

## DIREITO, PODER E MEDIDAS PROVISÓRIAS

SÍLVIO BRAZ PEIXOTO DA SILVA

Advogado. Professor de Direito. Ex-Presidente da OAB-CE e ex-Procurador Geral do Estado

O Direito, em sua universalidade, é o elemento que conduz e assegura o processo de integração dos grupos sociais em círculos cada vez mais amplos, nos quais se desenvolvem relações de crescente complexidade, mantendo-lhes a unidade na multiplicidade, o *equilíbrio instável* ou em movimento necessariamente resultante das duas forças fundamentais que atuam no interior de toda sociedade: a da conservação, e a da renovação. De fato, dada a desigualdade dos homens, naturais, como as decorrentes do temperamento ou personalidade - os indivíduos reagem diferentemente a estímulos iguais - ou sociais, fruto da formação cultural, ou dos interesses de classe, entregam-se, pessoas e grupos, à perseguição de objetivos diversos, conflitantes, nisso importando, para uns, a mudança do **statu quo**, e, para outros, a sua manutenção. O Direito é, nessa circunstância, o fator de equilíbrio, de preservação da unidade na diversidade, embora resultado, a cada momento histórico, da força que se impõe. É que, apesar de síntese desse embate, o Direito é, em sua normatividade essencial, compromisso, eleição racional de condutas tendentes à garantia da segurança numa ordem que, quanto menos justa, mais estimula o esforço e a solidariedade, isto é, a coesão dos que a pretendem mais justa. O que jamais será conseguido idealmente, dada a inexauribilidade própria aos valores.

No Direito está, segundo uma visão que achamos mais realista da experiência jurídica, implicado o poder. É verdade que eminentes **objetivistas** concebem o primeiro à revelia do segundo, aparecendo o Direito como produto mecânico da solidariedade social oriunda da divisão do trabalho, que engendra as próprias regras da convivência social (Duguit). O Direito seria expressão imediata da consciência coletiva, e, ante essa formação espontânea, o poder, mero fato social, não jurídico, apenas se submete ao Direito “pela natureza das cousas”, não participando da sua formação. Também de color objetivista é a doutrina de Kelsen, segundo a

qual o poder não é algo que preceda e garanta a atualização do Direito, pois, “atrás do Direito não é preciso existir um poder que o sancione”. Essa noção seria, para o grande Mestre, hipostasização “que desdobra inutilmente o objeto do conhecimento, e cuja falta de base se comprova desde o momento em que se adverte que o chamado poder do Estado não é outra coisa senão o poder do Direito, não de um Direito natural ideal, mas tão só do Direito positivo”( a . cit., “Teoria General del Derecho y del Estado”, Imprenta Universitária , Mex., 1958, 2ª. ed. pág. 22).

Para os subjetivistas, como Ihering, o poder cria o Direito. Há, entre os dois, relação de precedente a conseqüente, não se sabendo como o poder se estrutura, ele mesmo, sem regras de direito, para, num segundo momento, passar a ditá-las. É que parece impensável deixar de pressupor, na constituição e no exercício do poder, um *mínimo* de juridicidade. Mesmo no chamado poder *de fato*.

A conciliar as duas posições, com inegável razoabilidade, surge o entendimento de que poder e Direito têm origem concomitante, pois toda organização gera, ao mesmo tempo, um poder e suas regras. Expressão desse modo de ver são os princípios binários de Burdeau: “Não há sociedade sem regras, nem regra sem poder; “Não há sociedade sem poder, nem poder sem possibilidade de estabelecer regras”(cit. P/ Miguel Reale, “Teoria do Direito e do Estado”, Ed. Martins, 1970. 3ª. ed., pág. 100).

Desse modo, na predominante visão contemporânea da implicação entre poder e Direito, que encontra a sua mais elaborada expressão, ao nosso ver, na doutrina da tridimensionalidade do Direito que tem como corifeu o patricio Miguel Reale - com ilustres e precedentes suportes no trialismo de Lask e Radbruch - o poder não é uma quarta dimensão do Direito, mas a vontade que, no processo nomogenético, realiza as estimativas entre o fato ou problema social dado face aos valores a realizar ou preservar, elegendo uma entre várias condutas para tanto possíveis através de norma, que positiva; isto é, a que oferece garantia, por meio da sanção (coercibilidade).

