

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso *site* na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Matriz / Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê
Fone: (0—41) 352-1200 - Fax: 252-1311 - CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

Filial / São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 - Fone: (0—11) 3932-0015
Fone/Fax: (0—11) 3932-0974 - CEP: 02925-140

Representação / Rio de Janeiro/RJ: Excelência Assessoria Editorial
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 - Fone: (0—21) 220-2096 - CEP: 20040-009

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
Curitiba : Juruá, n. 6, 2001.
250p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00119

CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Lucia Valle Figueiredo*¹

1. O Estado de Direito é aquele curvado à *rule of law*, tal seja, à lei que o poder estatal cria e a que deve submissão.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar materialmente o Estado de Direito. Há necessidade da existência de outras determinadas características absolutamente essenciais, tais sejam, **separação efetiva de poderes** para a existência dos “freios e contrapesos”, “**juiz natural**”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou *post facto*, e, além disso e, principalmente, **de juiz imparcial**, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

2. A lei será apenas aparentemente respeitada se os conflitos entre administração e administrados não forem dirimidos imparcialmente, se a administração em juízo não for uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face do **ESTADO DE DIREITO**, porém, ainda, estaremos, na verdade, em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista, estariam amplamente justificados.

(1) Lúcia Valle Figueiredo é Professora Titular de Direito Administrativo da PUC – São Paulo. Juíza aposentada do TRF da 3ª Região. Consultora jurídica em São Paulo.

3. José Afonso da SILVA enfatiza que não se pode apenas considerar o Estado de Direito pela legalidade. Afirma o eminente publicista:

*“Por outro lado, se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente”.*²

4. Se houver democracia em Estados, que se estruturam tendo por pilas a separação de poderes, o controle jurisdicional e garantias de direitos individuais e coletivos, estaremos em face do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, pois, que ao Estado de Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, este grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total às liberdades e à cidadania existissem.

5. O Estado Democrático de Direito, como inserido na CF/88 em seu art. 1º, necessita, além dos requisitos já enumerados, que o **poder emane do povo**. Em nossa Constituição, este é exercido direta ou indiretamente (art. 1º, parágrafo único).

Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer **efetivamente** o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, e, efetivamente sobremais disso, é mister que direitos fundamentais, como também anteriormente afirmado, constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em conseqüência, o Estado de Direito é estado de legitimidade.³

6. Enumera o ilustre constitucionalista, José Afonso da SILVA, já citado, os princípios necessários para existência efetiva do Estado

(2) SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6. ed. revista e ampliada, p. 101.

(3) Veja-se a excelente obra de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETTO, **Direito da participação política. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. São Paulo, Renovar, s.d.

democrático de direito. São eles: *princípio da constitucionalidade*, *princípio democrático*, *princípio da justiça social*, *sistema de direitos fundamentais*, como já assinalamos, *princípio da igualdade*, *princípio da divisão de poderes*, *princípio da legalidade e da segurança jurídica*.⁴

7. Verificamos, assim, que o *controle jurisdicional* é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, como influência da Constituição Americana, sobretudo de Marshall, do *judicial review*, aparece na Constituição de República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado de Direito.

A abertura constitucional de acesso mais amplo ao Judiciário, quer seja por força do inc. XXXV, do art. 5º da CF/88 – que dilargou, às abertas, o controle judicial e possibilitou que a *ameaça de lesão* já pudesse ser submetida ao Judiciário – quer seja pelo devido processo legal (CF/88, art. 5º, LV) em seu sentido mais amplo,⁵ quer seja pelas defensorias públicas, ou pelos novos instrumentos de garantia, procura fazer que a Administração seja contida dentro de suas competências constitucionais e legais, que não possa desbordar, se não deverá ser reconduzida a seu limite.

8. García de ENTERRÍA,⁶ em seu festejado livro *La lucha contra las inmunidades del poder*, averba, ao se referir à evolução do controle jurisdicional:

“A história da redução destas imunidades, desta constante resistência que a Administração opôs à exigência de um controle judicial pleno de seus atos mediante a constituição de redutos isentos e não fiscalizáveis de sua própria atuação,

(4) *Idem, ib.*, p. 107-108. É evidente que o princípio da separação de poderes deverá ser efetivo e não apenas formal. Se o Congresso estiver completamente subjugado ao Executivo, teremos apenas formalmente um Estado Democrático de Direito.

