional está bem longe de ser esta.

A doutrina dominante tem levantado um argumento que pejeja contra a tese exposta, baseado na posição sintática da cláusula derradeira, associada que está, no conjunto frásico, à hipótese de rejeição tácita de medida provisória pelo Congresso Nacional. Tal fundamento, todavia, é precário: a topologia das orações no período da linguagem normativa nunca foi critério para ponderações desse gênero, conhecido que é o desarranjo dos comandos normativos, esparramados em desnexo pelo universo do sistema positivo.

Acreditamos que a exegese dotada de maior racionalidade aponta para o caso de acolhimento da medida provisória (total ou parcialmente) pelo Congresso. Aqui, sim, há não só campo fecundo para o desempenho da função legislativa, como necessidade de imediatas providências de teor integrativo. Com efeito, ao converter-se em lei, perde a medida seu caráter provisório e ingressa, definitivamente, na ordem jurídica, suscitando então adaptações imprescindíveis para que se mantenha a harmonia e o bom funcionamento do direito positivo. A mera aceitação da medida proposta pelo Presidente da República, na sua integridade, ou na hipótese de modificações que lhe alterem a substância ou a forma, postulam do legislador outro esforço que vem a título de corolário ou de *decorrência*,

como preferiu o constituinte. E o mencionado esforço se consubstancia em editar *outras normas jurídicas* que promovam os ajustes inerentes ao ingresso das primeiras, consolidando-se o equilíbrio e a funcionalidade do sistema. Daí concluímos que a produção de regras disciplinadoras das *relações delas decorrentes* se aplica às medidas que encontraram apoio no Parlamento, e destina-se a adaptar a nova lei (resultado da conversão) às exigências do sistema de que passou a fazer parte, o que requer acertos internormativos de índole axiológica, sintática e semântica.

Bem se vê que a medida provisória, se levada a sério, representará um perigoso instrumento para o Poder Executivo, na proporção em que lhe caiba responder pela composição dos danos emergentes, ocorridos no intervalo que vai de sua edição até a rejeição expressa ou tácita pelo Legislativo. Convocada a ressarcir os prejuízos causados, em eventos protocolarmente identificados, a União ver-se-á onerada, reiteradamente, por força de medidas provisórias mal concebidas ou propostas em termos inapropriados.

Dispensável dizer que as situações formadas neste entremeio constituem-se sempre em matéria social pronta para ser absorvida pelo subsistema normativo, *bastando, é claro, que desperte o interesse criativo e disciplinador do Poder Político*. Aquilo que contestamos, porém, é a relação deonticamente necessária entre a rejeição tácita ou expressa da medida e o regramento dos efeitos propagados. Opostamente, tal disciplina se afigura não só importante como até indispensável, na contingência de aprovação (integral ou parcial) da medida provisória.

É de lamentar-se que o próprio Congresso Nacional, numa atitude de aut mutilação de suas prerrogativas constitucionais, tenha adotado entendimento diverso, como se extrai da Res. 1/1989-CN, que dispõe acerca da apreciação das medidas a que se refere o art. 62 da Constituição. No parágrafo único do art. 6º desse documento está consignado que, rejeitada a matéria, seja pela não-verificação dos pressupostos, seja pelo inacolhimento do conteúdo, “a Comissão Mista elaborará Projeto de Decreto Legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência da Medida, o qual terá sua tramitação iniciada na Câmara dos Deputados”.

2. EM QUE ESPÉCIE DE VEÍCULO NORMATIVO SE CONVERTE A MEDIDA PROVISÓRIA?

Outra dúvida que não pode ser contornada, ao focalizarmos a medida provisória, está em saber como se opera sua conversão em lei e, dentro da latitude deste conceito, em que tipo de lei se transforma, ao ensejo de sua aprovação (parcial ou total). A resposta em voga é aquela que indica para uma solução pronta, porém

sobremaneira singela: não havendo previsão constitucional expressa, tudo ficaria na dependência da matéria disciplinada, de tal modo que ferindo tema de lei ordinária, nesta se converteria; se o assunto for pertinente ao âmbito de competência de lei complementar, nesta espécie de diploma normativo haveria de transformar-se; e assim por diante.

Esta opção interpretativa não serve. Vêmo-la como algo apressadamente construído, sem o peso e a densidade que só a reflexão detida nos grandes valores do sistema pode ensejar. Para objetá-la pensemos nos chamados *princípios ontológicos*: um se aplica ao direito privado: tudo que não estiver expressamente proibido está permitido; outro, ao direito público: tudo que não estiver expressamente permitido está proibido. Pois bem, em que lugar do Texto Fundamental está a regra que autoriza esse tipo de conversão? Por outro lado, sabemos que a interpretação é ato complexo, em que se encontram envolvidos atos cognoscentes e ato de decisão política, este último revelador implacável da ideologia do exegeta. Por isso mesmo, em esforço persuasivo, façamos esta outra sorte de cogitações: não foi por deleite prescritivo que o constituinte abriu a Seção VIII, dentro do capítulo reservado ao Poder Legislativo (Capítulo I, do Livro IV), *tratando do Processo Legislativo*. E o mínimo de razoabilidade que podemos extrair da leitura atenta dos mencionados textos leva-nos ao reconhecimento de que o legislador constituinte atribuiu funções próprias a cada um dos sete instrumentos introdutórios de normas jurídicas, previstos nos incisos do art. 59 da CF. Lembremo-nos de que a esquematização constitucional de competências para a produção de estatutos normativos provoca distinções que não podem ser desprezadas pelo hermenauta. Algumas dizem com o *iter* procedimental; outras, com a matéria sobre que devem dispor. Quanto às primeiras, a contar dos órgãos credenciados a iniciar a tramitação, passando pelas vicissitudes da discussão parlamentar, até chegar ao quórum necessário para aprovação, momento em que haverá, ou não, espaço para a sanção presidencial, os diplomas introdutórios de normas jurídicas no sistema brasileiro apresentam traços de tal modo nítidos, que nos permitem diferenciá-los, isolando suas peculiaridades.

