

ROBERTO FERNANDES JÚNIOR

MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

ROBERTO FERNANDES JÚNIOR

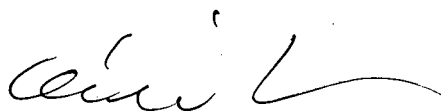
Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Dr. Sílvio Dobrowolski.

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

ROBERTO FERNANDES JÚNIOR



Dr. Silvio Dobrowolski
Professor Orientador



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

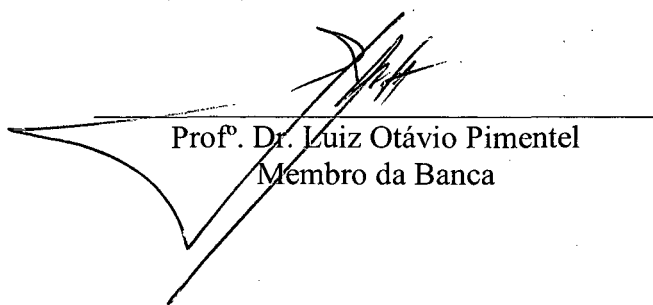
ROBERTO FERNANDES JÚNIOR

MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina com a seguinte Banca Examinadora:



Prof.^o. Dr. Sílvio Dobrowolski
Presidente da Banca



Prof.^o. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Membro da Banca

Prof.^o. Dr. Indio Jorge Zavarizi
Membro da Banca



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

FLORIANÓPOLIS, 20 DE FEVEREIRO DE 2000

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Isento o orientador e a Banca Examinadora de qualquer responsabilidade sobre o aporte ideológico conferido ao trabalho.

Dedico esta dissertação à minha esposa Vanesa. O seu amor e a sua compreensão foram fundamentais nesta empreitada.

Não posso deixar de destacar a importância do meu orientador, o Professor Doutor Silvio Dobrowolski, sem o qual não teria sido possível desenvolver o necessário espírito acadêmico para a elaboração de uma dissertação de mestrado.

Também ressalto o apoio institucional recebido do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

RESUMO

O presente estudo ocupar-se-á da força normativa da medida provisória em inovar originária e validamente a ordem jurídica, no tocante à criação ou à majoração de tributos.

Para tanto, será indispensável fazer um resumo do que se entende por princípio da legalidade tributária, na perspectiva do princípio da legalidade clássica.

Depois disso, se examinará a mudança ocorrida, neste século, sobre o conceito de lei. As suas razões, as suas conseqüências e, notadamente, a sua repercussão sobre a técnica da separação de poderes, e, especialmente, sobre o conceito clássico de lei, no direito tributário. Vai se permitir responder, então à indagação de que, se tão importante como conceder função legislativa, ainda que em bases excepcionalíssimas, ao Poder Executivo, é deixar um elenco de matérias absolutamente fora da abrangência dessa função. Em suma, vai se saber, por meio dessa resposta, se a lei, como concebida pelo princípio da legalidade clássica, continua sendo a única espécie normativa capaz de criar ou majorar tributos, ou se já é possível conceberem-se outros veículos normativos para esse fim, especificamente a medida provisória.

Importante, também, será o exame dos contornos básicos das medidas provisórias, sempre tendo em perspectiva a vinculação dos mesmos com o objeto desta dissertação, que estabelece o seu próprio corte e limite de abrangência. Assim sendo, e nessa perspectiva de limite e corte da presente dissertação – não se trata, com efeito, de uma dissertação sobre a medida provisória, independentemente de sua matéria -, examinar-

se-ão o direito comparado, os seus antecedentes históricos, o seu conceito, características, especificamente, dentre estas, as suas limitações temáticas, os seus requisitos autorizadores, a sua reedição e a sua convalidação.

Adotadas todas as premissas referidas, então, se adentrará na polêmica propriamente dita, buscando resolvê-la. Em suma espera-se tratar de um assunto complexo e problemático, como o escolhido para ser objeto desta dissertação, sob uma perspectiva científica válida e séria.

RESUMEN

El presente estudio se ocupará de la fuerza normativa de la medida provisoria de innovar originaria y valida en el ordenamiento jurídico, en lo tocante a la creación o al aumento de tributos.

Para tanto, será indispensable hacer un resumen de lo que se entiende por principio de legalidad tributaria, en la perspectiva del principio de la legalidad clásica.

Después de eso, se examinará el cambio ocurrido, en este siglo, sobre el concepto de ley. Sus razones, sus consecuencias y, notoriamente, su repercusión sobre la técnica de la separación de poderes, y, especialmente, sobre el concepto clásico de ley, en el derecho tributario. Se va a permitir responder, entonces, a la indagación de que, si es tan importante como conceder función legislativa, aunque en bases excepcionalísimas, al Poder Ejecutivo, y dejar un elenco de materias absolutamente fuera del contenido de esa función. En suma, se va a saber, por medio de esa respuesta, si la ley, como concebida por el principio de la legalidad clásica, continua siendo la única especie normativa capaz de crear el aumento de los tributos, o si ya es posible concebirse otros vehículos normativos para ese fin, específicamente la medida provisoria.

Importante, también, será el examen de los perfiles básicos de las medidas provisionales, siempre teniendo en perspectiva la vinculación de los mismos, con el objeto de esta disertación, que establece su propio corte y límites de alcance. Así siendo, y en esa perspectiva de límite y corte de la presente disertación – no se trata, con efecto, de una disertación sobre la medida provisoria, independiente de su materia -, se examinará el

derecho comparado, sus antecedentes históricos, su concepto, características, específicamente, entre estas, sus limitaciones temáticas, sus requisitos, autorizantes, su reedición y su convalidación.

Adoptadas todas las premisas referidas, entonces, se introducirá en la polémica propiamente dicha, buscando resolverla. En suma se espera tratar de un asunto complejo y problemático, como el elegido para su objeto para esta disertación, sobre la perspectiva científica, válida y seria.

SUMÁRIO

| | |
|--|------|
| RESUMO | vi |
| RESUMEN | viii |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO I. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CLÁSSICA | 7 |
| 1.1. Princípio da Legalidade - Conceito e Características | 7 |
| 1.2. Princípio da Legalidade Tributária - Aspectos Histórico e Conceitual..... | 13 |
| CAPÍTULO II. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONTEMPORÂNEA | 27 |
| 2.1. Fundamento Político do Princípio da Legalidade Clássica | 27 |
| 2.2. Estado Social, Estado Social de Direito, o Novo Conceito de Lei e o Princípio da Legalidade Contemporânea | 35 |
| CAPÍTULO III. MEDIDAS PROVISÓRIAS | 46 |
| 3.1. Brevíssimas Perspectivas de Direito Comparado e de Antecedentes Históricos .. | 46 |
| 3.2. Conceito, Requisitos e Características da Medida Provisória..... | 58 |
| CAPÍTULO IV. A POLÊMICA PROPRIAMENTE DITA. A MEDIDA PROVISÓRIA PODE CRIAR OU MAJORAR TRIBUTOS | 76 |
| 4.1. Apresentação das Correntes Doutrinárias | 76 |
| 4.2. Desate do Problema | 85 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 99 |
| REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA | 109 |

INTRODUÇÃO

A medida provisória, ato normativo previsto no artigo 62 da Constituição Federal de 1988, é um dos grandes temas institucionais da atualidade brasileira. Inicialmente, porque é um ato normativo expedido pelo Presidente da República que inova originariamente a ordem jurídica. E sabe-se que essa força normativa, na concepção clássica da técnica da separação de poderes, constitui característica da lei, aqui compreendida como ato normativo oriundo do Poder Legislativo, órgão ao qual cabe a representação popular.

Depois, controverte-se intensamente sobre a medida provisória, visto que esse veículo normativo está sendo usado abusivamente pelo Poder Executivo, de tal sorte que se verificou o amesquinamento institucional do Poder Legislativo. Vale dizer: o ato normativo, que era para ser excepcional, exatamente porque não decorre do órgão de representação popular, transformou-se em regra de alteração originária da ordem jurídica brasileira. Assim, na República Federativa do Brasil dos dias atuais, o processo de discussão, concernente à modificação originária da ordem jurídica, deixou de ser público e dialético, para ser secreto e, por isso mesmo, criador de uma insegurança jurídica, por certo, não tolerada pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, é oportuna a elaboração de uma dissertação que enfrente, sob uma perspectiva científica, essas questões, ainda que a partir de uma limitação temática, buscando-se contribuir para a racionalização de uma discussão pública necessária para

livrar o país do abismo do regime autoritário, para o qual se encaminha a largos e decididos passos.

A presente dissertação, então, ocupar-se-á da força normativa da medida provisória em inovar originária e validamente a ordem jurídica, no tocante à criação ou à majoração de tributos. É indispensável, agora, conceituar o que seja tributo, sua criação e sua majoração.

O tributo vem assim conceituado no artigo 3º do Código Tributário Nacional: *tributo é toda a prestação pecuniária compulsória em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.* É um gênero que abrange, atual e incontrovertidamente, as seguintes espécies: a) impostos (artigos 145, inciso I, 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal de 1988); b) taxas (artigo 145, inciso II, da Constituição Federal de 1988); c) contribuições de melhoria (artigo 145, inciso III, da Constituição Federal de 1988); d) contribuições sociais (artigos 149, 195, 239 e 240 da Constituição Federal de 1988 e e) empréstimos compulsórios (artigo 148 da Constituição Federal de 1988).

A criação de tributos é o exercício de competência constitucionalmente prevista para a imposição de tributo, que vincula o sujeito passivo ao seu pagamento. Já a majoração é a alteração da lei tributária, de modo que impõe uma maior repercussão financeira ao sujeito passivo, não integrando tal conceito, entretanto, a correção monetária da base de cálculo.

No primeiro capítulo, far-se-á um resumo do que se entende por princípio da legalidade tributária, na perspectiva do princípio da legalidade clássica. Nesse exame, serão enfatizadas a lei ordinária e a lei complementar. Serão deixadas de fora a lei delegada

e os decretos legislativos, ainda que estes traduzam a internalização de tratados internacionais pertinentes à criação ou à majoração de tributos. Também será deixada de fora a projeção do princípio da legalidade tributária nos âmbitos estadual e municipal da federação brasileira. Tais exclusões não são arbitrárias.

Em relação à lei delegada, ela se justifica, porque esta dissertação tem em vista uma modalidade de função legislativa do Poder Executivo que não se confunde com a função legislativa do Poder Executivo encarnada pela lei delegada. Evidentemente que, naquilo que for comum, a lei delegada será examinada, mas sempre de uma maneira conjunta e comparada com a medida provisória, e jamais de uma maneira autônoma e apartada.

Em relação aos tratados internalizados, cada vez mais uma realidade do mundo contemporâneo, inclusive em matéria tributária, a sua exclusão prende-se à circunstância de que não constitui meio ordinário e tradicional de se criar ou majorar tributos, o que é satisfeito, em regra, pela lei ordinária, e, em casos excepcionais, pela lei complementar. A ressalva dessa exclusão temática diz respeito ao primeiro capítulo, quando se abordar o conceito de lei tributária, na ótica do princípio da legalidade clássica.

Por último, no que diz respeito à exclusão do exame do princípio da legalidade, nos níveis estadual e municipal da federação brasileira, se justifica, porque a medida provisória se manifesta, pelo menos, por ora, exclusivamente, no nível federal¹.

No segundo capítulo, abordar-se-á, inicialmente, a razão de ser do princípio

¹ Na Constituição de Santa Catarina é o artigo 51 que regula a edição de MPs. No seu parágrafo 2º proíbe a edição de MPs sobre matéria que não possa ser objeto de lei delegada. Quanto a esta, o artigo 56, parágrafo 1º exclui da sua incidência os atos de competência exclusiva da Assembléia Legislativa, a matéria de lei complementar e as leis sobre diretrizes orçamentárias, planos plurianuais e orçamentos. Sobre as leis complementares e artigo 57, parágrafo único manda fazer leis complementares sobre organização e divisão judiciárias, organização do MP, do Tribunal de contas, da Polícia Militar, atribuições do vice-governador, regime único dos servidores, organização do sistema estadual de educação e plesbico e referendo.

