

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4048

Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB

Requerido: Presidente da República

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Financeiro. Medida Provisória nº 405/2007. Abertura de crédito extraordinário. Mérito. Excepcionalidade do controle jurisdicional dos requisitos de relevância e urgência da medida provisória. Medida provisória é a única espécie legislativa à qual o Poder Constituinte possibilitou a abertura de créditos extraordinários. Impossibilidade de, em sede de controle abstrato, proceder-se à análise de fatos que não decorram objetivamente do ato atacado. Memorial pelo indeferimento da petição inicial, bem como pelo indeferimento da medida cautelar.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União vem, respeitosamente, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade em epígrafe, em consonância com o disposto no artigo 4º, inciso IV, da Lei Complementar nº 73/93, apresentar

MEMORIAL COMPLEMENTAR,

fazendo-o conforme os seguintes fundamentos de fato e de direito.

I. DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira, tendo por objeto a Medida Provisória nº 405, de 18 de dezembro de 2007, que abre crédito extraordinário em favor dos órgãos que especifica, nos termos abaixo transcritos:

“Art. 1º Fica aberto crédito extraordinário, em favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00 (cinco bilhões, quatrocentos e cinquenta e cinco milhões, seiscentos e setenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais), para atender à programação constante dos Anexos I e III desta Medida Provisória.

Art. 2º Os recursos necessários à abertura do crédito de que trata o art. 1º decorrem de:

I - superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial da União do exercício de 2006, no valor de R\$ 3.995.542.240,00 (três bilhões, novecentos e noventa e cinco milhões, quinhentos e quarenta e dois mil, duzentos e quarenta reais);

II - excesso de arrecadação no valor de R\$ 670.252.213,00 (seiscentos e setenta milhões, duzentos e cinquenta e dois mil, duzentos e treze reais);

III - anulação parcial de dotações orçamentárias, no valor de R\$ 370.837.862,00 (trezentos e setenta milhões, oitocentos e trinta e sete mil, oitocentos e sessenta e dois reais), conforme indicado no Anexo II desta Medida Provisória;

IV - ingresso de operação de crédito relativa ao lançamento de Títulos da Dívida Agrária, no valor de R\$ 417.115.345,00 (quatrocentos e dezessete milhões, cento e quinze mil, trezentos e quarenta e cinco reais); e

V - repasse da União sob a forma de participação no capital de empresas estatais, no valor de R\$ 1.930.000,00 (um milhão, novecentos e trinta mil reais).

Art. 3º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação”.

Afirma o autor que a norma atacada seria inconstitucional, por suposta violação dos arts. 62, *caput* (requisitos para edição de medida provisória), e 167, § 3º (hipótese de abertura de crédito extraordinário), ambos da Constituição Federal.

Sob tais aspectos, alega que a autorização constitucional para a abertura de crédito extraordinário, por medida provisória, restringe-se às situações de despesas imprevisíveis e urgentes, e considera que os gastos a serem atendidos pelo crédito extraordinário aberto não se enquadrariam nestas categorias.

Uma vez que a espécie normativa atacada é a medida provisória, sustenta que não estariam presentes os requisitos de relevância e urgência, necessários à sua edição.

Em sessão Plenária de 17 de abril de 2008, a maioria dos ministros presentes aprovou questão preliminar levantada pelo relator, ministro Gilmar Mendes, a favor do julgamento de ADI que questione a abertura de créditos extraordinários pelo Executivo.

Continuando o julgamento, o ministro Gilmar Mendes votou pela suspensão, *ex nunc*, da aludida norma. Nesse ponto, foi seguido pelos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

Iniciando a divergência, o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu a cautelar por ausência do *periculum in mora*, o qual, segundo afirmou, militaria em favor da Administração, diante da relevância dos atos já consumados. Tal posicionamento foi seguido pelo Ministro Joaquim Barbosa, que ainda questionou como seria possível esse STF substituir o Congresso Nacional e, em sede de cautelar, rejeitar uma medida provisória que o

Congresso já aprovou. Para o Ministro, o caso seria específico e já findo com a votação do Congresso Nacional.

Em seguida, o Ministro Cezar Peluso votou pelo indeferimento da ADI, aduzindo que *“o problema é discutir se há adequação entre este pagamento (dos créditos extraordinários) eventualmente feito e as despesas previstas, o que levaria, desde logo, à necessidade de emitir um juízo que me parece inadmissível, por se tratar de um ato típico da administração pública: saber se aquilo era ou não era necessário”*.