(5) Veja-se SIQUEIRA DE CASTRO, Carlos Roberto, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, Rio, Forense, 1989.

(6) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, p. 22.

podemos dizer que, em geral, é a própria história do Direito Administrativo". (tradução nossa)

8.1. Nesta CF/88, o controle jurisdicional viu-se ampliado, com a inclusão da possibilidade de socorro ao Judiciário apenas por ameaça de lesão, conforme já afirmado.

Temos, desde a promulgação da Constituição, enfatizado que o poder cautelar do juiz, (pós Constituição de 1988), não depende de legislação infraconstitucional e, ademais disso, e, sobretudo, não pode ser amesquinhado por qualquer lei ordinária, menos ainda por medidas provisórias. Seu berço é constitucional e representa, sem dúvida, uma das cláusulas "pétreas", como comumente denominadas, ou cerne fixo da Constituição.

9. O inc. XXXV, do art. 5º, é de clareza exemplar: *qualquer lesão ou ameaça de lesão poderá ser submetida à apreciação do Judiciário*. Abrem-se, pois, completamente as portas do Judiciário.

Deveras, o controle judicial alargou-se. Se **toda e qualquer ameaça** pode ser conhecida pelo Judiciário, **as medidas acautelatórias defluem diretamente do Texto Constitucional**, como afirmado anteriormente. Autoriza, pois, a afirmação da inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional que pretender amesquinhar – como vem ocorrendo – o controle jurisdicional.

10. Por outro lado, tivemos, ainda, a ação popular (art. 5º, LXXIII) com o objeto ampliado. O objeto da ação popular foi dilargado à medida em que expressamente estão contidas, não mais apenas a ilegalidade mas também a lesividade ao patrimônio público, ou de entidade de que o Estado participe.

Portanto, verificamos que a ação popular, no controle de correção (controle jurisdicional), como nós denominamos, foi efetivamente ampliada.

10.1. De outro turno, a ação civil pública foi "constitucionalizada" e vem sendo de extrema utilidade, quando bem utilizada pelo Ministério Público – o que ocorre na maioria das vezes.

11. Em tempos passados, a jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos dis-

cricionários não se submetiam a controle, no referente a seu **mérito**. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a possibilidade de o Judiciário controlar toda a atividade administrativa, desde que não invadisse o **mérito** das decisões discricionárias. E por **mérito** do ato, compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade, que teriam fundamentado a decisão do administrador.

12. Ademais, negava a jurisprudência, também alicerçada na doutrina, a necessidade de motivação⁷ dos atos discricionários. E isto porque, acreditavam, que, na competência discricionária administrativa de pôr e dispor, estaria entranhada a possibilidade de valoração sem contraste jurisdicional.

Estabelecera-se, destarte, no que tange ao controle, nítido divisor de águas entre os atos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia à Administração Pública a rigorosa subsunção e os atos chamados **discricionários**, que a concreção da norma ficaria, ao que diziam, apenas no critério de conveniência e oportunidade administrativas.

12.1. Ainda, seria a liberdade administrativa a mais abrangente possível, quando se tratasse de atos políticos ou de governo, categoria que se apartava, atribuindo-se-lhe regime jurídico diverso.

O saudoso Prof. Oswaldo A. BANDEIRA DE MELLO⁸ divergia da afirmativa, dizendo, com muita propriedade, que não se furtariam os atos de governo do controle jurisdicional em face da norma insculpida no art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional, antigo art. 153, § 4º, quando escrita a obra do autor. Ademais, observou não prescindirem de motivação alguns atos também praticados dentro da competência discricionária.⁹

(7) Sobre a necessidade de motivação do ato, consultem-se as seguintes obras: De la Vallina VELARDE, *La Motivación del Acto Administrativo*, cap. VI; *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, caps. II e III, de GONZALEZ PEREZ, Jesus; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, p. 75-77.

(8) BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais...*, cit. p. 417.

(9) *Idem, ibid.*, p. 471-472.