Corno corolário, o regime jurídico da lei complementar é diverso daquele previsto para a lei ordinária, discrepando de ambos as providências requeridas para a elaboração de lei delegada, de decreto legislativo, de resoluções e, deixadas propositadamente para o final, aquelas inerentes às emendas à Constituição. No que entende com a matéria específica acerca da qual haverão de versar, há indicações precisas que delimitam o conteúdo dos estatutos, reservando certos assuntos a esta ou àquela espécie. O § 1º do art. 68, por exemplo, impede que a lei delegada ingresse no âmbito exclusivo dos atos de competência própria do

Congresso Nacional, naqueles da competência privativa da Câmara ou do Senado, *bem como na matéria reservada à lei complementar* e a outras enumeradas nos incs. I a III do mesmo dispositivo. Se assim é, havemos de concluir que a Carta Magna, pelo modo diferente como estabeleceu as figuras legislativas, impõe respeito às linhas jurídicas que identificam e individualizam cada qual, não sendo possível ignorá-las pela conduta que as parifica num a única classe. É de clareza meridiana que nossa Lei Fundamental não admite a intromissão do Executivo naquilo que pertencer ao domínio de incidência da lei complementar. A delegação para esse fim está proibida de maneira enfaticamente explícita. É bem de ver que não há tolerar-se que tal vedação perca seu sentido de existência pelo recurso ao precário, excepcional e discutido instrumento que é a medida provisória.

Nesse rumo, as competências do Presidente da República ficariam extraordinariamente amplificadas, tese que pode consultar a interesses de cunho político ou ideológico, mas que não encontra supedâneo na visão intra-sistemática do Direito brasileiro. Interpretação dessa ordem passaria ao largo do impedimento constitucional que tranca ao Poder Executivo a via da legislação sobre matéria de lei complementar, soabrindo-lhe o perigoso atalho da medida provisória, que além do mais tem o condão de imprimir eficácia imediata aos seus dispositivos.

Em contraposição formal a este modo de avaliar o alcance das indigitadas medidas, temos para nós que o expediente que o constituinte afastou das mãos do Presidente da República, por meio de lei delegada, forma legítima e tradicional de manifestação do Poder Legislativo, certamente que não o entregaria para que fosse utilizado por intermédio de medida provisória.

Se, no entanto, quisermos testar as deficiências daquela interpretação que adversamos, segundo a qual a medida que verse matéria de lei complementar, se aprovada por maioria absoluta transformar-se-á em diploma dessa natureza, basta perceber que, caminhando nessa trilha, acabaremos subvertendo o quadro das espécies do processo legislativo. Sim, porque fazendo as vezes de legislador complementar, o Chefe do Executivo ingressaria não só em território que lhe é vedado, como poderia prescrever, com base no parágrafo único do art. 59 da Constituição, as disposições relativas à “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Eis a confusão absoluta instalada no processo de produção legislativa no Brasil, com a medida provisória crescendo na escala hierárquica, a ponto de tornar-se fonte de *validade formal* das outras leis do sistema. O passo seguinte seria admitir-se a introdução de emendas à Constituição, mediante a iniciativa de medidas provisórias que viessem a ser acolhidas pelo sufrágio de três quintos dos membros das Casas do Congresso, em dois turnos de votação, consoante requer o art. 60, § 2º da CF.

3. AS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS E A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Meditemos, por derradeiro, acerca do emprego de medidas provisórias no plano do direito tributário. A União poderá utilizá-la para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda, majorá-los? Cremos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da medida, com o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b” da CF; outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de “tributo” como algo sobre que os administrados devam expressar seu consentimento prévio. A noção de “tributo”, nos países civilizados, repele a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral do Estado, considerando a iniciativa como fundada em ideia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhes são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo “tributo” ostenta nos dias atuais.

Não valessem tais razões e a simples invocação do princípio da segurança do direito já seria bastante em si para inibir esse mecanismo de ação fiscal.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- As medidas provisórias no Direito Tributário brasileiro, de Alexandre Barros Castro – *RTrib* 25/98-109 (DTR\1998\484);
- Medidas provisórias justificadas pela urgência e pela evidência, de Yves Strickle – *RePro* 300/93-106 (DTR\2020\117);
- Medidas provisórias na Constituição de 1988, de Eros Roberto Grau – *RT* 658/240-242 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/457-460 (DTR\1990\145); e
- Perfil constitucional das medidas provisórias, de Celso Antônio Bandeira de Mello – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/115-121 (DTR\2012\1103).