Destacou ainda que *“a decisão do Supremo (de julgar a constitucionalidade das medidas provisórias) arranha o princípio da separação dos Poderes. O STF não deve entrar no mérito da urgência e relevância, que é uma avaliação que cabe ao Presidente da República, com a colaboração do Congresso Nacional”*.

Entretanto, devido à falta de quorum para julgar a ação, o Plenário suspendeu o julgamento de pedido de liminar na ADI 4048. Estavam ausentes na sessão, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Menezes Direito e Celso de Mello.

Ressalte-se, todavia, que a MP n.º 405 foi convertida na Lei n.º 11.658, publicada no DOU de 22 de abril de 2008 .

Diante dos fatos, vem a Advocacia-Geral da União apresentar memorial para uma melhor elucidação do caso em tela, demonstrando a incoerência das alegações apresentadas pelo requerente.

II. DA AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO

II.1 Dos requisitos previstos no art. 167, §3º, da CR

Cinge-se a questão à análise da constitucionalidade de medida provisória editada para abrir créditos extraordinários, admitida pela Lei Maior para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, nos termos do § 3º do art. 167 da Constituição Federal.

Cumprase asseverar, de início, que a exigência constitucional para a abertura do crédito extraordinário recai sobre as notas de imprevisibilidade e urgência das despesas a serem atendidas, sendo o rol de que trata o § 3º do art. 167 da Carta meramente exemplificativo.

José Cretella Jr., ao comentar o citado dispositivo, destaca:

*“Ao invés do atributo ‘imprevisíveis’ deveria constar do texto constitucional o vocábulo ‘imprevistas’, referente a despesas, pois, como com clareza e lógica, esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. Comentários, 6ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1986, p. 329) ‘o imprevisto de que decorre a despesa não necessita ser tal que não poderia ser prevista pelo bonus pater familias. As próprias calamidades públicas são previsíveis, no sentido de que é provável que ocorram dentro de um determinado período’. Mais precisa do que ‘imprevisíveis’ será o adjetivo ‘imprevistas’, referente a despesas”.*¹ (grifos no original).

A Constituição da República, portanto, não exige, para a abertura de créditos extraordinários, a ocorrência de uma situação fática imprevisível, mas, sim, a existência de uma despesa nova, não prevista originariamente no orçamento.

Feitas essas considerações, passa-se a examinar a alegação de inconstitucionalidade formal da Medida Provisória nº 405/2007, por suposta ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

¹ CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. v. VII, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3287.

II.2 Da relevância e da urgência da MP nº 405/2007

Sabe-se que a aferição dos requisitos de urgência e relevância, pelo Poder Judiciário, em sede de controle abstrato, não tem sido admitida, em caráter amplo, pela jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal. Com efeito, somente se tem efetuado tal censura judicial, e ainda assim em caráter excepcional, quando, em rápida análise, verifica-se que incorreu em abuso o chefe do Poder Executivo, com clara ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados:

*“No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o **Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada**. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.”* (ADI nº 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 25.02.2000).

“Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417).” (ADI nº 1.667-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 21.11.1997; no mesmo sentido: ADI nº 1.397/MS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27.06.1997). (Grifou-se).

Assim, na espécie, **mostra-se inviável questionar a relevância e a urgência da medida provisória objeto desta ação**, eis que ausente qualquer abuso de poder na atuação legislativa do Presidente da República. Mais do que isso, a medida provisória é a única espécie legislativa através da qual o Poder Constituinte possibilitou ao Chefe do Poder Executivo a abertura de créditos extraordinários, sendo certo que não cabe a essa Corte Suprema decidir sobre a presença ou não da imprevisibilidade e da urgência na liberação de tais créditos.

Ressalte-se, ainda, que, conforme acima aludido, **com a conversão em lei da medida provisória impugnada, o Poder Legislativo ratificou a presença dos requisitos constitucionais para edição do ato**, descabendo, assim, falar em ausência de urgência e relevância no caso.