Seabra FAGUNDES, o querido mestre de todos nós, em seu precioso **O Controle dos Atos Administrativos**,¹⁰ desde sua primeira edição, admitiu, às claras, que todos os atos administrativos eram subsumíveis ao controle jurisdicional, embora seu **mérito** não pudesse ser sindicado.

Se o Judiciário deve conhecer qualquer lesão a direito, *ipso facto*, é, apenas, o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando. Não há *a priori* atos isentos do controle jurisdicional.

13. O princípio da legalidade, denominado pelos tributaristas de estrita legalidade, postula que cumpra o administrador a lei dentro de seus estritos balizamentos. Mesmo porque “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Quando nos referimos à *lei*, evidentemente estamos a falar no ordenamento jurídico. A justaposição há de ser à lei, à Constituição e aos princípios vetoriais do ordenamento.¹¹

E se o administrador desbordou ou não dos limites de sua competência, a verificação cabe ao controle interno e externo, neste último, incluídos o controle judicial, dos Tribunais de Contas e o Parlamento.

13.1. A doutrina também tem reconhecido, como já assinalado, que mesmo os atos políticos não refogem ao controle do Judiciário.

Apenas, tais atos, por estarem diretamente subsumidos à Constituição, teriam – à maneira dos atos legislativos – grau maior de discricionariedade. Sua situação em nada difere das outras situações administrativas, em que a Administração é obrigada a fundamentar as razões que a induziram a revogar determinado ato.

(10) Seabra FAGUNDES, ob. cit., p. 148 e ss.

(11) Consoante Souto Maior BORGES, em sua fala no XIV Congresso de Direito Tributário, realizado em São Paulo, em outubro de 2000, pode-se falar em hierarquia principiológica dos princípios inseridos no art. 5º do Texto Constitucional, por força da densidade semântica dos conceitos. A legalidade deve ser considerada *proto-princípio*.

A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade, como reiteradamente vimos dizendo, quer em palestras quer em escritos.

14. Cabe, neste passo falar de medida provisória: seus pressupostos e limites,¹² assunto que, hoje em dia, bastante tardiamente é verdade, vem preocupando Juizes, no que tange ao controle, legisladores, e intranquilizando todos aqueles que necessitam e valorizam a *segurança jurídica, a certeza da legislação vigente*.

Tanto é assim que, recentemente, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Reginaldo de CASTRO, escreveu excelente artigo intitulado **Insegurança Jurídica**,¹³ em que verbera veementemente contra o “*ambiente de provisoriedade jurídica em que vivemos*”, em que se muda a legislação inconveniente ao governo, não para o futuro, mas se pretendendo anular os efeitos de decisões judiciais favoráveis aos direitos dos cidadãos, por meio do “*expediente sumário da medida provisória*”.

E, prossegue: “*Em vez de pagar o que deve, o Estado muda a lei para suprimir direitos*”... “*Nem ao tempo da ditadura militar gerou-se tal ambiente de provisoriedade e de insegurança jurídica*”.

15. Esse é o quadro com que nos deparamos por ter havido, por tanto tempo, aquiescência, tácita ou expressa a este triste estado de coisas, coexistência de duas ordens jurídicas, uma válida, de conformidade com o direito, e, a outra tristemente imposta e aceita não se sabe bem como nem por quê.

15.1. Relembremos: tem o Presidente da República, mercê do Texto Constitucional, do art. 62, competência para expedir medidas provisórias, com força de lei, em caso de *relevância e urgência*.

(12) Veja-se o trabalho brilhante de Américo LACOMBE a respeito das medidas provisórias *in Estudos de Direito Administrativo e Constitucional em Homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 11-26. Também os estudos de Josaphat MARINHO, Marco Aurélio GRECO, Marcelo FIGUEIREDO e os artigos de Osiris de A. LOPES FILHO, Paulo Lopo SARAIVA, Uadi Lamêgo BULOS, Celso Antônio Bandeira de MELLO, Arx TOURINHO, Ives Gandra da Silva MARTINS, Cármem Lúcia Antunes ROCHA e Sacha Calmon Navarro COELHO, todos na revista **Enfoque Jurídico**, abril-maio/97.

(13) Folha de São Paulo, 03.11.00, p. A3.