Importante é ver, nesse ângulo, a superação do desencontro entre objetivistas e subjetivistas, assim assentada pelo eminente Mestre paulista:

*“Nem o legislador ou o Estado cria todo o Direito (solução subjetivista), nem o Direito automaticamente se põe e se realiza (solução objetivista), visto como o Direito, e especialmente o direito estatal, é o resultado de uma síntese de condições objetivas e de apreciações subjetivas segundo uma ordem de valores; é sempre*

*objetivo-subjetivo, porquanto não teria eficácia real uma norma ditada arbitrariamente pelo Estado à revelia dos sentimentos, das aspirações e das tendências da coletividade, embora pudesse valer "tecnicamente" por sua coercibilidade objetiva"(a. et op. cit., pág. 103)*

É nesse sentido, de que a norma jurídica não deve ser arbitrária, atender apenas aos interesses do poder, mas capitalmente aos da coletividade a cujo serviço se compreende, que acima dissemos ser o Direito solução de compromisso( salvo em momento de crise), instrumento de regulação da convivência voltada para a realização do bem comum, isto é, de uma ordem justa. É, aliás, lembrado que, tanto é o Direito essa composição de forças, que todo ideal político ditatorial ou libertário perde muito de autoritarismo ou libertarismo a partir do momento em que se formaliza em ordenamento jurídico. O poder, por isso, tende a juridicizar-se, sofre limitação no seu exercício, submetendo-se à ordem jurídica que positivou - fala-se de qualquer poder, institucionalizado, ou difuso. (Há, a esse respeito, o caminho inverso, da conversão do poder legal em ilegal, mas o processo, por sua dinâmica, tende, sempre, ao estabelecimento de **novo** legal).

Fazemos essas reflexões, sem originalidade, na tentativa de melhor apreender o que entre nós se passa relativamente ao uso e abuso de medidas provisórias. Banida foi, na Constituição atual, a figura legislativa do decreto-lei que abastardara o processo legislativo no Brasil. Atento o constituinte, todavia, a que, na vida da população, ou do Estado, há circunstâncias a exigir atendimento rápido, de emergência, para o que melhor se qualifica, por sua plasticidade, o Poder Executivo, admitiu entre as espécies normativas que pode fazer emanar a **soberania** a medida provisória. Espécime colhido do Direito Constitucional italiano, foi assim conformado:

*"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 da sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes"*

Podem sublinhar-se, nesse perfil da medida provisória, várias condições que lhe acentuam o caráter de providência extraordinária,

extravagante em relação ao processo legislativo ordinário, como é na origem. Primeiramente, trata-se de medida **provisória**. Vale dizer, não serve ao escopo de estabelecer-se regra **permanente** ou que possa aguardar sem dano social o cumprimento do processo legislativo que tem no Congresso Nacional sua sede. Em íntima correlação com essa qualificação de regra limitada, em seus efeitos, no tempo - salvo quanto a providências que assegurem a irreversibilidade do quadro fático acudido - deve a medida provisória atender, exclusivamente, a caso de **relevância e urgência**. Para isso, e por isso, é que “tem força de lei”. Se não se trata de situação **relevante**, isto é, referida a fato de grave significação para a comunidade, ou, mesmo, para o Poder, ou a valor de alta expressão em termos estimativos, não caberá solvê-la, em caráter de urgência, mediante norma de extração especial só para esse desiderato.

Nem se sustenta a afirmação, por alguns, de que a relevância e a urgência são juízos próprios do poder que goza de discricionariedade na sua declaração em cada caso. Não se nega possa haver, eventualmente, tal possibilidade de decisão discricionária, mas necessário é convir que os conceitos de **relevância** e de **urgência** têm utilização corrente na vida e na experiência do povo, estratificados no senso comum. São vocábulos insusceptíveis de recepção de um sentido técnico diverso da sua significação popular; mas, mesmo assim não fora, e pudessem as duas palavras ostentar diferentes conteúdos semânticos, como se cuida da linguagem da Constituição, e esta se dirige principalmente ao homem do povo, o sentido a prevalecer seria, de qualquer modo, o inteligível pelo cidadão, não pelo técnico. Então, relevância e urgência são, no art. 62 da Constituição, o que o povo pensa realmente que é, sem complicação. E a sua ocorrência real em cada caso, legitimando, ou não, a edição de medida provisória, pode ser objeto do controle jurisdicional.

Por outro lado, por sua excepcionalidade, que rompe o equilíbrio entre os órgãos da soberania, admitindo a interferência de um na competência referencial do outro, deve ser a medida provisória submetida “de imediato” ao Congresso Nacional que, estando em recesso, para a salvação da República (...), será convocado extraordinariamente para reunião no prazo de cinco dias. A presunção a tirar daí é a de que, não estando em recesso o Congresso, deve reunir-se, para a apreciação da medida, em prazo menor que cinco dias...

