SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

O USO EXCESSIVO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS SOB A PERSPECTIVA DE GIORGIO AGAMBEN E A CONIVÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE EXCESSIVE USE OF INTERIM MEASURES FROM THE PERSPECTIVE OF GIORGIO AGAMBEN AND BRAZILIAN'S SUPREME COURT CONNIVANCE

Arthur José Vieira Gomes Sales

Resumo

nota-se, na medida provisória, um instituto cuja utilização excessiva e desprovida de seus requisitos constitucionais pode se apresentar como uma afronta ao estado democrático, situação que se agrava com a conivência do poder judiciário, cuja prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade não vem se demonstrando eficaz. Nesse sentido, os críticos do ato normativo o apontam como uma forma pela qual chefes do executivo tem se esquivado do devido processo legislativo. Há aí uma possível ruptura normativa que se pretende analisar sob a ótica do jurista e filósofo Giorgio Agamben, que desenvolveu estudos acerca do estado de exceção.

Palavras-chave: Medida provisória, Estado de exceção, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

it is noted, in the interim measure, a device that the excessive use lacking its constitutional requirements can be presented as an affront to the democratic state, situation that worsens with the judiciary connivance, which competence to exercise constitutional control appears ineffective. In this sense, the critics of the normative act point to it as a way that presidents have found to dodge the legislative process. There is a possible normative rupture that is intended to be analyzed from the perspective of the jurist and philosopher Giorgio Agamben, who developed studies about the state of exception.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interim measure, State of exception, Brazilian's supreme court

1. Introdução

A Constituição da República de 1988, artigo 62, trata do ato normativo primário a ser questionado no presente artigo. Conforme define a carta magna, a medida provisória, substituta do decreto-lei (NOVELINO, 2010), pode ser adotada pelo Presidente da República em casos de "relevância e urgência (...) com força de lei" (BRASIL, 1988) e deve ser imediatamente submetida à apreciação do Congresso Nacional.

O que se nota, no campo da prática, é uma utilização excessiva dessa prerrogativa do poder executivo, encarada por seus críticos como uma maneira de burlar o processo legislativo. Essa situação, que pode inclusive ter se agravado com a EC 32/2001[1], e que ocorre com a conivência do Supremo Tribunal Federal (a ser analisada no artigo), torna-se curiosa ao ser analisada sob a ótica de Giorgio Agamben, jurista e filósofo italiano, que, em seus estudos políticos e filosóficos com enfoque na temática do estado de exceção, parece ter muito a contribuir no tema com suas obras "Estado de exceção: homo sacer, II, 1" e "HOMO SACER: O poder soberano e a vida nua I", possibilitando o entendimento de que a medida como vem sendo utilizada pode ser encarada como um espaço de exceção no âmbito constitucional.

A fim de propor uma possível relação entre as teses de Agamben com a utilização da medida provisória e a conivência do poder judiciário com esta irregularidade, o presente artigo faz uma (a) análise do instituto jurídico; (b) um breve recorte da obra de Agamben e (c) da atuação do judiciário na temática. Para tanto, na presente pesquisa, que se situa na vertente metodológica jurídico-filosófica, será adotada a opção metodológica jurídico interpretativa, caracterizada pelo "procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos relações e níveis" (GUSTIN, 2010, p. 28). Desse modo, busca-se questionar um instituto jurídico com embasamento na filosofia do direito.

2. A medida provisória

A medida provisória é definida por Gilmar Mendes como possuindo "caráter provisório e resolúvel" (BRANCO; MENDES, 2012, p. 944). De acordo com o jurista, são atos normativos primários, de competência – no âmbito federal – do Presidente da República e de caráter excepcional (princípio da separação dos poderes), para os quais pende uma

[1] "Com o advento da EC 32/2001, o prazo foi ampliado para 60 dias, prorrogável uma vez pelo mesmo período." (NOVELINO, 2010, p. 603).

condição resolutiva. Como ele pondera, a medida, apesar de sua feição cautelar, possui a prerrogativa de concitar o Congresso Nacional a deliberar sobre a necessidade de transforma-la em lei. Apesar disso, não se confunde com um projeto de lei, visto o efeito vinculante desde a sua edição pelo chefe do executivo.

Vale salientar, ainda, que a doutrina define como requisitos formais para a medida a *relevância* e *a urgência* e como material o assunto a ser por ela regulamentado. No que tange seus requisitos, o ilustrado constitucionalista José Afonso da Silva afirma que nunca foram respeitados com o devido rigor e, além de apontar para a não utilização da delegação legislativa – e prever a manutenção dessa situação – devido a maior conveniência que a medida provisória representa para o governante, acusa a inércia dos demais poderes da república (que no âmbito judiciário será trabalhada neste artigo) no sentido de não aferirem a constitucionalidade de medidas que não lhes dizem respeito, "sob o falso fundamento de que de que isso era assunto de estrita competência do Presidente da República" (SILVA, 2015, p. 537).