Tais medidas devem ser apreciadas pelo Congresso Nacional, e, se não convertidas em lei, no prazo de trinta dias, perdem sua eficácia.

A medida provisória foi inserida, nesta Constituição de 1988, a suceder o famigerado decreto-lei, que já se mostrara, mercê de seu uso abusivo, como merecedor de ser alijado de texto moderno e modelar, no que se refere às liberdades públicas e suas garantias.

16. Inserida a medida provisória no art. 62 excepciona, *si et in quantum* vige, o princípio da legalidade. Tem força de lei, portanto não é lei.

Pretende, e pode, obrigar executoriamente, se nascida dentro de seu confinamento constitucional. É dizer, deve respeitar seus pressupostos: *relevância* e *urgência*. Ademais disso, claro está que não poderá, dado seu regime jurídico especial, dispor sobre algumas matérias.

17. Destaque-se, desde logo, a matéria penal. E, por motivos óbvios. Atrita e violentamente com toda a principiologia constitucional, afronta o *status libertatis*.¹⁴

Não deverá, ainda, dispor sobre a criação de tributos (entretanto a Suprema Corte aceitou, sem tergiversações, que isso fosse feito) uma vez que a esmagadora maioria de tributos deve obedecer ao princípio da anterioridade (CF/88, art. 150, III, "b", veja-se, dentre outros, Roque CARRAZA).¹⁵

Também não podem as medidas provisórias criar empréstimos compulsórios, pois submetidos estes à lei complementar.

Conclui Roque CARRAZA, na obra citada, em linha de argumentação, séria e irretorquível, que a medida provisória não pode criar ou aumentar tributos. Traz também a contexto, citando Misabel DERZI,¹⁶ a absoluta inadequação para instituir e majorar tributos.

(14) José Celso de MELLO FILHO, em "Considerações sobre as Medidas Provisórias", in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 33.

(15) *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 12 ed., revista, ampliada e atualizada de acordo com as Emendas Constitucionais 19/98 e 20/98, Malheiros editores, São Paulo, 1999, p. 158).

(16) RDT 45/130.142, em *Medidas Provisórias*.

Demais disso, consoante entendemos, não pode a medida provisória *legislar sobre processo civil*. Dificilmente poderia haver urgência, na forma postulada pela Constituição. Não estariam presentes seus pressupostos, ambos conjuntamente.

17.1. Menos ainda, dispor sobre competências outorgadas a fundações e autarquias, como recentemente Medida Provisória,¹⁷ altamente censurável, assim fez.

Ainda, se tentasse suprimir a outorga de liminares ou cautelares,^{18/19} ou a não-executoriedade de sentenças,²⁰ estaria a agredir o conteúdo “pétreo” da Constituição, art. 60, III (a separação dos poderes) e IV (os direitos e garantias individuais).

De conseguinte, se por via transversa, forem maculadas as garantias constitucionais, estar-se-á entrando em testilhas com a parte intocável da Constituição.

18. Relembremos que o decreto-lei foi criação da Constituição de 1937, constituição eminentemente autoritária. Naturalmente, na democrática Constituição de 1946 esteve ausente e retornou, como era previsível, na Constituição de 1967, mantendo-se na Emenda 1, para ser suprimido, considerado “entulho autoritário” na CF/88, constituição progressista, equiparada às Constituições portuguesas e espanhola.

(17) Medida Provisória 2.048-26, reedição da MP 1.705/98, e suas sucessivas reedições, que pretende a reestruturação e reorganização de carreiras, cargos e funções comissionadas e técnicas no âmbito da Administração Pública Federal *direta, autárquica e fundacional*, criando a carreira de “*Procurador Federal*”, que, lamentavelmente, comete toda sorte de inconstitucionalidades.

(18) Marcelo FIGUEIREDO, em trabalho exatamente sobre o tema, faz enérgica verberação a respeito das proibições de liminares:
“*Dessa forma, medida provisória, como de fato editada, proibitiva de expedição de liminares, é de evidente inconstitucionalidade. Inconstitucional por afronta literal e contextual (sistemática) aos arts. 2º e 5º, II, XXXV, XL (de forma negativa), LXIX, LXX*”.