O art. 51, parágrafo 3º veda a reedição, na mesma sessão legislativa, de MP que tenha sido rejeitada ou não deliberada.

da legalidade clássica. Vale dizer, se examinarão a doutrina do liberalismo, o Estado mínimo, que se institucionalizou a partir daí, e a técnica da separação de poderes também referenciada a essa doutrina política. Após, destacar-se-ão as alterações ocorridas na sociedade contemporânea que determinaram o nascimento do chamado Estado social, com reflexos evidentes no conceito clássico de lei e na própria técnica da separação de poderes. Enfim, observar-se-á o surgimento da legalidade e da técnica de separação de poderes contemporâneas, distintas das suas versões clássicas, notadamente quanto à procedência da lei, que deixa de ser monopólio do Poder Legislativo, para também integrar o rol de atributos do Poder Executivo, ainda que em bases de absoluta excepcionalidade.

Ainda, no segundo capítulo, far-se-á referência à circunstância de que o fato de a competência legislativa passar a ser compartilhada entre os Poderes Legislativo e Executivo não diminui a importância normativa da lei. Pelo contrário, a regra é que a competência legislativa continua cabendo ao Poder Legislativo, restando essa competência ao Poder Executivo, somente, em casos excepcionais e sob balizas constitucionais bastante marcantes. Tais considerações, praticamente universais, acentuam-se no direito constitucional brasileiro, porque o legislador constituinte de 1988 adotou, como regime de governo, a democracia, e, como sistema de governo, o presidencialismo.

No terceiro capítulo, examinar-se-á a medida provisória. Em primeiro lugar, tendo-se em mira as constituições francesa, portuguesa, espanhola e italiana, far-se-á um percurso pelo direito comparado, buscando-se demonstrar o modo pelo qual os Estados contemporâneos têm estabelecido as regras de partilha de competência legislativa entre os Poderes Legislativo e Executivo. Depois, se examinarão os antecedentes históricos da medida provisória no direito constitucional brasileiro, especificamente o decreto-lei. Esse veículo normativo teve previsão nas Constituições de 1937 e 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Tanto quanto a medida provisória, tinha força normativa de

inovar originariamente a ordem jurídica. Os demais aspectos comparativos entre tais atos normativos também serão examinados, sem que se deixe de examinar os regimes de governo mais conhecidos da filosofia política, que são o autoritarismo, o totalitarismo e a democracia, identificando o decreto-lei com o primeiro desses regimes, o que determinará muita reserva na aplicação das regras do decreto-lei à medida provisória.

Também no terceiro capítulo, ocorrerá o exame dos contornos básicos da medida provisória, sempre tendo em perspectiva a vinculação deles com o objeto desta dissertação, que estabelece o seu próprio corte e limite de abrangência. E nessa perspectiva de limite e corte da presente pesquisa - não se trata, com efeito, de uma dissertação sobre a medida provisória, independentemente de sua matéria - abordar-se-ão o seu conceito e características, especificamente, dentre elas, as suas limitações temáticas, os seus requisitos autorizadores, a sua reedição e a sua convalidação. Sempre, tendo em conta a Constituição Federal de 1988.

No quarto capítulo, se adentrará na polêmica propriamente dita. Em suma, a medida provisória tem força normativa para criar ou majorar tributo? Inicialmente, se discorrerá sobre as duas correntes doutrinárias que se desenvolveram em torno do presente problema. De um lado, atestando a força normativa da medida provisória para o fim em questão, ver-se-á o pensamento dos autores Hugo de Brito Machado e Luciano Amaro. Em sentido contrário, se descreverá o entendimento de Mizabel Abreu Machado Derzi, Roque Antônio Carraza e Paulo de Barros Carvalho.

Depois, vão se retomar as premissas que terão sido abordadas e conceituadas ao longo desta dissertação. Assim, se permitirá a fixação das regras de hermenêutica constitucional indispensáveis ao desate do problema, especificamente o

princípio da unidade, os princípios constitucionais fundamentais e as interpretações sistemática, gramatical e histórica.

Impõe-se, ainda, nesta introdução, uma referência ao método de pesquisa utilizado para a elaboração desta dissertação. Adotou-se o método bibliográfico, pesquisando-se o seguinte material: a) os textos das constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e 1988; b) os textos das Constituições da França, Portugal, Espanha e Itália; c) os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e d) livros doutrinários.

Por fim, espera-se, senão oferecer uma contribuição original sobre o assunto, trata-lo a partir de uma perspectiva científica válida e séria.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CLÁSSICA

1.1. Princípio da Legalidade - Conceito e Características

O princípio da legalidade é nota distintiva do Estado de Direito, senão o seu próprio conceito, visto que toda e qualquer atividade estatal subordina-se aos ditames da lei. Na perspectiva do princípio da legalidade clássica, a lei procede do Poder Legislativo, que é o órgão de representação popular, encarnando a vontade geral da nação, e, em consequência, detendo hierarquia normativa sobre os atos normativos oriundos dos demais Poderes.²

A lei funciona, igualmente, como um limite de ação intransponível pela administração pública e correlatamente como uma baliza de proteção dos direitos dos indivíduos. Enfim, *a vida social não é possível sem certas restrições à atividade individual. Estas restrições, porém, unicamente, podem ser estabelecidas pela lei, que deve ter um caráter geral e igualitário. Sobredemais, deve ser elaborada por mandatários do povo, obedecidos o processo legislativo que a Constituição traça e o próprio princípio republicano.*³

² cf. CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3. ed., rev. ampl. e atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 147.

³ CARRAZA, R. A. *Idem*, p. 149.

Para ser mais fiel ao pensamento de Carraza, a sua sustentação afirma que os direitos protegidos pelo princípio da legalidade são os individuais, sociais, coletivos e difusos⁴. Vale dizer, todos os direitos atribuíveis aos indivíduos e com estatura constitucional são tutelados pelo princípio em exame. É uma perspectiva muito mais ampla do que a perspectiva clássica, segundo a qual o princípio da legalidade presta-se, senão exclusiva, pelo menos, precipuamente, e a sua localização na carta constitucional brasileira de 1988 é um sintoma eloqüente disso, para, evitando o arbítrio estatal, permitir a fruição dos chamados direitos individuais. Mas, a perspectiva mais ampla é muito mais adequada à realidade jurídica atual, e a carta constitucional brasileira de 1988 não foge desse perfil, marcada por estados de Direito, em que políticas públicas, na área social, tais como previdência social, saúde, assistência social, educação, cultura, legislação e justiça trabalhista, etc são prometidas aos indivíduos, vinculando o legislador, e, também, o administrador. Neste capítulo, observando-se a estrutura interna desta dissertação, tratar-se-á da perspectiva do princípio da legalidade clássica, para, no segundo, terceiro e quarto capítulos, abordar esse princípio, na nova perspectiva aqui descrita. De qualquer forma, como se procurará demonstrar, tratam-se de perspectivas que se complementam, e não, portanto, que se excluem.

Sob o ângulo da submissão da administração pública aos ditames da lei, convém transcrever a doutrina de Mello:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através de uma norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do

⁴ CARRAZA, R. A. *op. cit.*, p. 147.

*Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral... Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.*⁵

Já sob o ângulo da garantia, observa-se a doutrina de Misabel Derzi, na atualização que faz da obra de Baleeiro:

*Como garantias constitucionais específicas, em sentido restrito, são compreendidos os meios técnicos, procedimentos e remédios aptos a assegurar a observância dos direitos e sua reintegração, em caso de lesão (...)*⁶

Ora, o princípio da legalidade, igualmente, funciona como uma técnica de limitação do poder, tanto quanto as demais técnicas constitucionais elencadas por Derzi. Aliás, a própria autora, na continuação da lição acima transcrita, após salientar a proximidade conceitual entre direitos e garantias constitucionais, tendo em vista que estas servem como condição de exercício para aqueles, sustenta que a legalidade, sendo um direito derivado da liberdade, também tem o sentido de garantia individual.⁷

Outro aspecto conceitual decisivo da lei, pelo menos no que diz respeito à sua diferenciação com os atos administrativos, que sejam normativos, é a sua primariedade. Vale dizer que a lei é *um ato normativo primário por excelência, uma vez que obedecidos apenas aos ditames constitucionais, inova inauguralmente a ordem jurídica.*⁸

Os atos administrativos, que sejam normativos, acima aludidos, são aqueles praticados pela administração pública, que tenham, tanto quanto a lei, as características de generalidade e abstração. Exemplos importantes de tais atos administrativos são os

⁵ BANDEIRA MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 59-0.

⁶ BALLEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rev. e compl. À luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 67.

⁷ cf. BALLEIRO, A. Idem, *lbidem*.

⁸ CARRAZA, R. A. *op. cit.*, p. 147.

decretos, os regulamentos e as portarias. Todavia, exatamente por não procederem do órgão de representação popular, são atos infralegais, tanto quanto o são os demais atos administrativos, sendo-lhes, então, defeso inaugurar a ordem positiva. Tais atos têm a ver com o poder regulamentar. *O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja o seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere.*⁹

Também, impende afirmar que a lei permeia diversas etapas de elaboração. Para Ferreira Filho, a complexidade da lei tem a ver exatamente com o seu processo de elaboração, visto que ele apresenta *uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação.* Portanto, a lei é um ato complexo.¹⁰

Na República Federativa do Brasil, não é diferente. O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, consagrando o princípio da legalidade no direito positivo brasileiro, estabelece a regra que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* E lei, no direito constitucional brasileiro, na perspectiva do princípio da legalidade clássica, quer importar, *na expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que deve ser entendida a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar e, tampouco, proibir nada aos administrados, senão em*

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 367.

¹⁰ cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 203.

*virtude de lei.*¹¹ Considera-se, ainda, por órgão de representação popular, na linha de uma interpretação hermenêutica do artigo 5º, II, o Poder Legislativo.¹²

Na perspectiva em foco, o artigo 5º, inciso II, ainda formula, de forma mais ampla possível, o conceito de liberdade, à medida que permite o indivíduo exercer as suas atividades, sem que nenhum óbice, salvo aquele expressamente estabelecido em lei, seja-lhe oposto para a fruição plena dos bens daí decorrentes.¹³ Assim, introduz um dogma fundamental, pelo qual impede-se que o Estado aja com arbítrio, em suas relações com o indivíduo, que, não custa reiterar, tem o direito de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.¹⁴

No regime da Constituição de 1988, o princípio da legalidade conhece vários graus de concretização, ora conferindo maior margem de discricção ao administrador, ora conferindo uma margem menor, e, em ambos os casos, não se admite o regulamento autônomo, devendo o poder regulamentar se situar nos limites da lei de regência. Há matérias em que se exige disciplina exaustiva na lei. Essa última hipótese de concretização o direito constitucional tradicional denomina de reserva de lei ou legalidade específica.¹⁵

Por outro lado, do ponto de vista do processo legislativo brasileiro, a lei conhece diversas fases de elaboração, resumidamente, as seguintes: a) iniciativa legislativa, em que se apresenta um projeto de lei ao Poder Legislativo; b) emendas, em que se apresentam propostas tendentes a modificar o projeto de lei, tal como o mesmo foi apresentado; c) votação, em que se aprova ou rejeita, parcial ou totalmente, o projeto de lei; d) sanção e veto, em que o chefe do Poder Executivo avaliza, ou não, parcialmente ou totalmente, a deliberação do Poder Legislativo. Em caso de veto, o projeto retorna ao

¹¹ SILVA, J. A. *op. cit.*, p. 362.

¹² cf. SILVA, J.A. *Idem*, p. 362-3.

¹³ cf. CARRAZZA, R. A. *op. cit.*, p. 149.

¹⁴ cf. CARRAZZA, R. A. *Idem*, p. 150.

¹⁵ cf. SILVA, J.A. *op. cit.*, p. 363-4.