Por último, em fixação mais severa do aspecto emergencial, efetivamente **provisório**, do edito de exceção, perderão as medidas

provisórias a eficácia, desde a edição, se não convertidas em lei no prazo de trinta dias da sua publicação. Nada mais sugestivo para firmar que a “força de lei” é, realmente, atributo temporário, só deve durar trinta dias a contar da publicação do ato legislativo. Caso tal não ocorra, a “perda da eficácia” é a sanção constitucional inafastável, **irremediável**, pois em nenhum momento ressaltada. Nessa hipótese, incumbe ao Congresso Nacional “disciplinar” as relações jurídicas dele decorrentes, para o que não há prazo, sendo que uma dessas relações poderá ser, eventualmente, a de credor-devedor de perdas e danos resultantes de ato legislativo abusivo ou frustro, que alterou situação jurídica e não a consolidou.

Esse o figurino constitucional da medida provisória. Assim á quis a Constituição Federal. Como a vem praticando, entretanto, o Presidente da República?

- Nada mais atentatório à Lei Máxima do País. Para começar a mostra, lembramos como a medida provisória se tornou, nas mãos do Chefe do Poder Executivo, instrumento corriqueiro de governo, arma com que o Governo governa, meio fraudulento de ditar suas próprias regras de Direito e, ao mesmo tempo, cobrar sua aplicação e aplicar a sanção. Para tanto, foram eliminados, no laboratório presidencial, os requisitos da relevância e da urgência para o uso do modelo legislativo. Legisla-se, por meio dele, tranqüilamente, produzindo normas de índole **permanente** sobre os mais gerais aspectos da vida do País, principalmente para erradicar as conquistas sociais, particularmente dos servidores públicos! Até garantias constitucionais, como a do direito adquirido, são espezinhadas, como dá exemplo a MP nº286 (art. 7º), vergonhosamente convertida na Lei nº8.162, de 08 de janeiro de 1991. Por medida provisória tem-se organizado até órgãos do Governo, para o desafio dos tempos...Se a apreciação congressional não vem nos trinta dias, a solução, em novo desrespeito à Constituição, é republicar o texto sob novo número, com, ou sem alterações, estabelecendo o caos na legislação, mormente em matéria administrativa. O Regime Jurídico Único federal, objeto da Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990, hoje ninguém sabe o que é, talvez não o saiba nem o Ministro responsável pela área, tão desfigurado foi mediante medidas provisórias.

Entrementes, a tudo assiste, sonambúlico, o Congresso Nacional, como se nada lhe diga respeito, como se, no caso, não se estivesse demitindo da sua função soberana, legítima, de legislar, de revelar o Direito conforme as necessidades e aspirações do povo que tão mal representa. O que nos faz lembrar as fraquezas da Constituição dita “Dirigente”, surgidas do impulso

constituente depois arrefecido na prática do texto novo, sem a força das mobilizações criadoras, e, mais contundentemente, boicotada na implementação das medidas parlamentares necessárias à sua viabilização como norma viva, restando como “constituição não cumprida” (v. J. J. Gomes Canotilho, “Constit. Dirigente e Vinculação do Legislador”, Coimbra Edit. Ltda., 1982, pág. 27)

Fazendo, então, aquelas reflexões sobre o Direito e o Poder, e, agora, sobre o abuso das medidas provisórias, não podemos deixar de concluir: está o Governo Federal, com as medidas provisórias inconstitucionais na forma e no conteúdo que edita, atuando como força bruta, mera máquina geradora de normas em processo axiológico-teleológico a que não comparecem os anseios, valores e necessidades da sociedade, mas, tão somente, os interesses do governo resumidos em **dever ser** restrito à situação de caixa, do Tesouro. Atua no País, desse modo, um poder insubmisso à Constituição, o político incontinente ao jurídico, cada mais perceptível como poder fora de regra, insensível e ufano na exibição do seu “quantum despótico”. Um poder não partilhado pela sociedade por excluir, na positivação das suas próprias normas, os representantes desta, numa situação em que não se exerce o controle do poder pelo poder. Assiste-se, sem reação, particularmente do Ministério Público quanto ao crime de responsabilidade, à dominação nacional de um Governo que se instituiu constitucionalmente e logo deu partida a um processo de **desconstitucionalização** mediante emendas, omissão na edição das leis complementares, e, simplesmente, pelo sistemático e acintoso descumprimento de cânones constitucionais, como ocorre nesse caso das medidas provisórias. A gerar tal ilegitimidade, convém repetir, um direito à base da força, não à base da justiça, como diria LE FUR, e a constituir, entre nós, novo lixo autoritário que é preciso varrer, novamente varrer.