Nesse sentido, confira-se trecho de voto proferido pela Min. ELLEN GRACIE, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.712/DF (DJ de 04.05.2006), ajuizada em face de medida provisória editada para abrir crédito extraordinário, *verbis*:

“Não se pode pretender, pois, que, sem aberta ofensa ao princípio da separação dos poderes da República, a Corte decida sobre a presença, ou não, dos elementos típicos da imprevisibilidade e da urgência na liberação de crédito extraordinário, veiculado, em conformidade com a regra do art. 167, 3º, in fine, por Medida Provisória. Mas, ainda quando, ad argumentandum tantum, pudesse a Corte julgar a excepcionalidade da situação, assim em relação às próprias despesas, como à inusitada demora na aprovação da lei orçamentária do ano de 2006, solicitando ao Congresso Nacional que esclarecesse se os créditos extraordinários liberados pela Medida Provisória nº 290/06 foram abrangidos, ou não, na Lei de Orçamento aprovada em 18.04.2006 (para fins, até, de aquilatar eventual perda de objeto da ação), tal esforço seria infrutífero e inseqüente.” (grifou-se).

Acrescente-se, ainda, que os requisitos constitucionais imprescindíveis à edição da medida estão bem delimitados no caso em exame, razão pela qual, ainda que admitida sua aferição, a impugnação não geraria os efeitos pretendidos pelo requerente.

Para que se identifique, *in casu*, a presença dos requisitos de urgência e relevância e, via de conseqüência, a clara ausência de abuso por parte do Chefe do Poder Executivo Federal, basta que se examinem algumas das relevantes razões que determinaram a edição da medida, contidas em sua Exposição de Motivos nº 00345/MP, de 17 de dezembro de 2007, *verbis*:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República, (...)

3. No caso da Presidência da República, os recursos atenderão (...) a na Secretaria Especial de Portos - SEPOR ao desenvolvimento de ações essenciais à prevenção, à preparação e ao enfrentamento de uma situação de emergência sanitária e epidemiológica, face à possível introdução, no País, do vírus responsável pela gripe aviária.(...)

5. Quanto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o crédito possibilitará:

a) a implementação do Plano de Preparação Brasileiro para o Enfrentamento da Pandemia de Influenza Aviária, mediante a adoção de ações emergenciais na implantação de infra-estrutura adequada de biossegurança e serviços laboratoriais precisos, com vistas a diagnósticos eficazes e imediatos, a fim de evitar a infecção e proliferação da doença na cadeia avícola brasileira e reduzir os riscos de possíveis ocorrências de casos em humanos; e(...);

34. No Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a relevância e urgência do crédito justificam-se pela necessidade de:

a) reduzir os riscos de introdução da gripe aviária e de outras doenças exóticas na cadeia avícola brasileira, mediante o monitoramento do trânsito de aves e o fortalecimento dos laboratórios para diagnóstico preciso e caracterização rápida das cepas virais, tanto em aves comerciais quanto em aves migratórias, silvestres e ornamentais, com vistas a impedir eventuais impactos nas exportações brasileiras de carne e de produtos derivados de frango; (...)”

Além da **questão epidemiológica**, ante o iminente risco de entrada do vírus responsável pela gripe aviária no país – com reflexos, inclusive, na produção agropecuária nacional –, há, outrossim, razões relacionadas à **segurança pública**, a partir da manutenção de atividades essenciais, em andamento, no âmbito dos órgãos dos Ministérios da Justiça e da Defesa. Observe-se o trecho abaixo:

“38. Em relação ao Ministério da Justiça, a relevância e urgência justificam-se pelo risco de interrupção de serviços essenciais ao funcionamento do órgão, de comprometimento das operações de policiamento nas rodovias federais e de investigação, repressão e combate ao crime organizado, programadas e em andamento, e de invasão de terras indígenas por ocupantes não-índios; pela necessidade de prestar assistência aos povos indígenas em localidades isoladas; pela grave situação dos sistemas penitenciários locais com superpopulação carcerária e a necessidade de restabelecimento da ordem pública e social, e do fortalecimento

institucional do Governo Federal perante o Sistema Penitenciário Brasileiro; e pela inexistência de meios aéreos de segurança pública em várias unidades da federação, altamente eficazes em ações de patrulhamento, de dissuasão de atividades ilícitas e de observação de cenários urbanos. (...)