Poder Legislativo; e) promulgação e publicação da lei, as quais, rigorosamente, não integram o processo legislativo, vez que dizem respeito a uma lei já existente, o que ocorre desde a sanção ou a rejeição do veto. Tais etapas consistem, respectivamente, na comunicação e na publicização da lei, de modo a torná-la eficaz.¹⁶

Portanto, na ótica do princípio da legalidade clássica, a lei é ato normativo dotado das seguintes características no direito constitucional brasileiro: a) é um ato normativo oriundo do Poder Legislativo, que, no Estado de Direito, é o órgão de representação popular; b) tem a força de inovar, originariamente, a ordem jurídica respectiva e c) é um ato normativo complexo, conhecendo várias etapas no seu processo de elaboração.

E o Poder Executivo? Esse poder, no processo de elaboração de leis, limita-se, como regra, à iniciativa legislativa, materializada no envio de projeto de lei ao Poder Legislativo, à sanção ou ao veto do projeto, após a deliberação do Congresso Nacional, e, ainda, quando a lei já tiver existência, à sua promulgação e publicação. É o que consta no artigo 61, da Constituição de 1988, segundo o qual o Presidente da República dispõe de iniciativa para propor projetos de lei ordinária e de lei complementar; e, no artigo 66, em que se prevêem os poderes de veto ou sanção do projeto de lei aprovado no Poder Legislativo e de promulgação e publicação da lei já existente.

É correto, então, concluir, nessa perspectiva, que o papel institucionalmente central, no processo de elaboração de lei, é do Poder Legislativo, pelo menos por dois aspectos implícitos no discorrer deste tópico: a) as etapas de emenda e de votação do projeto de lei, em que se estabelecem os contornos da conversão do projeto de lei em lei, dão-se exclusivamente no Poder Legislativo; b) em que pese a sanção ser atribuição

¹⁶ cf. SILVA, J.A. *op. cit.*, p. 455.

privativa do Poder Executivo, impõe-se observar que, em caso de veto, total ou parcial, a decisão final sobre a conversão do projeto de lei em lei, pertence ao Poder Legislativo, que poderá, a teor do que dispõe o artigo 66, parágrafos 4º e 6º, da Constituição de 1988, derrubar esse veto. Assim, quando se afirma que a lei, na perspectiva do princípio da legalidade clássica, é ato emanado exclusivamente do Poder Legislativo, não se pretende olvidar o seu aspecto de ato complexo, mas sim destacar que é o Poder Legislativo que delibera, decisiva e irreversivelmente, sobre a conversão de projeto de lei em lei.

1.2. Princípio da Legalidade Tributária - Aspectos Histórico e Conceitual

O princípio da legalidade tributária, sob o influxo do princípio da legalidade clássica, jamais foi contestado nas Constituições da era republicana iniciada com a Constituição de 1891. Há resquícios, até na tradição legislativa brasileira mais remota, da adoção de tal princípio. Por exemplo, no período colonial, em que as tributações eram aprovadas, para períodos definidos, pelos Senados das Câmaras, integrados estes órgãos pelos representantes dos contribuintes eleitos para a vereança municipal. E, nessa linha histórica, cumpre mencionar, ainda, as atas dos vereadores da Bahia, conservadas desde 1624, que também demonstram a adoção do princípio da legalidade, em matéria de tributação.¹⁷

A Constituição imperial de 1824, embora não tenha se referido expressamente à lei, estabeleceu a competência legislativa para a instituição de tributo, ao determinar, em seu artigo 171, que *Todas as contribuições diretas, à exceção daquelas,*

¹⁷ cf. BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 52.

que estiverem aplicadas aos juros, de amortização da dívida pública, serão anualmente estabelecidas pela Assembléia Geral, mas continuarão até que se publique a sua derrogação ou sejam substituídas por outras. E o ato adicional de 1834 previu a competência das assembleias legislativas das províncias para a instituição dos impostos locais, desde que estes não prejudicassem as imposições gerais do Estado (art. 10, parágrafo 5º), sob pena de serem revogados pelo Poder Legislativo Geral, isto é, nacional (art. 20).¹⁸

A Constituição republicana de 1891 adotou o princípio da legalidade tributária, ao estabelecer, em seu artigo 72, parágrafo 30, no âmbito da declaração de direitos, que *nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.* Não obstante a literalidade do dispositivo constitucional não abranger as taxas, a melhor doutrina sempre sustentou a extensão desse princípio a outros tributos, como a taxa, apoiando-se em lição de Cooley e outros relativamente ao Direito Constitucional norte-americano.¹⁹

A Constituição de 1934 promoveu o deslocamento do princípio da legalidade tributária, retirando-a da declaração de direitos e situando-a nas disposições gerais do art. 17, alínea VII, com o seguinte texto: *É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ...cobrar quaisquer tributos sem lei especial.* A Constituição de 1937 estabeleceu, em seu artigo 13, que *O Presidente da República nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, si o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, exceptuadas as seguintes: ... d) impostos.* Não obstante, o seu artigo 180 estabeleceu que *enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o*

¹⁸ cf. BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 52.

¹⁹ cf. BALLEIRO, A. *Idem*, p. 53.

Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

A Constituição de 1946, a teor do seu artigo 141, parágrafo 34, primeira parte, manteve a tradição constitucional brasileira, prevendo a lei como condição indispensável de validade de instituição e majoração de tributos, dispondo que: *Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça...*; no mesmo sentido, alinhou-se o texto constitucional de 1967 (artigo 150, parágrafo 29, primeira parte: *Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça...*), com a Emenda Constitucional nº 1 de de 1969, (artigo 153, parágrafo 29, primeira parte: *Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça...*).

É imprescindível ressaltar que as exceções referidas nas partes finais dos dispositivos constitucionais, que versaram sobre o princípio da legalidade tributária, nas Constituições de 1946 e 1967, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, sempre atenuaram os princípios da anualidade ou da anterioridade.²⁰

O princípio da anualidade foi expressa e, pela primeira vez na tradição constitucional brasileira, consagrado na Constituição de 1946, artigo 141, parágrafo 31, 2ª parte, suprimido na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, restaurado na Constituição de 1967, artigo 150, parágrafo 29, 2ª parte, e, mais uma vez, eliminado na Emenda nº 1 de 1969, artigo 153, parágrafo 29, 2ª parte. Significa a exigência de prévia previsão orçamentária, para que a lei tributária instituidora ou majoradora de tributo seja cobrada no exercício financeiro seguinte. A sua razão de ser é que,

(...) restitui ao Congresso a velha arma da representação parlamentar na batalha de séculos idos contra a desenvoltura dos monarcas absolutos: as leis de impostos continuam válidas e em vigor, mas só se aplicam e só vinculam a competência dos

²⁰ cf. BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 60.

funcionários do Fisco, para criação dos atos administrativos do lançamento ou das arrecadações, se o orçamento mencionar a autorização naquele exercício. Esta costuma ser dada por um dispositivo da lei orçamentária que faz remissão a todas as leis tributárias arroladas em quadro anexo - chamado ementário da legislação da receita. Destarte, o sentido político do orçamento ficou restaurado e preservado. Plano de governo, proposto pelo Executivo, ele traz em seu ventre a exposição das vantagens que ao povo advirão dos serviços e realizações públicas programadas. É em face das necessidades e medidas planejadas para satisfazê-las que os representantes concedem, ou não, autorização para cobrança dos impostos regulados pelas várias leis anteriormente existentes.²¹

Já o princípio da anterioridade foi estabelecido na Emenda Constitucional nº 18/65, absorvido pelo princípio da anualidade na Constituição de 1967, restaurado na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, artigo 153, parágrafo 29, 2ª parte, e mantido na Constituição de 1988, artigo 150, inciso III, alínea *a*. Significa a postergação da eficácia, aqui compreendida como a aptidão jurídica de incidência de uma norma jurídica, para o exercício financeiro seguinte àquele em que a lei, que instituiu ou aumentou o tributo, foi editada, prescindindo, então, da prévia autorização orçamentária. Assim, por exemplo, uma lei instituidora de tributo publicada em 31.12.1995, passará a incidir no exercício financeiro de 1996, sendo que, para o prosseguimento de sua incidência nos exercícios financeiros seguintes, bastará inexistir o advento de qualquer alteração legislativa impeditiva, a esse respeito. É exatamente o que se denomina de não-surpresa tributária.²²

De qualquer maneira, mesmo nos períodos em que vigia o princípio da anualidade, o Supremo Tribunal Federal, a esse respeito, sempre entendeu vigente o princípio da anterioridade, tal como o mesmo foi conceituado na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e na Constituição de 1988, tendo, inclusive baixado a súmula nº 66, segundo a qual *é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas*

²¹ BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 55.

²² COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*: (comentários à Constituição e ao Código tributário nacional, artigo por artigo). Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 195.

antes do início do respectivo exercício financeiro.

Na Constituição de 1967, nos tributos previstos no artigo 22, incisos I, II, VI, e seu parágrafo 2º, admitiu-se, por expressa previsão contida no artigo 20, inciso I, parte final, a alteração das alíquotas e das bases de cálculo, por decreto do Poder Executivo. A mesma lógica normativa obedeceu-se na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em relação aos tributos previstos no artigo 21, incisos I, II e V, e seu parágrafo 2º, inciso I. Todavia, o que se tolerou aqui foi a quebra da legalidade específica ou da reserva de lei, aqui compreendida como exigência de disciplina exaustiva de uma determinada matéria por lei, e não a da legalidade, vez que exigiu-se a observância dos limites e das condições estabelecidas em lei.

Ainda, anteriormente ao exame da atual carta constitucional, impende advertir que, no âmbito da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, previu-se, no artigo 55, inciso II, parte final, que o decreto-lei também poderia criar ou majorar tributos. A Constituição de 1967, em seu artigo 58, também previra a figura do decreto-lei, mas sem a especificação retratada na expressão *inclusive normas tributárias*.

Por decreto-lei, pode-se entender ato normativo oriundo do Chefe do Poder Executivo e dotado de força para inovar originariamente a ordem jurídica respectiva, desde que observados, alternativamente, os requisitos materiais da urgência ou interesse público relevante. A sua sistemática de funcionamento vinha estipulada nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 55, segundo os quais: *Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado (parágrafo 1º); a rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência (parágrafo 2º)*. Observa-se que, em relação ao decreto-lei, o Poder Legislativo

continou tendo participação, vez que, para a estabilização desse ato normativo, na ordem jurídica, indispensável era a sua anuência, ainda que presumida.

É certo que se instaurou um intenso debate doutrinário sobre a possibilidade de o decreto-lei regular matéria privativa de lei. Baleeiro, por exemplo, sempre sustentou a impossibilidade dessa força normativa, afirmando que os dispositivos constitucionais atinentes à instituição ou majoração de tributos, tanto na Constituição de 1967, como na sua Emenda Constitucional nº 1, não arrolaram o decreto-lei no elenco de exceções à exigência de lei para instituir ou majorar tributo.²³ Ademais, os princípios do regime representativo (artigo 1º, da Emenda nº 1 de 1969), da forma republicana representativa, da independência e da harmonia dos poderes (artigo 10, VII, a e c) e do regime democrático (arts. 151, I; 152, I; 153, parágrafo 36; e 154), denotavam a existência de um regime democrático, e a deliberação do tributo, por meio dos parlamentares é princípio cardeal dos regimes representativos e democráticos.²⁴

Todavia, o Supremo Tribunal Federal pacificou-se no sentido da possibilidade da idoneidade do decreto-lei para a instituição ou majoração de tributos.²⁵

A Constituição de 1988, como já mencionado no primeiro tópico, consagrou o princípio da legalidade como um dos fundamentos basilares do Estado de Direito brasileiro. Adotou uma fórmula genérica, para abranger toda e qualquer ação estatal, assim como a relação do Estado brasileiro com os indivíduos, em seu artigo 5º, inciso II. E, setorialmente, no que diz respeito à matéria tributária, observou as demais Constituições republicanas, determinando, em seu artigo 150, inciso I, que a instituição ou majoração de tributos demandam necessariamente a lei como respectivo ato normativo regulador. Assim

²³ cf. BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 76.

