

Visão do Direito



Luis Carlos Alcoforado
Advogado

O exercício arbitrário na edição de medidas provisórias

O processo legislativo brasileiro compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Trata-se de conjunto heterogêneo de espécies normativas, submetidas a regimes constitucionais próprios, inclusive quanto à competência, à iniciativa e ao procedimento de formação.

Nesse sistema, a medida provisória ocupa posição singular. Embora represente aparente inflexão na separação funcional dos Poderes, a Constituição confere ao Presidente da República competência excepcional para editar ato normativo com força imediata de lei. Essa prerrogativa, precisamente porque excepcional e exercida sem a prévia deliberação do Poder Legislativo, não é discricionária em sentido absoluto. O art. 62 da Constituição condiciona seu exercício à presença simultânea de dois pressupostos materiais: relevância e urgência.

Não basta, portanto, que a matéria seja politicamente conveniente, socialmente desejável ou administrativamente útil. Tampouco é suficiente que se revista de importância. Relevância e urgência constituem requisitos cumulativos e indissociáveis, cuja ausência desnatura o instrumento e converte a excepcionalidade constitucional em mecanismo ordinário de produção normativa.

A relevância encerra conceito juridicamente aberto e, por isso mesmo, comporta margem significativa de apreciação política. Essa abertura semântica, contudo, não equivale à inexistência de limites. A relevância constitucionalmente exigida deve transcender a conveniência circunstancial do governo e revelar interesse público qualificado, de dimensão compatível com a excepcionalidade da intervenção normativa imediata. Não se confunde, portanto, com o interesse particular de determinado agente econômico, grupo ou segmento isoladamente considerado, nem pode ser construída apenas a partir das conveniências políticas do momento.

A urgência, por sua vez, apresenta contornos mais objetivamente aferíveis. Urgente é a providência que, diante das circunstâncias concretas, não comporta a espera inerente ao processo legislativo ordinário. A urgência constitucional pressupõe impostergabilidade: deve existir uma relação demonstrável entre o fato contemporâneo e a necessidade de produção imediata de efeitos jurídicos. Se a providência pode aguardar a deliberação parlamentar pelos instrumentos ordinários disponíveis, enfraquece-se justamente o fundamento que autoriza o Presidente da República a antecipar-se ao legislador.

Há, nesse ponto, uma dimensão temporal

que não pode ser negligenciada. A medida provisória é instrumento destinado a responder a circunstâncias presentes que reclamem intervenção normativa imediata, e não expediente destinado a corrigir, por decisão súbita do Executivo, situações conhecidas e toleradas durante largo período. A permanência pretérita do problema, desacompanhada de fato superveniente capaz de modificar substancialmente sua gravidade ou seus efeitos, constitui forte elemento contrário à caracterização da urgência.

Não se pode admitir, por conseguinte, a artificialização da urgência. Se determinada realidade era conhecida pelo Poder Público havia tempo suficiente para a adoção do processo legislativo regular, não é constitucionalmente indiferente que, às vésperas do processo eleitoral, o Executivo a transforme abruptamente em emergência para justificar a edição de medida provisória. A Constituição não autoriza que a inércia estatal produza, por si própria, o requisito constitucional que antes inexistia ou que o próprio Estado deixou deliberadamente de enfrentar.

Sob essa perspectiva, medida provisória destinada a produzir repercussões imediatas sobre o mercado de jogos e apostas, especialmente quando editada em período eleitoral, reclama escrutínio constitucional particularmente rigoroso. A gravidade dos efeitos sociais associados às apostas — inclusive aqueles que atingem a organização econômica das famílias — pode conferir elevada relevância à matéria. Relevância, entretanto, não se converte automaticamente em urgência. É indispensável demonstrar qual circunstância nova tornou inviável aguardar a atuação legislativa ordinária e por que a intervenção imediata passou a ser necessária exatamente naquele momento.

Ausente essa demonstração, a utilização da medida provisória deixa de representar resposta constitucional a uma situação excepcional e passa a revelar risco de instrumentalização conjuntural do poder normativo presidencial. A proximidade das eleições, embora não constitua isoladamente causa de inconstitucionalidade, reforça a necessidade de investigação da contemporaneidade e da autenticidade dos pressupostos invocados, sobretudo quando os fatos utilizados para justificar a providência já eram conhecidos e persistiam sem alteração substancial.