(19) José Celso de MELLO FILHO, em “Considerações sobre as Medidas Provisórias”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 33.

(20) Veja-se excelente artigo de Dr. Cássio Scarpinella BUENO **Dependência e morte: A Medida Provisória 2.059/00, o novo pedido de suspensão e o mandado de segurança**, ainda, inédito, no *site* da Max Limonad.

Verifica-se que países como o nosso, ao saírem da ditadura, escreveram modernas tábuas de direitos e garantias individuais, para realmente apagar seus dolorosos vestígios. Não fugiu à regra a CF/88.

19. Se é verdade que, em circunstâncias excepcionais (casos de urgência e relevância, ambas as circunstâncias conjuntamente), pode o Presidente da República expedir medidas provisórias – e, *ao que pensamos, somente em certas matérias* – o regime jurídico da medida provisória é de todo diverso em relação ao da lei.

19.1. A medida provisória, como, aliás, o decreto-lei anterior, encontra no Texto Constitucional peias e amarras, exatamente por ser *espécie legislativa* diversa e, absolutamente, excepcional.

Seu campo é bastante delimitado, consoante afirmado e enfatizado, e seu regime jurídico excepciona – e de maneira flagrante – o regime jurídico da lei.

19.2. Ora, a Constituição afirma, peremptoriamente, como norma categórica, que todo o poder emana do povo.

Emanando o poder do povo, impende que o Órgão, seu representante, faça as opções em seu nome. A regra geral, pois, é da lei.

A medida provisória apresenta-se como alternativa que, se validamente exercida, *dentro das comportas rígidas do Texto Constitucional*, seria justificável. Isto porque, o interesse público primário estaria a clamar, em certas hipóteses, por solução imediata, ágil por parte do executivo.

20. Daí o regime jurídico da medida provisória discrepante do da lei ordinária. Vejamos algumas dessas divergências.

Lei nenhuma pretende-se com eficácia provisória. A eficácia da medida provisória, entretanto, embora imediata, *é provisória*, pois pendente do implemento de uma condição resolutiva, tal seja, a aceitação ou não de seu texto pelo Congresso Nacional, ou, então, consoante entendemos, sua rejeição pelo decurso do prazo de 30 dias, constante do Texto Constitucional.

Doutra parte, havendo rejeição pelo Congresso Nacional, o ato de controle terá sua eficácia adstrita às situações passadas,

dependendo da deliberação expressa do Congresso Nacional sobre as relações jurídicas surgidas quando da sua vigência.

A rejeição não implicará, pois, necessariamente, na nulidade dos atos praticados sob sua égide, apesar de a medida provisória ser desconstituída com efeito *ex tunc*. ***Então, de direito, é como se nunca tivesse existido.***

Tudo isso, colhido exemplificativamente, está a demonstrar – e de maneira clara – que lei e medida provisória são, certamente, instrumentos jurídicos diversos.

21. Encontramo-nos, no art. 62 citado, sem sombra de dúvida, diante de conceitos imprecisos (*relevância e urgência*). Entretanto, somente por isso, tais conceitos não levam à competência discricionária, mas, pelo contrário, devem ser atrelados a toda principiologia constitucional.

Deveras, tem a medida provisória campo absolutamente demarcado e restrito no Texto Constitucional, representando seu alargamento, de um lado, sem dúvida, usurpação de competência pelo Executivo e, de outro, omissão legislativa. E, ademais disso, a falta de controle pelo Judiciário, quando provocado, também constitui omissão.

22. O controle jurisdicional, como já afirmado, é elemento essencial à democracia, ao Estado de Direito, como garante das liberdades democráticas. Por isso mesmo não se pode furtar o Judiciário ao controle se provocado.

O controle judicial é controle de legalidade. Todavia não se pense que o controle da legalidade possa se restringir aos atos vinculados, como já dito. É evidente que o controle somente poderá ser efetivo se exercido sobre os atos da administração de maneira ampla e abrangente.

É claro que não se pretende que o Judiciário se substitua ao Poder Executivo, ou melhor dizendo, às competências administrativas, fazendo as opções de oportunidade e conveniência para o momento, opções estas, que, sem dúvida, pertencem à administração.