²⁴ cf. BALLEIRO, A. *Idem*, p. 76.

²⁵ cf. BALLEIRO, A. *Idem*, p. 77.

que estabelece esse dispositivo: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.*

No que diz respeito à força normativa primária da medida provisória, na criação ou majoração de tributos, o que constitui debate indispensável no exame do princípio da legalidade tributária, em face do artigo 62, da Constituição de 1988, sendo, também, o objeto desta investigação científica, posterga-se o seu enfrentamento minudente para o quarto capítulo desta dissertação. Por ora, basta referir que o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, vem admitindo que a medida provisória crie ou majore tributos, como, respectivamente, ocorreu com a contribuição social sobre o Lucro, na edição da Medida Provisória nº 22, e na contribuição social do servidor público federal, na edição da Medida Provisória nº 560.

É imprescindível agora aprofundar o conceito de lei, na perspectiva do princípio da legalidade tributária, tendo em vista as disposições da Constituição de 1988. Para tanto, é necessário retomar os conceitos de lei e de princípio de legalidade elaborados no primeiro tópico deste capítulo.

O princípio da legalidade é, no plano do direito constitucional, o princípio pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o que vem estipulado no artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988. E, no direito tributário, ocorre uma especificação desse princípio, que se costuma chamar princípio da legalidade tributária, significando que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei.²⁶

²⁶ cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 57.

Impende observar, nessa ordem de idéias, que o conteúdo da legalidade tributária não se satisfaz com a noção de simples autorização do Poder Legislativo, a fim de que o Estado exerça a cobrança de um tributo. Exige, sim, que a lei defina hipoteticamente todos os aspectos essenciais do tributo, para que, concretamente, saiba-se, quem terá de pagar, quanto, a quem, à vista de que fatos ou circunstâncias.²⁷

*Assim, a lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os dados necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar se A irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação. Os critérios que definirão se A deve ou não contribuir, ou que montante estará obrigado a recolher, devem figurar na lei e não no juízo de conveniência ou oportunidade do administrador público. O princípio da legalidade tributária, então, importa não em apenas simples prevalência da lei, o que basta para configurar a regra da legalidade genérica, mas a reserva absoluta da lei.*²⁸

Correspondentemente à exigência dessa reserva absoluta de lei, há uma expressão da legalidade dos tributos, que é o princípio da tipicidade tributária, direcionado ao legislador e ao aplicador da lei. Do ponto de vista do legislador, exige-se que, ao formular a lei, defina, de modo taxativo e completo, os fatos tributáveis, cuja ocorrência determinará o nascimento da obrigação tributária, além dos critérios de quantificação do tributo. Já, em relação ao aplicador da lei, veda-se a interpretação extensiva e a analogia, as quais não se compatibilizam com a taxatividade e a determinação dos tipos tributários. É por isso, que se costuma qualificar a tipicidade tributária de cerrada ou fechada.²⁹

Com efeito, a tipicidade, no Direito Tributário, é mais rigorosa do que no

²⁷ cf. AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 110.

²⁸ cf. AMARO, L. S. *Idem*, *lbedem*.

²⁹ cf. AMARO, L. S. *Idem*. p. 110-1.

Direito Penal. Neste, a lei confere ao julgador, no momento da dosimetria da pena, uma considerável dose de subjetivismo; naquele a lei determina, ao seu aplicador, não apenas a tipificação do fato tributável e os sujeitos da respectiva relação jurídica, mas, também, os critérios para a sua quantificação, no caso concreto, sem, portanto, conferir-lhe nenhuma dose do subjetivismo referido.³⁰ É sob esse enfoque que se deve compreender o princípio da legalidade tributária, expresso no artigo 150, inciso I, da Constituição de 1988.

Há que se esmiuçar, ainda, o que seja a exigência de que a instituição e a majoração de tributo que demandem o veículo normativo da lei, na conformidade do citado artigo 150, inciso I. É que a Constituição de 1988, em seu artigo 146, inciso III, estabeleceu competir à lei complementar instituir limitações constitucionais ao poder de tributar. Categoria constitucional esta na qual se inclui o princípio da legalidade tributária, consoante deflui da própria posição desse princípio no texto constitucional atual e da função do princípio da legalidade, como destacado no primeiro tópico deste capítulo, que é a de garantir o direito do indivíduo, diante do poder estatal, até mesmo formando um determinado núcleo irrecusável à ação estatal.

E lei complementar, em matéria de limitações ao poder de tributar, desde a Constituição de 1967, que, em seu artigo 19, parágrafo 1º, estabeleceu que esse tipo de matéria devesse ser regrado por lei complementar, é a Lei nº 5172, de 25.10.1966, denominado de Código Tributário Nacional, que determina, em seu artigo 97, ser privativa de lei a regulação das seguintes matérias tributárias: a) a instituição de tributos, ou a sua extinção; b) a majoração de tributos, ou sua redução; c) a definição de fato gerador da obrigação tributária principal; d) a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo; e) a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou

³⁰ cf. CARRAZZA, R. A. *op. cit.*, p. 161.

para outras infrações nela definidas; f) as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou de redução de penalidades. E o citado artigo 97, em seus parágrafos 1º e 2º, estabelece, respectivamente, que *equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso* “ e “ *não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.*

Percebe-se da conjugação entre os artigos 150, inciso I, da Constituição de 1988, e 97, incisos e parágrafos, do Código Tributário Nacional, que os elementos material, temporal, espacial e quantitativo do tributo, assim como a estipulação de penalidades tributárias, as hipóteses de suspensão e exigibilidade ou de extinção do crédito tributário, a isenção, a anistia e as hipóteses de dispensa ou redução de penalidades, são matéria privativa de lei. Conclui-se que somente esse veículo normativo pode validamente dispor sobre tais aspectos tributários. Impõe-se, por óbvio ainda, concluir que é defeso ao Poder Executivo, por meio do seu poder regulamentar, tal como conceituado no primeiro tópico deste capítulo, disciplinar tais matérias.

A exceção, relativamente ao aspecto quantitativo na Constituição de 1988 - e no que diz respeito, exclusivamente, à alíquota, diversamente das exceções previstas na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1 de 1969, que, além das alíquotas, alcançavam as bases de cálculo dos tributos ali previstos -, é prevista no artigo 153, parágrafo 1º, segundo o qual o imposto sobre produtos industrializados, o imposto sobre importação, o imposto sobre exportação e o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários podem ter as suas alíquotas modificadas por decreto, baixado pelo Poder Executivo, observadas as condições e os limites estabelecidos em lei.

Como se observa na exceção acima descrita, não se trata de quebra ou exceção ao princípio da legalidade, exatamente porque as condições e os limites são estabelecidos na lei. Assim, por exemplo, se a lei de regência do imposto de importação estipula uma margem de alíquota para a importação de veículos automotores, entre 5% e 50% sobre o valor da aquisição, não poderá, sob pena de invalidade, o Poder Executivo estipular uma alíquota de 65%, sobre a mesma base de cálculo. Nessa ordem de idéias, a exceção que há diz respeito ao princípio da reserva de lei ou da legalidade específica, uma vez que, como conceituado no primeiro tópico deste capítulo, exige a disciplina de uma determinada matéria exaustivamente por lei.

Efetivamente, não existem exceções, quer na Constituição anterior, quer na atual, à legalidade, pois todo tributo somente pode ser disciplinado, em seus aspectos substanciais (material, temporal, espacial, subjetivo e quantitativo). Não obstante, em certas hipóteses excepcionais, contempladas na Constituição, a legalidade absoluta é quebrada, estabelecendo o legislador apenas os limites máximo e mínimo, dentro dos quais o Poder Executivo poderá alterar quantitativamente o dever tributário. Trata-se de mera atenuação do princípio da especificidade conceitual ou da legalidade rígida.³¹

Amaro também posiciona-se no sentido de que a exceção em foco diz respeito à legalidade específica e não à legalidade, afirmando que,

Nesses casos, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, é facultado ao Poder Executivo alterar as alíquotas dos mencionados tributos. Observe-se que a exceção se reporta apenas à mudança de alíquotas, não mais abarcando a base de cálculo, como ocorria na Constituição anterior. Mesmo em relação aos tributos cujas alíquotas, nas citadas circunstâncias, podem ser alteradas sem lei formal, é preciso sublinhar que sua criação depende, em todos os seus aspectos, de definição em lei (formal), mesmo quanto às alíquotas. Não pode a lei criar o tributo sem lhe precisar a alíquota. Definida esta na lei, juntamente com os demais aspectos do tipo legal (e completado, assim, o quadro de providências reclamadas do legislador para legitimar formalmente o tributo), pode o Executivo, nos casos excepcionados, dentro dos

³¹ BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 67-8.

*limites e nas condições previamente definidas na lei, alterar a alíquota.*³²

Muito se afirmou que o princípio da legalidade e, com muito maior rigor, o princípio da legalidade tributária exigem que a lei institua ou majore tributo. Impõe-se, então, que se responda à seguinte pergunta: O que é lei, para o direito tributário, na perspectiva do princípio da legalidade clássica?

Há um duplo aspecto, para a resposta acima reclamada: a) o aspecto formal e b) o aspecto material.

Sob o aspecto formal, lei é o ato emanado do Poder Legislativo. Também sob esse aspecto, a lei trata-se de um ato normativo primário que tem força de inovar, originariamente, na ordem jurídica respectiva, diversamente, então, dos atos normativos, que sejam administrativos, os quais, ainda que abstratos e genéricos, como as portarias e decretos, não têm essa força normativa. Aliás, *é ato normativo próprio à criação dos fatos jurídicos, deveres e sanções tributárias.*³³

Sob o aspecto material, lei é uma prescrição jurídica hipotética, que não se reporta a um fato individualizado no tempo e no espaço, mas a um modelo, a um tipo, constituindo-se, enfim, em uma norma.³⁴ Além disso, não tem como destinatária apenas uma pessoa, mas uma classe de pessoas que objetivamente satisfaçam o figurino em hipótese estabelecido.

Em outras palavras, é um ato genérico e abstrato, assim conceituados por Mello: *a lei se diz geral, quando apanha uma classe de sujeitos. Generalidade opõe-se a individualização, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito,*

³² AMARO, L. S. *op. cit.*, p. 114-5.

³³ BALLEIRO, A. *op. cit.*, p. 76.

³⁴ cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 55.

*particularizadamente, caso em que se deve nominá-la lei individual. Diversa coisa é a abstração da lei. Convém denominar-se de abstrata a regra que supõe situação reproduzível, ou seja “ação-tipo”, como diz Norberto Bobbio. O contraposto do preceito abstrato é o concreto, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar sua renovação.*³⁵

Assim sendo, lei, na perspectiva do princípio da legalidade clássica aplicada ao direito tributário, é um ato oriundo do Poder Legislativo, genérico e abstrato. Desde que observados os ditames formais e materiais de regência da constituição, inova originariamente a ordem jurídica para normatizar as matérias tributárias previstas no artigo 150, inciso I, da Constituição de 1988, e esmiuçadas no artigo 97, incisos e parágrafos, do Código Tributário Nacional.³⁶

Por último, impende observar que lei, na perspectiva multireferida, é, de regra, a lei ordinária, com exceção de determinados casos, em que a Constituição de 1988 exige a lei complementar.³⁷ Tais casos excepcionais são os seguintes: a) os empréstimos compulsórios (artigo 148, incisos I e II da Constituição Federal de 1988); b) impostos instituídos no exercício da competência residual da União (artigo 154, inciso I da Constituição Federal de 1988); c) contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social instituídas no exercício, também, da competência residual da União (artigo 195, parágrafo 4º).³⁸

³⁵ BANDEIRA MELLO, Celso Antônio. (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade', Editora Malheiros, 3ª edição atualizada, 1993, p. 26).

³⁶ A necessidade de obediência dos ditames materiais e formais constitucionais tem a ver com a supremacia, na ordem jurídica brasileira, da constituição sobre as demais normas jurídicas. Por isso, não basta simplesmente que a lei tenha o nome de lei ordinária, para que validamente possa autorizar a cobrança de um tributo.