A questão constitucional, entretanto, não se encerra no exame da relevância e da urgência. Ainda que, por hipótese, se reconhecessem presentes os pressupostos autorizadores do art. 62, permaneceria necessário examinar o conteúdo material da medida provisória e seus efeitos sobre situações jurídicas já constituídas.

A atuação normativa superveniente do Estado encontra limites na proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da livre iniciativa. A alteração prospectiva do regime jurídico de determinada atividade econômica não se confunde com a desconstituição indiscriminada de relações validamente constituídas sob a legislação anterior. Uma coisa é modificar, para o futuro, as condições de exploração de determinada atividade; outra, substancialmente distinta, é atribuir à nova disciplina efeitos ca-

pazes de atingir posições jurídicas consolidadas e relações negociais regularmente constituídas.

No mercado de jogos e apostas, esses efeitos podem percorrer extensa cadeia de relações privadas: autorizações, contratos, investimentos, obrigações assumidas, estruturas empresariais, relações com fornecedores e demais negócios celebrados sob a confiança na estabilidade mínima da ordem jurídica. Conforme a extensão concreta da intervenção, não se estará diante de meros efeitos econômicos reflexos decorrentes de legítima alteração regulatória, mas de efeitos jurídicos diretos sobre situações anteriormente constituídas.

É precisamente nesse ponto que assume relevo o princípio da segurança jurídica. O Estado possui competência para regular atividades econômicas e, presentes fundamentos constitucionais suficientes, pode inclusive restringi-las intensamente. Essa competência, porém, não lhe confere poder irrestrito para desorganizar relações jurídicas constituídas sob a própria ordem normativa que anteriormente instituiu ou autorizou. Quanto maior a intensidade da ruptura regulatória, maior deve ser o ônus argumentativo do Estado quanto à necessidade, adequação, proporcionalidade e disciplina dos efeitos temporais da intervenção.

Também a livre iniciativa não pode ser reduzida a simples fórmula retórica. Elevada pela

Constituição à condição de fundamento da República e princípio da ordem econômica, ela estabelece limite material à atuação estatal, sem excluir, evidentemente, a regulação necessária à tutela de outros bens constitucionalmente protegidos. A questão constitucional relevante não consiste, portanto, em saber se o Estado pode regular ou mesmo restringir a atividade de apostas. Pode. Consiste em determinar como, por qual instrumento, em que momento, mediante quais fundamentos e com quais efeitos sobre situações jurídicas preexistentes essa intervenção pode legitimamente ocorrer.

A proteção da saúde, da economia familiar ou de outros interesses constitucionalmente relevantes pode justificar disciplina legislativa severa sobre os jogos e apostas. Não autoriza, contudo, que os meios constitucionalmente estabelecidos sejam tratados como obstáculos dispensáveis. A legitimidade do fim não sana a inadequação constitucional do instrumento empregado, assim como a relevância social da matéria não supre, por ficção, a inexistência de urgência.

Se, portanto, a situação que fundamenta a medida provisória é antiga, conhecida e desacompanhada de acontecimento superveniente que explique a necessidade de atuação normativa imediata; se sua edição ocorre em contexto eleitoral capaz de conferir benefício político instantâneo à iniciativa presidencial; e se, além disso, seus efeitos alcançam diretamente relações jurídicas e patrimoniais anteriormente constituídas, forma-se quadro constitucionalmente grave.

Nessas circunstâncias, a medida provisória deixa de ser apenas discutível quanto à conveniência política. Passa a suscitar objeções em planos distintos e cumulativos: quanto à validade formal-material de sua edição, pela ausência dos pressupostos de relevância e, sobretudo, de urgência; quanto à legitimidade de seus efeitos temporais, diante da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito; e quanto à proporcionalidade da intervenção econômica, consideradas a segurança jurídica, a proteção da confiança e a livre iniciativa.

A Constituição admite a excepcionalidade da medida provisória; não admite a excepcionalidade artificializada. O poder conferido ao Presidente da República pelo art. 62 existe para enfrentar circunstâncias que não podem aguardar a resposta legislativa ordinária, e não para converter problemas antigos em urgências de ocasião. Menos ainda pode servir, sob o argumento de tutela de interesses sociais relevantes, como instrumento de ruptura abrupta da estabilidade jurídica que o próprio Estado tem o dever constitucional de preservar.

"O poder conferido ao Presidente da República pelo art. 62 existe para enfrentar circunstâncias que não podem aguardar a resposta legislativa ordinária, e não para converter problemas antigos em urgências de ocasião"