Entretanto, pretende-se – isso sim – que o Judiciário gize adequadamente qual o limite em que se deverá confinar a discricionariedade do administrador,²¹ que não é como tão bem afirma Caio TÁCITO um “cheque em branco”. A lei pretende, quando se vale de termos indeterminados, que, por isso mesmo, as finalidades legais sejam implementadas. Diante do caso concreto deverá o administrador, após a interpretação do conceito, verificar qual a conduta a ser praticada para a finalidade a ser atingida.

23. E ao Judiciário caberá, sem dúvida, a verificação da existência de proporcionalidade, coerência, se não houve manifesta inoportunidade (GORDILLO) entre a conduta adotada e a postulada pela norma. Enfim, se a conduta é razoável.

Ao juiz cabe, ao interpretar o direito, verificar qual o campo, qual o limite a que se deve confinar a discricionariedade administrativa, ou seja, qual o limite, o resíduo da escolha deixado pelo administrador.

23.1. A discricionariedade que resulta ao Presidente da República, em face do caso concreto, para expedir medidas provisórias para preservação de *interesses relevantes*, que, ademais disso sejam *urgentes*, não pode ser entendida como normalmente vem sendo concebida, como vem tendo trânsito quase normal na jurisprudência; apenas, com pequenas exceções, e, aqui e acolá, com alguns gritos angustiantes de protesto.

A competência haurida diretamente do Texto Constitucional, para expedição de medidas provisórias, assemelhadas à lei, todavia com conotações nitidamente divergentes, conforme já acentuado, outorgada ao Chefe do Executivo Federal, *integra a função administrativa atípica*, a ser exercida em circunstâncias anômalas, *relevantes e urgentes*.

(21) Já concluimos, em trabalho anterior, que a competência discricionária consiste no dever de a Administração, no caso concreto, sopesar até que ponto os **direitos individuais** devem ceder passo aos **direitos coletivos**, ou seja, ao interesse público qualificado como tal. Veja-se, se houver interesse, nosso **Curso de Direito Administrativo**, capítulo referente à *Discricionariedade*.

24. E, se é verdade que os conceitos de *relevância* e *urgência* são fluidos, como também já afirmado, representam o que a doutrina chamou de conceitos indeterminados, pragmáticos ou elásticos, não se pode atribuir-lhes indeterminação a ponto de se entender compreendida a possibilidade de serem preenchidos pelos intérpretes do momento, da forma que lhes aprouver.

25. Por outro lado, se não contém o Texto Constitucional limites expressos no tocante às matérias, que possam ser objeto das medidas provisórias, deveremos buscá-los (os limites) nos princípios do Texto Constitucional.

Assim, por evidente – e, quanto a isso já se pronunciou a Suprema Corte – já deixamos assinalado, não poderá dispor a medida provisória sobre matéria penal, e diríamos nós, *sequer sobre sanções administrativas*.

Deveras, as mesma razões que militam em prol da impossibilidade de sanções penais, consoante pensamos, militam em favor *de sua impossibilidade em qualquer matéria sancionatória*. Isso porque estar-se-iam admitindo sanções sem que houvesse disposições prévias a respeito. Na hipótese não se poderia falar que a medida provisória fizesse exatamente as vezes da lei.

Enfrentemos, pois, o seguinte exemplo: determinada medida provisória estabeleceria nova hipótese disciplinar à qual se imputa a pena de demissão. Imaginemos até, para se dar caricaturalmente o exemplo, que a pena de demissão seja até acompanhada do seguinte estigma: “*a bem do serviço público*”. Imagine-se que, ao fim e ao cabo de reiterada reedições, em face de nova composição congressual, fosse rejeitada.

Ter-se-ia, sem sombra de dúvida, situação teratológica: alguém demitido *a bem do serviço público*, com base em apuração cuidadosa, respeitadora do devido processo legal, **porém estribada em fundamento legal não aceito pelo Congresso Nacional**, que o eliminaria. Ainda que o Congresso deva dispor sobre as situações jurídicas criadas por força da medida provisória, isso seria insuficiente a reparar todas as conseqüências advindas de tal situação.