³⁷ AMARO, L. S. *op. cit.*, p. 112.

³⁸ Os decretos legislativos, quando internalizam na ordem jurídica interna tratados internacionais que versam sobre criação ou majoração de tributos, com implicações internacionais, também têm a força normativa assinalada no texto, na conformidade do que deixa entender o artigo 98 do Código Tributário Nacional (cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 62).

Costuma-se distinguir lei ordinária e lei complementar sob os aspectos material e formal. Sob o aspecto material, diz-se que se identifica a lei complementar, porque assim previu a Constituição, para a disciplina de determinadas matérias, como ocorre, por exemplo, com os artigos 146, 148, 153, inciso VII, 154, inciso I. E, sob o aspecto formal, exige-se, para a aprovação de lei complementar, quórum de maioria absoluta, e, para a aprovação de lei ordinária, quórum de maioria simples.³⁹

Na realidade, a verdadeira distinção entre lei ordinária e lei complementar é aquela que reside no quórum exigido para a aprovação de lei complementar, a teor do que dispõe o artigo 69 da Constituição de 1988. É que, afora esse aspecto, lei ordinária e lei complementar conhecem rigorosamente o mesmo procedimento legislativo, situam-se na mesma relação de verticalidade inferior, em relação à constituição, e, por fim, salientam o papel central e clássico do Poder Legislativo, na elaboração de normas jurídicas que inovem, originariamente, a ordem jurídica. Assim, a lei ordinária que regula matéria de lei complementar é inconstitucional, não porque esteja violando uma disposição normativa superior, mas porque descumpre o quórum exigido para a aprovação de lei complementar, que é, como já observado, o de maioria absoluta. E, de outra parte, se lei complementar regular matéria de lei ordinária, será, no ponto, materialmente lei ordinária, sendo, então, revogável por lei ordinária superveniente. Assim, aliás, tem decidido o Supremo Tribunal Federal, conforme precedente relevado no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 1-DF.⁴⁰

³⁹ cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, Pleno. Ministro Relator Moreira Alves, DJU de 16.6.1995.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONTEMPORÂNEA

2.1. Fundamento Político do Princípio da Legalidade Clássica

Observou-se, no primeiro capítulo desta dissertação, que o princípio clássico da legalidade concentra a atividade legislativa, em caráter de exclusividade, no Poder Legislativo, cabendo ao Poder Executivo participação no processo legislativo, nas etapas de iniciativa e de sanção ou veto, promulgação e publicação. Mas, ainda no caso de veto de projeto de lei, impõe-se o seu retorno ao Poder Legislativo, para que ele decida definitivamente sobre a conversão do projeto de lei em lei, mantendo o veto ou derrubando-o. Assim, não bastasse a competência legislativa ser monopólio do Poder Legislativo, o processo legislativo tem, nesse poder, o seu instante decisório máximo e irreversível.

Esse conceito de princípio de legalidade, entretanto, não se revelou à toa. Correspondeu, isto sim, a uma determinada ideologia, que, consagrada em movimentos revolucionários vitoriosos, notadamente na Independência Americana (1786) e na Revolução Francesa (1789), substanciou uma técnica nova de exercício de poder e um Estado novo. Refere-se, respectivamente, à ideologia do liberalismo, à técnica de

separação de poderes e ao Estado Mínimo. É de se descrever, então, a partir de agora, tais aspectos, para bem dimensionar e compreender a noção clássica do princípio da legalidade.

O Estado que se seguiu à Revolução Francesa deve a Montesquieu a formulação da teoria da separação de poderes, que, depois, foi adotada pela experiência de muitas sociedades políticas, inclusive a brasileira. É importante salientar, nesse passo, que a aceitação da formulação teórica de Montesquieu foi tão intensa que originou o mito da separação de poderes, decorrente do apego dogmático dos juristas a uma técnica de contenção do poder nascida num período determinado. E mais do que isso, para enfrentar questões desafiantes de um contexto determinado. Com efeito, o objetivo do pensador em foco era formular uma técnica que permitisse uma forma equilibrada e moderada de governo. E mais, com atribuição de atividades específicas - funções - a órgãos distintos e autônomos, assegurando, assim, que, no interior da estrutura do Estado, o poder se encarregasse de controlar ou limitar o próprio poder.

De fato, a respeito da importância da técnica da separação de poderes como um mecanismo de contenção do poder, Montesquieu assim ensinou:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite...Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado... Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo

*está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente (...).*⁴¹

É certo que, no contexto do Estado absoluto, havia regras jurídicas. Todavia, e ressalvadas as Leis Fundamentais do Reino, o direito, em última instância, consistia nas palavras pronunciadas pela boca do príncipe, imperando, em conseqüência, a insegurança nas relações jurídicas, além do que, várias ordens paralelas vigiam simultaneamente. De fato, existia um código de juridicidade para os nobres, outro para o clero, outro para o terceiro estado, e, ainda, as relações comerciais sofriam entraves decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e da inexistência de um sistema jurídico unificado.

Do ponto de vista histórico e conceitual, vale observar a lição de Bobbio sobre o absolutismo, para bem compreender e situar historicamente o Estado absoluto referido no texto:

Não se pode prescindir, portanto, se quisermos aprofundar este aspecto, da séria tentativa de relacionar o Absolutismo com uma forma específica de organização de poder, característica em relação a outras. Tal especificidade podemos verificá-la particularmente no plano histórico, referida a uma determinada forma histórica de organização do poder. A perspectiva que daí resulta é, portanto, em primeiríssimo lugar, histórica-constitucional. Em sua essência, os parâmetros classificatórios mais óbvios e rentáveis parece serem os que estão ligados ao espaço cultural do Ocidente Europeu, no período histórico da Idade Moderna e na forma institucional do Estado moderno. A primeira limitação serve, antes de tudo, para manter as distâncias da experiência oriental e eslava do despotismo cesaropapista. A segunda serve para diferenciar a organização "absolutista" do poder do sistema político feudal anterior e da antiga SOCIEDADE POR CAMADAS. A terceira, finalmente, serve para lembrar os contornos concretos que o Absolutismo assumiu como "forma" histórica de poder... Dando convencionalmente por descontado o término final do Absolutismo na Revolução Francesa (mesmo ficando de pé o problema da sobrevivência de elementos absolutistas em diversos países da Europa Continental), as

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166-8. (Paidéia).

*opiniões são necessariamente contrastantes quanto ao seu início. Presente, em condições mais ou menos evoluídas após o estágio de desenvolvimento das diversas monarquias “nacionais” europeias, já na fase de transição do sistema feudal para o Estado moderno, é concomitante com a afirmação deste último que o regime absolutista se afirma plena e conscientemente tanto no plano prático quanto no plano teórico. À parte, portanto, a necessidade de investigar as origens e as antecipações até o século XIII, podemos talvez razoavelmente atribuir-lhe como idade peculiar, se não exclusiva, a que vai do século XVI ao século XVIII... De um ponto de vista descritivo, podemos partir da definição de Absolutismo como aquela forma de Governo em que o detentor do poder exerce este último sem dependência ou controle de outros poderes, superiores ou inferiores.*⁴²

Com relação às leis fundamentais do reino, às quais o príncipe deveria subordinar-se, impõe-se observar que as mesmas seriam uma espécie de leis constitucionais adquiridas e vivenciadas por uma comunidade ao longo do tempo sendo que um exemplo delas seria a lei que, numa monarquia, estabelece a sucessão ao trono.⁴³

Pode-se conceituar, assim, o Estado absoluto como um tipo de Estado vigorante na Europa Ocidental, entre os séculos XVI e XVIII, em que as funções estatais correspondentes ao poder, mais tarde concebidas como necessariamente divisíveis entre órgão distintos e autônomos, eram concentradas nas mãos do príncipe. E, ainda, que o príncipe, no exercício dos atos de governo, poderia, por ato próprio, revogar as leis pretéritas, a qualquer tempo. É a expressão da fórmula *legibus solutus*. Subordinava-se, nesse exercício, somente às leis naturais, divinas e fundamentais.

Ora, um momento marcado pela insegurança jurídica que, se não inviabiliza, prejudica seriamente as relações mercantis e a própria circulação de riquezas, aliado a uma época quando o racionalismo iluminista já se pronunciava e a um período em que a classe

⁴² BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed., Tradução Carmen C. Varriale ...[et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília, Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, v. 1. 1991. p. 1-2.

⁴³ cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 5. ed. Trad. de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1988, p. 96.

burguesa já era socialmente hegemônica, oferece as condições para aparecimento da base ideológica e política justificadora da eclosão das revoluções burguesas.

Exitosas as revoluções burguesas, a classe hegemônica, assumindo a condição de classe dirigente, também politicamente, impõe-se uma reorganização da estrutura política do poder político, submetendo-o a um rigoroso código de juridicidade e favorecendo a formação de uma teoria constitucional. Assim, surgirá uma constituição que organizará o Estado, limitará o poder e positivará os direitos reclamados pela burguesia, o que assegurará o livre desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos. É exatamente nesse contexto que a teoria da separação de poderes, enquanto mecanismo garantidor da contenção do poder pelo poder, adquirirá inédita significação, e, mais do que isso, larga aceitação, com a sua positivação na constituição de diversos países no mundo.⁴⁴

Exemplificadamente, vê-se que a Constituição de Massachusetts, de 1780, foi pioneira nesse aspecto, assim como a Constituição de Virgínia, de 1776, e seguidas pelas demais Constituições dos novos Estados americanos, e, também, pela Constituição Federal de 1787. Desenganadamente, a respeito de sua importância no direito novo, verifica-se que, na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, estabeleceu que a sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos e a separação dos poderes, não tem constituição, sendo, no ponto, seguida pela Constituição francesa de 1791 e pelas demais constituições que resultaram das revoluções liberais.⁴⁵

No Brasil, ressalvada a Constituição imperial de 1824, na qual se acrescentou, aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, propostos por Montesquieu, e positivados pelas Constituições americana de 1786 e francesa de 1791, o Poder Moderador

⁴⁴ cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

⁴⁵ CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 28.

(artigo 10), considerado a chave da organização política (artigo 98), verifica-se que, a partir da proclamação da República de 1889 e da promulgação da Constituição de 1891, positivou-se, nas demais constituições republicanas, a técnica da separação de poderes.

Conforme se observou, o Estado absoluto ou moderno concentrou os poderes atomizados na sociedade política feudal. A concentração de poderes deu-se nas mãos do príncipe, tendo sido corroborada pela ação dos juristas forjadores do conceito de soberania.

A esse propósito, destaca-se Jean Bodin, cujo pensamento, a respeito de soberania, é assim descrito por Bobbio:

Bodin define deste modo a soberania: Por soberania se entende o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado Livro I, cap. VIII. São dois os atributos da soberania: o caráter absoluto e a perpetuidade. O significado de “perpetuidade” é óbvio, embora não seja claro onde se possa traçar a linha de demarcação entre um poder perpétuo e outro não-perpétuo. Da elucidação seguinte, e dos exemplos históricos indicados, parece que para Bodin não se deve considerar perpétuo o poder atribuído a uma pessoa ou instituição por “período determinado”... Por “caráter absoluto” se entende que o poder soberano deve ser legibus solutus. Quer dizer: não deve precisar obedecer às leis, isto é, às leis positivas, promulgadas pelos seus predecessores e por ele próprio.⁴⁶

É decisivo, para bem compreender a técnica da separação de poderes, referir que a proposta do Estado Constitucional não é a de novamente atomizar o poder político, retomando o modelo feudal de sociedade política, mas sim a de mantê-lo concentrado. Para tanto, concebe-se, em primeiro lugar, organizar a estrutura política, de tal sorte que o poder naturalmente contole o próprio poder. Vale dizer: o poder, será, a partir do funcionamento de sua própria estrutura interna, limitado. Em segundo lugar, desloca-se a soberania das mãos do monarca para as mãos do povo ou da nação, residindo aí, precisamente, a

⁴⁶ BOBBIO, N. *op. cit.*, p. 96.

transferência da titularidade do poder soberano.⁴⁷

Nessa ordem de idéias, vê-se que a doutrina liberal clássica pretende que a separação de poderes corresponda, em realidade, a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí, sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes. O que se divide, portanto, não é o poder, mas sim as atribuições dele, notadamente as atividades de administrar ou executar, legislar e decidir controvérsias.⁴⁸

Com efeito, o poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide; somente que, por obra do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de diferentes funções. Além disso, o poder é indivisível por natureza. O poder político soberano encarna uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo, se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como, também, o Estado e o direito. Logo, não pode ser dividido.⁴⁹

A técnica da separação de poderes adquiriu prestígio na doutrina constitucional do liberalismo, visto que consistiu em um importante mecanismo de garantia das liberdades individuais. Realmente, o liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção do Estado de Direito, aqui compreendido como um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. A liberdade, a que se alude no texto, não se confunde com aquela dos antigos que possibilitava a participação dos cidadãos no processo político (democracia). Trata-se, sim, de uma liberdade que determina o aparecimento de uma importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado.