3. Giorgio Agamben e a "força de lei sem lei"

Agamben realiza um estudo extenso e bastante complexo acerca do estado de exceção. Ao analisar sua manifestação, aborda conceitos como a relação política originária, o *bando*, que se dá pela inclusão da vida nua (vida do ser vivente) na ordem jurídica para sua própria exclusão, sendo o *campo* presente nos estados totalitários (movidos por políticas como as do nazismo e do stalinismo) o maior exemplo dessa manifestação (AGAMBEN, 2010).

No presente recorte teórico, contudo, pretende-se fazer uma abordagem que se distancia dessa área (que aparenta, inclusive, adentrar terrenos da biopolítica) para uma análise de possíveis espaços de exceção a partir da organização do estado. Para o filósofo, o paradigma de estado vigente é o da *exceção permanente*, existente por uma zona de "indiscernibilidade" entre o que é norma e o que é exceção:

> *O estado de exceção cessa, assim de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma*. (...) na medida em que o estado de exceção é, de fato, "desejado", ele inaugura um novo paradigma jurídico político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção." (AGAMBEN, 2010, p. 164-166).

Nesse sentido, uma das preocupações que surgem em seu estudo está na ampliação de prerrogativas do poder executivo, no que tange a possibilidade de editar decretos que vigoram com *força de lei*. O autor deixa claro que isso não coincide com o estado de exceção, mas pondera que: " (...) a expressão "plenos poderes" define uma das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção" (AGAMBEN, 2004, p. 17).

Ora, se o estado de exceção se caracteriza também pela maior expressão do poder executivo, o instituto da medida provisória, que fora analisado no tópico anterior, aparenta possuir uma relação – mesmo que tênue – com tal paradigma de estado. Seu uso desmedido e desprendido dos requisitos constitucionais trata-se não apenas de uma transgressão ao processo legislativo, mas pode ser relacionado ao conceito de "*força de lei sem lei*" – redação inclusive utilizada no texto constitucional: "Art. 62 (...) poderá adotar medidas provisórias, com força de lei" (BRASIL, 1988, *grifo nosso*) – trabalhado por Agamben. É evidente que tal conceito de vasta tradição, advindo do direito romano[2] e medieval (AGAMBEN, 2004), não é particularidade do ordenamento jurídico brasileiro, mas algo trabalhado no direito desde a doutrina antiga, muito antes da área tomar moldes científicos com o movimento positivista:

> (...) é determinante que, em sentido técnico, o sintagma "força de lei" se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – **particularmente, no estado de exceção** – promulgar. O conceito "força de lei", enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua "força". (AGAMBEN, 2004, p. 60, *grifo nosso*).

Fica, dessa forma, notória a possibilidade de se traçar uma relação entre a medida provisória e o estado de exceção, o que se fortalece quando Agamben (2004) define a confusão entre os poderes executivo e legislativo como um traço característico (uma das "características essenciais", em suas palavras) do estado de exceção. Ao longo da obra do filósofo encontra-se uma série de exemplos disso e inclusive diferentes justificativas de estudiosos da área para tanto (como Tigstein, Friedirich, Rossiter, entre outros), sendo o exemplo mais marcante o regime nazista, em que – por exemplo – considerava-se, nas palavras do tenente coronel da SS, Adolf Eichmann, que "as palavras do Führer têm força de lei" (EICHMANN *apud* AGAMBEN, 2004, p. 61).

[2] "Assim, quando, em Roma, o príncipe começava a obter o poder de promulgar atos que tendem cada vez mais a valer como leis, a doutrina romana diz que esses atos têm "vigor de lei" (AGAMBEN, 2004, p. 60).

4. Conivência do Supremo Tribunal Federal com irregularidades nas MPs

Analisados o conceito e os requisitos básicos para a edição de uma medida provisória e feito um recorte das teses de Agamben acerca do estado exceção, busca-se agora verificar a atuação do Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional brasileira, nessa questão que parece afrontar a ordem do estado democrático. Para tanto, pretende-se analisar o posicionamento, ou talvez a tendência, da corte em dois acórdãos.

O primeiro deles é uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 2.213 – impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) durante o exercício do mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso, que editou uma medida provisória alterando alguns dispositivos legais (BRASIL, 2002). Entre os temas abordados, o ex-presidente decretava a instituição de um programa de arrendamento rural; uma nova regulamentação acerca do imóvel que é objeto de esbulho prossessório ou de invasão relacionada a conflitos agrários, cominando inclusive sanções – de não recebimento de recursos públicos – para a entidade ou a pessoa jurídica (ou de fato) que, de qualquer maneira, incitar, incentivar, colaborar (entre outros verbos nucleares) com a invasão de imóveis rurais ou bens públicos (BRASIL, 2002).