49. A relevância e urgência para o Ministério da Defesa justificam-se, segundo o Órgão, pela necessidade de adotar iniciativas para evitar a ocorrência de crise aérea, como a desencadeada recentemente, e que provocou atrasos nos vôos em grandes aeroportos do Brasil, considerando, principalmente, o período de festas de final de ano e de férias, no caso da ANAC. Em relação ao Comando da Aeronáutica, para impedir o risco de acidentes com as aeronaves da Força Aérea Brasileira, a inadimplência contratual com risco de rescisão e conseqüências decorrentes, a indisponibilidade de atendimento médico-hospitalar aos militares e seus dependentes em regiões afastadas, em especial na região Amazônica, e para a urgente reforma de imóveis funcionais indisponíveis para utilização, e para viabilizar convênio com a Petrobrás, no âmbito do Comando da Aeronáutica.”

Por fim, a citada exposição de motivos esclarece que a tal proposição “*será atendida com recursos oriundos de superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial da União do exercício de 2006, de excesso de arrecadação de receitas, de anulação parcial de dotações orçamentárias, de ingresso de operação de crédito relativa a de Títulos da Dívida Agrária*”.

Por todos esses fundamentos, bem delineados nos trechos transcritos, não há como se falar, na espécie, em falta de relevância e urgência da medida provisória hostilizada. Com maior razão, não há como se sustentar o exercício abusivo do poder de legislar pelo Presidente da República.

II.3 Da análise dos fatos imprevistos. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade

Ultrapassada a análise dos requisitos de relevância e urgência da medida, poderia perquirir-se, ainda, acerca do atendimento ao requisito da imprevisibilidade das despesas que motivaram a abertura dos créditos.

Entretanto, a **investigação da imprevisibilidade reclama a análise de fatos que não decorrem objetivamente do ato impugnado, cujo exame não pode ser feito em sede de controle abstrato de constitucionalidade**. Sobre a questão, transcreve-se elucidativo trecho do voto do Min. MOREIRA ALVES, Relator da ADI nº 1.496 (DJ de 18.05.2001), *verbis*:

“Observo, por outro lado, que não é admissível, para verificar-se se se trata, ou não, de crédito extraordinário, discutirem-se em ação direta de inconstitucionalidade em abstrato fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado, como o da previsibilidade, ou não, do montante necessário para atender a despesas de emergência, o qual consta de outra Lei (a Lei orçamentária para o exercício de 1996), cujo exame será indispensável, além da análise, também indispensável, do agravamento das situações de emergência por condições fáticas”.

No mesmo sentido, e em ação direta cujo objeto era medida provisória editada com fundamento no art. 167, § 3º, da Carta, a Min. ELLEN GRACIE consignou que *“a confirmação ou não da imprevisibilidade dos fatos que geraram a abertura do crédito extraordinário demandaria farta produção de prova, inclusive pericial, em tudo incompatível com o controle abstrato de normas”*²

Postas essas considerações, conclui-se, assim, pela constitucionalidade da norma atacada, impondo-se o indeferimento da medida cautelar.

III. DO PERICULUM IN MORA INVERSO

Quanto ao imprescindível perigo de dano – cuja demonstração não foi efetuada pelo requerente –, o que se verifica, em verdade, é a presença de *periculum in mora* inverso.

² Decisão monocrática proferida na ADI nº 3.487, DJ de 17.05.2005, a qual negou seguimento à ação sob o fundamento de que o pedido revelava-se manifestamente incabível, Rel. Min. Ellen Gracie.

Isto porque é inconteste a necessidade pública de se proceder à efetivação das despesas urgentes, conforme exaustivamente demonstrado na Exposição de Motivos nº 00345/2007/MP. Relembre-se que a imprevisibilidade das mesmas não consubstancia objeto do controle abstrato de normas, haja vista a necessidade de revolvimento de aspectos fático-probatórios.

Destarte, o pleito cautelar não só falece do requisito do *periculum in mora*, como ainda está **nitidamente configurado o *periculum in mora inverso***. Por mais esse motivo, o indeferimento da cautelar é medida que se impõe.

IV. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pelo **indeferimento da medida cautelar**, tendo em vista a ausência dos pressupostos autorizadores – notadamente, pela constitucionalidade da Medida Provisória nº 405, de 18 de dezembro de 2007, convertida na Lei nº 11.658, de 22.04.2008.

Brasília, de maio de 2008.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

RAQUEL BARBOSA DE ALBUQUERQUE
Advogada da União