⁴⁷ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 29-0.

⁴⁸ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 30.

⁴⁹ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*. *Ibidem*.

A diferença entre o conceito de liberdade para os antigos e para o liberalismo é precisamente assim oferecida por Bobbio: *objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das funções privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas funções.*⁵⁰ Depois, Bobbio, comentando esse conceito, dá mais pistas sobre a exata diferença entre os conceitos de liberdade em foco: *Como liberal sincero, Constant considerava que esses dois objetivos estavam em contraste entre si. A participação direta nas decisões coletivas termina por submeter o indivíduo à autoridade do todo e por torná-lo não livre como privado; e isso enquanto a liberdade do privado é precisamente aquilo que o cidadão exige hoje do poder público.*⁵¹

A liberdade para o liberalismo é a fruição pacífica da independência privada, residindo aí a base para a noção de sociedade civil, como instância contraposta ao Estado. Nessa ordem de considerações, observa-se que a doutrina liberal dá azo ao Estado de Direito, que prevê a submissão do poder ao direito, e ao Estado mínimo, que é o Estado com atribuições reduzidas. Assim, o Estado liberal exerce somente as funções de manutenção da ordem interna e de condução da política exterior. Quer importar: o fim do Estado é assegurar as condições para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades, e, no mais, tudo cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais. Ora, nada melhor, para um Estado que tenha mínima atribuição, no sentido empregado no texto, do que a regra de separação de poderes, tal como concebida por Montesquieu, tendo em vista a contenção de poder aí residente.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. 4. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 8.

⁵¹ BOBBIO, N. Idem. p. 8.

De qualquer maneira, tal concepção de Estado jamais impediu, nos países que a adotaram, que um poder interferisse no outro, preservadas, naturalmente, as funções típicas de cada um dos poderes constituídos. Aliás, a noção de que o poder controla o próprio poder exige exatamente a interferência referida. Do contrário, haveria o abuso e o arbítrio.

Bobbio bem demonstra o que se acaba de aduzir:

*Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos os mais importantes são: a) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis... 4) uma magistratura independente do poder político.*⁵²

2.2. Estado Social, Estado Social de Direito, o Novo Conceito de Lei e o Princípio da Legalidade Contemporânea

Num contexto em que o capitalismo somente iniciava o seu funcionamento, onde há uma infinidade de pequenos capitalistas estimulados pelo ideal de livre concorrência e de livre mercado, é natural defender-se a noção de Estado mínimo, tal como recém-conceituado. Nessa linha de considerações, a máxima do liberalismo econômico é a de que o egoísmo de todos, arranjado pela mão invisível, produzirá o bem comum. Ainda

⁵² BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. p. 19.

nessa perspectiva, é de ver que, no capitalismo de iguais e livres, não há espaço para a noção de poder econômico.⁵³

Todavia, a sociedade e a economia mudaram. Em consequência, o Estado, que era mínimo, para limitar-se a assegurar a ordem interna, e, portanto, o livre desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, passa a absorver e responsabilizar-se por outras funções. Outrora, na linha da doutrina liberal, o Estado, em face dos direitos dos indivíduos, caracterizava-se pela prestação de abstenção, exatamente para que o desenvolvimento referido das potencialidades humanas se consumasse. Era, assim, o “Estado-árbitro”, ou o Estado Gendarme. Agora, os direitos dos indivíduos, a merecerem tutela estatal, ampliam-se. Aí ingressam os chamados direitos sociais, tais como os relativos à saúde, à educação, ao trabalho, à existência digna. Assim, o Estado, cuja prestação na sua relação com os indivíduos e com a sociedade era a abstenção, passa, também, a ser as prestações positivas, passa, em suma, a ser um dever de agir. Surge, em decorrência, o Estado Social, ou Estado de Serviço, ou, ainda, o Welfare State.

Também surgirá, no novo contexto social, o Estado interventor na economia. O Estado regulará o mercado, diminuindo em larga medida a extensão da autonomia da vontade nos negócios privados; reprimirá certas práticas comerciais contrárias ao princípio da livre concorrência; participará do processo econômico, seja por meio de empresas estatais, seja concedendo a infra-estrutura necessária para a instalação e o desenvolvimento das indústrias e negócios. E, finalmente, por intermédio da implementação de políticas de induzimento à manifestação de empreendimentos econômicos. Surge, então, o Estado empresário.

⁵³ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 36-7.

Afirmou-se acima que a sociedade e a economia mudaram, o que, inclusive, determinou o aparecimento do Estado social, em que, ao lado da proteção dos direitos que assegurassem o livre desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, o que já era realizado no âmbito do Estado liberal, passou-se a tutelar os direitos sociais. Brevemente, então, faz-se necessário descrever a mudança referida, sob os ângulos econômico, ideológico e político.

Do ponto de vista econômico, observa-se, em face da incorporação, pelos meios de produção, das novidades tecnológicas, a agudização do processo de acumulação do capital, com o conseqüente aparecimento da economia de escala. Isso vai determinar, em primeiro lugar, a produção de milhares de produtos iguais, em tempo curto, e por um preço mais acessível, tornando obsoletas as técnicas artesanais de produção, e, depois, a decretação da morte dos pequenos produtores. Nesse contexto, intensificado com a segunda revolução industrial determinada pela tecnologia eletrônica, vê-se que o mercado passou a ser dominado por um número cada vez menor de empresas. Surgem, em conseqüência, o poder econômico e a quebra das regras do mercado, com a conseqüente crise do capitalismo concorrencial. Daí se afirmar que *o capitalismo encarrega-se de destruir o capitalismo*.⁵⁴

Do ponto de vista ideológico, cumpre enfatizar as diversas teorias socialistas e, mais notadamente, a divulgação do marxismo entre os trabalhadores sindicalizados. Exemplificadamente, citem-se a Comuna de Paris de 1848, a sindicalização das classes proletárias, as internacionais socialistas, a Revolução Bolchevique de 1917, as quais foram fundamentais para o nascimento do Estado social. Também a Igreja, por meio de documentos como a Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII (15 de maio de 1891), a

⁵⁴ CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 37-8.

Encíclica Quadragesimo Anno, de Pio XII, de 15 de maio de 1931 e a Encíclica Mater et Magistra, de João XXIII, de maio de 1961, passa a advogar o entendimento de que o Estado liberal não assegura uma vida humana digna.⁵⁵

Do ponto de vista político, impõe-se aduzir que a conquista do sufrágio universal constitui, também, fator decisivo para o aparecimento do Estado social. É que os conceitos de democracia e de liberalismo não são coincidentes, donde conclui-se que pode haver liberalismo sem democracia, bastando, para tanto, atentar para a distinção entre a concepção de liberdade, para os antigos, e a concepção de liberdade, para o liberalismo, operada por Bobbio. De fato, Os Estados liberais, no início de sua institucionalização, adotaram o voto censitário, em decorrência do qual, somente os proprietários poderiam votar. Tal prática não violava a idéia de que o parlamento representava a nação, uma vez que a nação, para o liberalismo, não se confundia com o povo e, menos ainda, com o eleitorado. Daí afirmar-se que o sufrágio universal conciliou as idéias de liberalismo e democracia, fermentando a emergência do Estado social, o único capaz de responder às demandas de um eleitorado que não se satisfaz mais com o Estado com atribuições mínimas.⁵⁶

Bobbio assim ensina sobre a coincidência que a evolução histórica, manifestada esta no sufrágio universal tratou de estabelecer entre o Estado liberal e o regime democrático:

Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada o natural desenvolvimento do Estado liberal, apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, que é, como se viu, a soberania popular. O único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos

⁵⁵ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 39-0.

⁵⁶ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 39-1.

*direitos políticos até o limite do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite da idade (que em geral coincide com a maioria).*⁵⁷

Todas as mudanças recém-descritas determinaram o nascimento do Estado social.

Advirta-se que a história recente encarregou-se de ministrar à humanidade um remédio amargo. É que, no período que precedeu a Segunda Grande Guerra, criticou-se os postulados liberais, elogiou-se o Estado eficiente e dotado de direção política forte, previu-se a morte do Parlamento, exigiu-se a racionalização do processo de tomada de decisão política e defendeu-se a instituição de câmaras compostas por representantes não do eleitorado, mas sim dos interesses setoriais das corporações e das profissões ou das atividades econômicas. O resultado disso, aliado a diversos outros fatores, foi o desembocar em experiências políticas totalitárias, como o Nazismo, na Alemanha, e o fascismo, na Itália, ou, ainda, em experiências autoritárias, como o Estado Novo, no Brasil, no período de 1937-1945.⁵⁸

Todavia, o final da última Grande Guerra viabilizou o encontro do Estado social com os postulados liberais clássicos. É o surgimento do Estado social de direito. Portanto, agora, considerando que as normas jurídicas, ainda que sejam de organização, não são desprovidas de valor, é de aduzir que a técnica da separação de poderes deve sofrer, na sua positivação, a repercussão da alteração de perfil do Estado, que, em que pese a manutenção dos postulados liberais clássicos, amplia o rol de suas atribuições, notadamente, em duas direções: a) a de prestador de serviços e benefícios correspondentes aos direitos sociais assegurados na respectiva Constituição; b) a de interventor da

⁵⁷ BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. p. 42-3.

⁵⁸ Impende salientar que no próximo capítulo vai se abordar melhor os três tipos de regime de governo mais conhecidos na ciência e na filosofia políticas, quais sejam, a democracia, o totalitarismo e o autoritarismo. Por ora, basta dizer que, em contraponto ao primeiro regime político referido, os dois últimos importam na ausência de uma linha clara e indubitosa entre o Estado e a sociedade, com a ausência, em consequência, de uma tutela real dos direitos individuais.

economia, de um lado, regulando o mercado, para coibir as distorções congênicas do mercado, como monopólio, concorrência desleal e abuso de preços, e, de outro lado, atuando diretamente, por meio de empresas públicas e outras formas de pessoas jurídicas, a fim de gerar fontes permanentes de riquezas e desenvolvimento econômico, que beneficiarão, diretamente, o respectivo segmento econômico em que se atuará, e, indiretamente, o conjunto da sociedade.

Daí que Clève afirma:

Portanto, falar de separação de poderes, agora, só guarda sentido quando está-se a referir aquele Estado de prestações constitucionalmente regulado e de tal modo regulado a ponto de definir-se como Estado de Direito de orientação social. Nesse Estado, porém, uma coisa é certa. Quer aceite esse ou aquele regime de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), cabe ao Executivo desempenhar a liderança política. Daí o seu relativo predomínio.⁵⁹

A técnica da separação de poderes, por um lado, é indispensável como um mecanismo inequívoco de contenção do poder, de modo a evitar o arbítrio estatal, vale dizer, impedir que o Estado seja governado à margem da lei. Por aí, inclusive, assegurar-se-ão os direitos tidos como indispensáveis para o desenvolvimento da potencialidade dos indivíduos. Por outro lado, tendo em vista que o Estado minimalista, conforme também já analisado, não tem mais lugar nos dias atuais, em face das necessidades e características da sociedade contemporânea, impõe-se a sua aplicação, não pura e simplesmente como se estivesse nos séculos XVIII e XIX, mas adequando-a ao contexto social e político atual, o que impõe ações estatais positivas cada vez em uma intensidade maior. Dessa forma, surgirá a descentralização da competência legislativa, passando tal competência a ser compartilhada entre os Poderes Legislativo e Executivo. *Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas*

⁵⁹ CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 42.

*sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los mais seguros e eficazes.*⁶⁰

É imprescindível, a fim de emprestar unidade e completude ao presente estudo, oferecer o conceito básico de lei no Estado social de direito, observando o compartilhamento da competência legislativa entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Descreveu-se o contexto em que emergiu o Estado social, dos pontos de vista econômico, ideológico e político. Refere-se, respectivamente, retomando a análise já realizada, às causas que ensejaram a intervenção do Estado na economia, como o monopólio aos movimentos doutrinários divergentes da doutrina do liberalismo, tais como o marxismo e a doutrina social da Igreja, dotadas de um forte apelo popular e, finalmente, ao sufrágio universal. Os dois últimos aspectos determinarão o Estado prestador de serviços. Tais aspectos, todos interligados, estão a indicar que a sociedade tornou-se complexa, com problemas técnicos a merecerem continuada prestação estatal positiva.

É exatamente o aparecimento do Estado social de direito e da sociedade técnica que dificulta o exercício monopolístico, pelo parlamento, da função legislativa. Os problemas da sociedade técnica, que passam a merecer atenção do Poder Público, exigem um preparo técnico que, em geral, não existe no Poder Legislativo, o qual não é formado por especialistas, mas sim por mandatários eleitos. Ademais, o processo legislativo, por envolver uma estrutura colegial formada por um número nem sempre pequeno de congressistas, não apresenta na rapidez uma característica necessária e inexorável, pelo menos em comparação com a rapidez das decisões que são tomadas no Executivo. Assim que da chamada crise do parlamento deriva um fenômeno comum a todo o ocidente: a

⁶⁰ CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 44.

descentralização da função legiferante.⁶¹

Agoniza-se, dessa forma, um conceito de lei. É certo que o Poder Legislativo deve continuar legislando; todavia a função legislativa será, no Estado social, dividida com o Executivo, além do que, o Legislativo deverá reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo. Vê-se, então, o surgimento de um Poder Legislativo adaptado às profundas alterações pelas quais passaram a sociedade e o Estado. Assim sendo, o declínio alcança uma determinada concepção de Poder Legislativo, qual seja, a de um órgão monopolizador da competência legislativa, e não a instituição propriamente considerada.⁶²

Conforme se afirmou, o direito constitucional, atualmente, prevê parte da competência legislativa ao Poder Executivo, o que impõe a conclusão de que, segundo o aspecto formal, a lei não se circunscreve mais, quanto à sua origem, ao Poder Legislativo. A lei, em consequência, no Estado contemporâneo, é definida pela sua origem alargada, vez que proveniente de mais de um órgão, forma e força, e não mais pelo seu conteúdo ou atributos, quais sejam, generalidade, abstração e impessoalidade. Vê-se, então, que é um conceito formal, e não material, de lei que prevalece no Estado contemporâneo. A Constituição brasileira, saliente-se, seguiu tal tendência universal. Daí pode-se afirmar que lei, no direito constitucional brasileiro, é aquele ato normativo emanado de órgão ao qual a Constituição atribui competência legislativa e apto a inovar originariamente na ordem jurídica.⁶³

Nessa ordem de idéias, visualizando-se o artigo 59, da Constituição de 1988, excepcionando-se a emenda constitucional, as espécies normativas ali previstas são

⁶¹ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 53.

⁶² cf. CLÈVE, C. M. *Idem*, p.57.

⁶³ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 67.

lei, no sentido presentemente estabelecido. Quer importar, na ordem lógica do que se acabou de afirmar: todas as espécies normativas referidas são emanadas de órgão ao qual a Constituição atribuiu competência legislativa e têm a força de inovar originariamente a ordem jurídica, independentemente da circunstância de que algumas delas serão lei nos aspectos formal e material. Ao passo que outras apenas no aspecto formal.⁶⁴

Não obstante a ampliação do conceito de lei, no Estado contemporâneo, permanece válida a doutrina que insiste na identificação de lei formal como ato proveniente do Poder Legislativo, no curso de um processo legislativo que envolverá o Poder Executivo. Participará esse poder, tanto nas etapas de iniciativa, como de sanção ou veto, promulgação e publicação. Nessa perspectiva, e retomando a análise do referido artigo 59, vê-se que somente a lei complementar e a lei ordinária são lei formal no sentido tradicionalmente estabelecido pelo direito constitucional.

Por outro lado, a lei formal, exhaustivamente conceituada no primeiro capítulo desta dissertação, foi claramente preservada no texto constitucional de 1988, a

⁶⁴ A emenda constitucional é mais do que lei, conforme adverte Clève, *consiste em lei constitucional; uma vez promulgada integra a Constituição como norma supraprimária* (CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 14). Referiu-se, ainda, no texto, à lei material. O conceito material de lei tem a ver com os seus atributos de generalidade e abstração. Por generalidade, entende-se o alcance da norma a um contingente indeterminado de pessoas, as quais deverão, obviamente, a fim de serem as destinatárias da norma, praticar a conduta descrita na sua hipótese de incidência. Poderá, é verdade, tanto dizer respeito a um grupo determinado e especificado por algum aspecto jurídico que vincule os seus membros, como por exemplo, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, como a Lei Orgânica da Magistratura. Poderá o vínculo, ainda, ser fático, como ocorre com uma lei ambiental estadual. E poderá não haver o vínculo nenhum, como ocorrem com a lei que impõe o recolhimento e retenção do imposto de renda. Por abstração, entende-se a existência na estrutura da norma de uma hipótese de incidência, cuja ocorrência no mundo dos fatos, determinará uma incidência automática e, em tese, infalível, com a emergência do comando jurídico ali previsto.

Clève, ainda oferece um panorama mais amplo, do conceito material de lei, como se pode observar: *uma segunda concepção procura identificar a lei com um determinado conteúdo. Trata-se da teoria da lei como regra de direito. A doutrina parte do princípio de que lei é toda regra criadora de direito, pouco importando se é geral ou não. Importa, sim, o fato de modificar a situação jurídica dos cidadãos.*

As duas perspectivas do conceito material da lei, entretanto, não dão conta de explicar o fenômeno da lei, no Estado contemporâneo, pois, em relação aos atributos de generalidade e abstração, *No Estado contemporâneo, por exemplo, nem sempre a lei será genérica e abstrata. Inúmeras deliberações do parlamento afinal, com forma e força de lei, não dispõem desses atributos. E tal é caso, por exemplo, das já referidas leis-objetivos, ou leis-instrumento, ou, ainda, leis-medida* (CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 65). Por outro lado, em relação à necessidade de a lei veicular regra de direito, *Em face da teoria e da experiência constitucionais dos Estados ocidentais, percebe-se claramente que a lei veicula diversos conteúdos. Daí a regra de direito constituir apenas um dos conteúdos possíveis. No Estado social, ademais, o direito regula, por via legislativa, assuntos de natureza técnica, que nem por isso perdem a natureza de lei. Ora, a distinção parece entre regra de direito e simples regra de direito parece, de certo modo, artificial. Mesmo as assim denominadas simples regras possuem uma natureza jurídica, pois podem, embora de maneira indireta e reflexa, causar importantes repercussões na esfera jurídica dos administrados* (cf. CLÈVE, C. M. *idem*, p. 65-6)

partir precisamente do artigo 59, passando pelo artigo 48 e culminando nas normas constitucionais que regem o processo legislativo (artigos 61-71). É preservada, como impõe-se concluir a partir do cotejo das normas referidas e da excepcionalidade da competência legislativa atribuída ao Poder Executivo, retratada nos artigos 62 e 68, como regra da competência legislativa ordinária. Vale dizer: em geral, a competência legislativa será exercida ordinariamente pelo Poder Legislativo e, excepcionalmente, pelo Poder Executivo. Sem prejuízo, ainda que em determinadas matérias se estabeleça a reserva absoluta de competência legislativa ao Poder Legislativo.

Ademais, a lei, no seu sentido formal, carrega um valor que jamais será satisfeito nas mesas dos burocratas que assessoram o Poder Executivo, que é o da publicidade do processo legislativo.⁶⁵ Com efeito, *a legislação pelo parlamento envolve a noção de representatividade e de debate público anterior à eficácia do ato, ilustrando a idéia de que a democracia não se exare no momento eleitoral.*⁶⁶

Portanto, o Estado social, que se pretende Estado de direito, conforme já se ressaltou, ao mesmo tempo em que assume e incorpora as novas atribuições impostas pela sociedade técnica, mantém os postulados liberais clássicos. E, nessa perspectiva, a técnica da separação de poderes que sofreu uma modificação na sua rigidez originária, admite que a competência legislativa passe a ser compartilhada entre os Poderes Legislativo e Executivo. Evidencia-se a realidade, inclusive normativa, de que a lei agora já não é mais somente aquele ato emanado do Poder Legislativo, mas também aquele ato emanado do Poder Executivo, desde que, para esse órgão, haja previsão constitucional de função legislativa. Entretanto, também evidencia-se a noção de que é indispensável a preservação da lei no seu sentido formal, vale dizer, como ato complexo, cujo processo de discussão

⁶⁵ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p. 69.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 37.

seja público, permitindo aos cidadãos o acompanhamento das discussões que envolvem a conversão do projeto de lei em lei, e, por consequência, o estabelecimento de pressões, seja por meio da mídia, seja por meio de lobbies, para a aprovação ou rejeição do mesmo.

Verifica-se, portanto, uma técnica da separação de poderes e uma legalidade contemporâneas. Esclareça-se, que o princípio da legalidade contemporânea, em relação ao princípio da legalidade clássica, abordada no primeiro capítulo desta dissertação, prevê apenas uma abrangência maior do conceito de lei, notadamente quanto à sua procedência. Em relação à idéia de lei como garantia dos indivíduos em relação à ação estatal, assim como quanto à sua primariedade, conforme se demonstrou, não há nenhuma distinção entre ambos os princípios. Aliás, se houver, o Estado em referência, não obstante social, não será Estado de direito.

No direito constitucional brasileiro, regido por um sistema de governo presidencialista e um regime de governo democrático, em que a representatividade integra o campo de atributos do Poder Legislativo, e não do Poder Executivo, acentua-se a regra de que a competência legislativa ordinariamente será exercida pelo Poder Legislativo. Cabe ao Poder Executivo uma competência legislativa excepcional, seja por meio da lei delegada (artigo 68 da Constituição Federal de 1988), ou pela medida provisória (artigo 62 da Constituição Federal de 1988). Além disso, há um rol de matérias que estarão sujeitas à ação legislativa exclusiva do Legislativo, a ser exercida pela lei formal (artigo 68 da Constituição Federal de 1988).

CAPÍTULO III

MEDIDAS PROVISÓRIAS

3.1. Brevíssimas Perspectivas de Direito Comparado e de Antecedentes Históricos

Afirmou-se no capítulo anterior que o direito constitucional contemporâneo vem alargando o conceito de lei, tal como concebido originariamente no liberalismo, para abranger, além do ato normativo oriundo do Poder Legislativo, também os atos normativos emanados do Poder Executivo. Nesse contexto constitucional, lei é ato emanado de órgão ao qual a Constituição atribui competência legislativa e tem força normativa para inovar originariamente a ordem jurídica. E, mais especificamente, a medida provisória é, no texto constitucional atual, ao lado da lei delegada, uma forma de manifestação inequívoca de função legislativa atribuída ao Poder Executivo.