Suponhamos, de outro lado, sanções pecuniárias inflingidas por medida provisória. Se de valor alto, podem até provocar a “quebra” da empresa. E, se pagas, a restituição somente se daria pelo *solve et repete*, em decorrência de precatórios, que, após a inconstitucional Emenda Constitucional de 30, tornou a Administração Pública a pior pagadora existente. Instituiu, na verdade, com o perdão da expressão não técnica, verdadeiro “calote” da dívida pública.

26. De outro turno, a *matéria reservada à lei complementar*, por óbvio, seria insuscetível de ser disposta por medida provisória, pois jamais poderia ser convertida em lei por vício insanável, nem mesmo que fosse assegurado o *quórum privilegiado* próprio.

Também, a matéria insuscetível de delegação, nos termos do art. 69, § 1º, tais como, organização da carreira do Poder Judiciário e a garantia de seus membros, do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento, não poderá ser objeto de medida provisória.

As razões, parecem-nos, seriam decorrência lógica. Se a Constituição proíbe ao Congresso delegar essas matérias, obviamente pretendeu, dada sua importância, que permanecessem como sua competência privativa (do Congresso).

Deveras, se é assim, seria inconcebível que, por via transversa, fosse possível ao Executivo, ainda que pudesse haver relevância e urgência, pressupostos necessários para sua edição, inovar originariamente.

27. Da mesma forma – e assim já reconheceu a Suprema Corte, descabe legislação em matéria de processo civil ou penal. Não se coadunaria com o pressuposto constitucional da *urgência* se outro vício não contivesse.

Decisão memorável da Suprema Corte, verdadeiro *leading case*, que possibilita a esperança de a jurisprudência poder vir a tomar outro rumo, foi exarada a propósito da inconstitucionalidade da MP 1.577-6/97, que pretendia acrescentar mais uma hipótese a fundamentar a ação rescisória e acrescentar seu prazo.

Transcreva-se o teor do acórdão, dada sua importância:

“Ação rescisória. MP 1.577-6/97, art. 4º e parágrafo único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a **ação rescisória** pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superiores ao preço de mercado (art. 4º, parágrafo único): argüição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da CF/88: conveniência da suspensão cautelar: **medida** liminar deferida.

1. **Medida provisória:** excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da **ação rescisória**, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao processual **due process of law**; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a **medida** da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. *Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público.* (ADIn. 1.753 – DF – Reqte.: Conselho Federal da OAB – Reqdo.: Presidente da República – Rel.: Sepúlveda Pertence).

Se o controle jurisdicional das medidas provisórias for amplo (devemos lembrar estarmos diante de competência do Chefe do Executivo estritamente ligada à legalidade) nem por isso haverá invasão da competência do Executivo pelo Judiciário.

Deveras tem o Judiciário competência para controlar a legalidade. Ora, os pressupostos da *urgência* e *relevância* podem e devem ser controlados, pois, estar-se-á, apenas e tão-somente, **exercitando o controle da legalidade.**

Não estará sendo invadida competência política (de governo) outorgada na CF/88, no art. 62 ao Presidente da República, a ser exercida sob os pressupostos constitucionais.

Ao Congresso Nacional, sim, cabe fazer duplo controle da medida provisória: o controle da legalidade (existência ou não dos pressupostos), como também o controle político (tal seja, conveniência ou não na expedição da medida).

28. Em síntese final: cabe sublinhar e enfatizar que, para existência de efetivo controle jurisdicional, é mister o controle do limite constitucional dessas anômalas medidas provisórias.

Lembremo-nos que, embora não expressamente estabelecidos limites no Texto Constitucional, no tocante às matérias, alvo de medidas provisórias, destaquem-se, pelo menos as seguintes, sem prejuízo de se descortinarem mais algumas espécies: *a) matérias reservadas à lei complementar; b) matérias, cuja delegação esteja proibida, nos termos do art. 68, § 2º do Texto Constitucional; c) matéria penal, inclusive sanções administrativas; d) processual civil e penal; e) ainda, consoante se nos afigura, também a matéria tributária, sob pena de o contribuinte, satisfazendo a nova exação, ser condenado ao “solve et repete”, inclusive por intermédio do precatório (assim entendemos, muito embora estejamos cientes que a Suprema Corte deu guarida às medidas provisórias emanadas com tal finalidade).*