A ADI em questão foi ajuizada para impugnar a inconstitucionalidade formal da medida, pela razão de não observar os requisitos da relevância e da urgência (artigo 62 da constituição) e material – e aqui a questão se agrava por tratar de direitos fundamentais –, por estar em desacordo com alguns incisos do art. 5º, entre outros da lei magna, que abordam temas como a liberdade de expressão, a função social da propriedade, a presunção de inocência e outros direitos e garantias constitucionais. Dito isso, vale notar que a defesa do ex-presidente mostrou-se clara para definir a legalidade material da medida adotada; não se nota, contudo, a mesma clareza em sua defesa quanto aos requisitos formais, conforme será visto a seguir.

Como ponderou o Ministro Celso de Mello, relator do caso (que acabou por indeferir a ação de controle de constitucionalidade), o então chefe do executivo exercia de maneira compulsória a competência extraordinária da edição de medidas provisórias (prática comumente adotada no estado brasileiro), o que fere o processo legislativo e o princípio da separação dos poderes, entre outros elementos basilares da república (BRASIL, 2002). No que tange a ação em discussão, utilizou-se – em poucas páginas do extenso voto do Ministro relator – como fundamentação da urgência exigida, a necessidade de proteção dos bens públicos e de coibição dos excessos praticados pelos movimentos rurais. Nesse aspecto, pode-se afirmar que não há nitidez quanto ao requisito.

O entendimento da corte no acórdão analisado é bastante questionável, e, a título de exemplo, o Ministro Sepúlveda Petence, divergindo do relator, pondera em seu voto sobre a limitação que a medida editada impõe à desapropriação para fins de reforma agrária, retirando do próprio executivo a prerrogativa de exercê-la em determinados casos (BRASIL, 2002). Ademais, vale salientar, como referido anteriormente, tratar-se não apenas de um dispostivo cujo requisito da urgência é questionável, mas também cujos efeitos afetam cláusulas pétreas.

O segundo acórdão, assim como no caso anterior, trata de uma medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI-2.527-9 – ajuizada, por sua vez, durante o mandato do também ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Na ocasião, o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil redigiu sua impugnação com base, assim como no caso anterior, na falta dos requisitos formais da medida que, entre outros aspectos, propõe que o estado não mais tenha de pagar honorários sucumbenciais para o advogado que tenha sua pretensão deferida, mesmo que a condenação transite em julgado.

Como anteriormente, o plenário optou por indeferir a liminar. Exemplificativamente, pode-se citar a Ministra relatora Ellen Gracie que, em seu voto, no que tange os requisitos da relevância e urgência, posicionou-se da seguinte maneira: "Esta Corte somente admite o exame jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência na edição e medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente" (BRASIL, 2007).

No caso em questão, como a própria ministra pondera posteriormente, parece haver maior plausibilidade no que tange os requisitos formais da medida, visto a sobrecarga que se alega, na exposição de motivos da medida provisória, da justiça do trabalho. Apesar disso, vale notar uma pré-disposição por parte dos ministros da corte suprema a não intervir no ato normativo. Nesse sentido, vale retomar a citação anteriormente feita, em que José Afonso da Silva trata como um fundamento falso a compreensão de que não cabe controle de constitucionalidade pela medida ser de competência do Presidente da República (SILVA, 2015).

5. Conclusão

A égide de um estado democrático encontra-se no respeito e proteção à ordem jurídica, principalmente no que diz respeito a princípios e normas constitucionais. Nota-se contudo que, divergindo da teoria, em diversos momentos os governos praticam atos que afrontam o vigor constitucional. Dito isso, parece haver de fato, como anuncia Agamben, a

vigência de um estado de exceção, que culmina na perda de eficácia da norma jurídica em determinados "espaços".

Os requisitos formais estipulados para as medidas provisórias, cujas elaborações em diversos casos desatendem, deveriam ser avaliados com rigor pelo poder judiciário – no âmbito do STF encarado como protetor da constituição – quando provocado para tal, e as decisões deveriam ser, no mínimo, claramente fundamentadas nesse aspecto. Tal preocupação decorre do fato de que a utilização pródiga do dispositivo fere o princípio da soberania popular, garantida na constituição e um dos elementos básicos de uma democracia, que deve ser efetivada – entre outras formas – pela prática do processo legislativo.

Contudo, como observado, a corte a que se reserva a competência para tratar de assuntos constitucionais vem se demonstrando inerte e portanto conivente com a maneira em que os governos vem se utilizando da medida. Adentra-se aí em um terreno perigoso, que pode ser associado à "indiscernibilidade" à qual Agamben se refere, que dá causa a confusão entre exceção e norma. E é dessa forma, nessa ruptura para com a ordem jurídica em diversos âmbitos, que se pode notar a inevitabilidade e a manifestação do paradigma estatal da exceção.

6. Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **ESTADO DE EXCEÇÃO: HOMO SACER, II, I**. 2ª. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **HOMO SACER: O poder soberano e a vida nua I**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 2.213-0 Distrito Federal**. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em: 30 de Agosto de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 2. 527-9 Distrito Federal**. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495496>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca**. (Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional / Marcelo Novelino**. 4ªed. São Paulo: Método, 2010.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.