Assim, cumpre empreender uma breve descrição de algumas experiências constitucionais que revelam exatamente o conceito contemporâneo de lei. Não sem antes asseverar que, em face do objeto desta dissertação, preocupar-se-á em demonstrar algumas fórmulas de competência legislativa do Poder Executivo, no que diz respeito à vertente da função legislativa do Poder Executivo decorrente de atribuição, categoria esta na qual se inclui a medida provisória.

Por função legislativa do Poder Executivo decorrente de atribuição entende-se *o poder de legislar diretamente a respeito de determinadas matérias, sem necessidade de autorização prévia de Parlamento*.⁶⁷ A outra vertente de competência legislativa do Poder Executivo denomina-se de delegação com assento constitucional, retratada esta, entre nós, na lei delegada, prevista no artigo 68 da Constituição de 1988. Aqui, a Constituição prevê que o titular da competência legislativa ordinária, que é o Poder Legislativo, atribua ao Poder Executivo, observados os parâmetros estabelecidos no respectivo instrumento de delegação, além das vedações estabelecidas na própria Constituição, a capacidade para legislar sobre determinada matéria.⁶⁸

E há ainda a delegação sem previsão constitucional, o que se verifica em determinados países, como nos Estados Unidos, em que *pratica-se uma forma de delegação legislativa não prevista expressamente no texto da Constituição...os princípios da separação de poderes e da indelegabilidade de atribuições foram sofrendo reinterpretações sucessivas que possibilitaram, sob certas condições, o alargamento da atividade normativa do Executivo*.⁶⁹

Na França, a Constituição de 1958 prevê uma partilha entre matérias sujeitas à disciplina de lei e aquelas sujeitas à disciplina de regulamento. O artigo 34 elenca as matérias que somente admitem a disciplina por lei, aqui compreendida como ato emanado do Poder Legislativo, para estabelecer, em conseqüência, no artigo 37, uma competência residual para os regulamentos: *Artigo 37: Têm caráter regulamentar todas as matérias distintas daquelas pertencentes ao âmbito da lei (...)*⁷⁰ De qualquer maneira, os regulamentos autônomos, previstos no referido artigo 37, são verdadeiras leis, tendo em

⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 28.

⁶⁸ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 23-5.

⁶⁹ CLÈVE, C. M. *Idem*, p. 23.

⁷⁰ LAW, Guide. Law library of Congress. Disponível em <<http://web2.loc.gov/glin/glinhousehome.html>>. Acesso em 10/12/00.

vista a sua força de inovar originariamente a ordem jurídica. Saliente-se, ainda, que o critério utilizado pelo legislador constituinte francês, na distribuição de competências em foco, deixou de fora do domínio normativo dos regulamentos autônomos as matérias concernentes aos valores máximos do regime democrático, notadamente a tutela dos direitos fundamentais.⁷¹

No Direito Constitucional português, em relação à força normativa de ato expedido pelo Poder Executivo, o artigo 198, da Constituição assim estabelece: *1. Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: a) Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembléa da República; b) Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembléa da República, mediante autorização desta; c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevem (...)*⁷² Como se observa, no que pertine à alínea **b**, trata-se de função legislativa decorrente de delegação expressa do Poder Legislativo. No que se refere à alínea **c**, cuida-se mais de um poder regulamentar, tal como conceituado no primeiro capítulo, vez que se deve obedecer à lei de regência. Em relação à alínea **a**, verifica-se um caso de função legislativa propriamente dita, tendo em vista a força de inovar originariamente a ordem jurídica portuguesa, retratada esta força no item 2 do referido artigo 198: *2. É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento.*⁷³

Na Espanha, o art. 86, da Constituição estabelece que,

1. Em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá expedir disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-leis e que não podem afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos

⁷¹ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 29.

⁷² LAW, G. Law library of Congress. Disponível em: <<http://web2.loc.gov/glin/glinhousehome.html>>. Acesso em 10/12/00.

⁷³ LAW, G. *Idem*, *Ibidem*.

cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades autônomas nem o direito eleitoral geral. 2. Os Decretos-Leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e a votação de totalidade do Congresso dos Deputados, convocado para isso, se não estiver reunido no prazo de trinta dias seguintes à sua promulgação. O Congresso deverá se pronunciar expressamente dentro do referido prazo sobre sua convalidação ou derrogação, para o qual o regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário.⁷⁴

Conforme se verifica, o Governo dispõe de capacidade legislativa sob a forma de decretos-leis, observado o requisito da necessidade urgente e extraordinária. A conversão do decreto-lei em lei depende do Legislativo. Havendo silêncio deliberativo, o decreto-lei continuará a produzir efeitos.⁷⁵

No rápido panorama traçado sobre algumas disciplinas constitucionais, pôde-se comprovar a tendência universal de se atribuir função legislativa ao Poder Executivo, no Estado contemporâneo. É certo que essa função está sujeita necessariamente a controles e amarras do Poder Legislativo, ao qual, em algumas das vezes, competirá monopolisticamente disciplinar matérias concernentes ao núcleo sensível da Constituição, notadamente os direitos fundamentais, ou, então, em outras, caberá a decisão irreversível sobre a estabilização normativa dos atos normativos primários baixados pelo Poder Executivo, mediante a sua conversão em lei formal. Como se observa, a técnica de separação de poderes adquire um novo conteúdo, repercutindo, em consequência, no conceito de lei.

Não se deixou a Constituição Italiana de 1947, por último, à toa. É que vigora um certo consenso doutrinário, segundo o qual a técnica da medida provisória adotada na Constituição brasileira de 1988 foi um transplante da técnica do decreto-legge prevista no artigo 77, da Constituição estrangeira referida. Nela se prevê que,

⁷⁴ LAW, G. Law library of Congress. Disponível em: <<http://web2.loc.gov/glin/glinhousehome.html>>. Acesso em 10/12/00.

⁷⁵ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 31.

Il Governo non può, senza delegazioni delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti⁷⁶

Devidamente traduzido:

O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota sob a sua responsabilidade provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que, mesmo estando em recesso, são imediatamente convocadas e reúnem-se dentro de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com lei as relações jurídicas formadas sobre a base dos decretos-leis não convertidos.⁷⁷

Com efeito, a partir do mero cotejo entre o artigo 62 da Constituição de 1988 e o artigo 77 da Constituição Italiana, vê-se que são irrefutáveis os seguintes dizeres de Raul Machado Horta, os quais servem, ainda, para ilustrar o consenso doutrinário citado:

As medidas provisórias instituídas no artigo 62 e seu parágrafo único da Constituição da República de 1988 representam caso de transplantação normativa técnica do Direito Constitucional Italiano. Basta a comparação entre o artigo 62 e seu parágrafo único da Constituição do País e o artigo 77 da Constituição Italiana: denominação do ato legislativo, a força de lei, a apresentação imediata, a convocação extraordinária em caso de recesso, reunião no prazo de cinco dias, a perda da eficácia, desde o início ou da edição, a conversão em lei, em prazo a contar da publicação, a regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida não convertida.⁷⁸

⁷⁶ LAW, G. Law libraryofCongress. Disponível em: <<http://web2.loc.gov/glin/glinhousehome.html>>. Acesso em 10/12/00.

⁷⁷ CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 32.

⁷⁸ HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 107, jul./set. 1990, p. 12.

É de acrescentar outra identidade entre as duas espécies normativas em cotejo. Não obstante, como aduz Horta⁷⁹, os requisitos autorizadores do ato legislativo italiano serem a extraordinária urgência e necessidade, ao passo que, para o ato legislativo brasileiro, exigem-se os requisitos de relevância e urgência, em ambos os casos, afirma-se a competência legislativa do Poder Executivo como exceção, sendo regra a competência legislativa exercida pelo Poder Legislativo, sem prejuízo de que, conforme adiante ver-se-á melhor, em face da diversidade de sistemas de governo entre ambos os países, a excepcionalidade da atividade legislativa, por parte do Poder Executivo, seja ainda mais remarcada entre nós.

Todavia, o mesmo consenso doutrinário adverte para as diferenças de sistema de governo entre os dois países, consubstanciada em que a Constituição brasileira adota o presidencialismo, ao passo que a italiana, o parlamentarismo. Para essa doutrina, há importantes reflexos no cotejo entre a medida provisória e o decreto legge, decorrentes de tal diferenciação de sistema de governo:

A diferença que decorre da iniciativa marca a distância que separa o regime parlamentar do regime presidencial. Na Itália, os provvedimenti provvisori dependem de iniciativa do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, e a iniciativa que atrai, desde logo, a responsabilidade do Governo, como dispõe a Constituição. No Brasil, a iniciativa das medidas provisórias pertence, isoladamente, ao Presidente da República, juiz monocrático de sua relevância e urgência, no exercício de competência privativa (Constituição da República, art. 84 - XXVI). A posição que ocupa o Presidente da República no regime presidencial aconselha que a análise e a aplicação das medidas provisórias reflitam as peculiaridades desse regime, dentre elas o exercício monárquico do Poder Executivo pelo Presidente da República, Chefe de Estado e Chefe de Governo.⁸⁰

Há um outro aspecto ainda mais importante para destacar o motivo pelo qual a excepcionalidade da competência legislativa ao Poder Executivo é maior nos países

⁷⁹ HORTA, R. M. *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰ HORTA, R. M. *Idem*, p. 13.

em que se adota o sistema de governo presidencialista. Refere-se à própria distinção conceitual entre ambos os sistemas de governo, tendo em vista que, no sistema parlamentarista, a chefia do governo, que integra o Poder Executivo, deriva do poder legislativo, o que, de certa maneira, determina que a democracia, aqui compreendida como o regime em que os representantes eleitos pelo povo elaboram as leis, reunidos tais representantes no Poder Legislativo, tenha o seu valor de representatividade melhor satisfeito, quando o Poder Executivo exerce a função legislativa constitucionalmente prevista.

Com efeito,

A diferença entre os dois regimes (parlamentarismo e o presidencialismo) está na relação diferente entre o legislativo e o executivo. Enquanto no regime parlamentar, a democraticidade do executivo depende do fato de que ele é uma emanção do legislativo, o qual, por sua vez, se baseia no voto popular, no regime presidencial, o chefe do executivo é eleito diretamente pelo povo. Em consequência disso ele presta contas de sua ação diretamente não ao Parlamento mas aos eleitores que podem sancionar sua conduta política negando-lhe a reeleição.⁸¹

Em consequência, se no sistema parlamentarista, a competência legislativa do Poder Executivo é excepcional, no sistema presidencialista, essa excepcionalidade será ainda maior, o que determinará ao intérprete, no manejo da medida provisória, o estabelecimento de restrições inexistentes naquele sistema de governo.

Sem embargo do histórico do princípio da legalidade tributária, realizado no primeiro capítulo desta dissertação, cumpre verificar, agora, os antecedentes históricos da medida provisória. Não se trata evidentemente de uma repetição. É que naquela perspectiva, cotejou-se a lei formal com o decreto-lei, ao passo que, nesta, se cotejará o decreto-lei, com a própria medida provisória.

⁸¹ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. p. 327.

Horta, depois de denominar o exercício de função legislativa, por parte do Poder Executivo, de legislação governamental, afirma que ela, na história constitucional brasileira, não constitui criação da Constituição de 1988. Assim, vê-se que a Constituição de 1937, relativamente ao Estado Novo (Ditadura Vargas entre o período de 1937 a 1945), previu a figura do decreto-lei. Esse decreto-lei, de ato normativo a ser editado pelo Presidente da República, mediante autorização do Poder Legislativo, desde que observadas determinadas condições e limites (artigo 12), ou de exercício extraordinário, durante os períodos de recesso parlamentar ou de dissolução da Câmara dos Deputados (art. 13), passou, na prática constitucional do período político em foco, a tornar-se atividade permanente, tendo em mira que o parlamento não se reuniu durante a vigência da Constituição de 1937, o que, de acordo, com a disposição transitória do artigo 180, permitiu que o Executivo, por meio do decreto-lei, legislasse sem nenhum controle e concorrência do Poder Legislativo⁸². Ilustrou bem o autoritarismo político da época o artigo 73, da Constituição de 1937, assim redigido: *Artigo 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a actividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a politica interna e externa, promove ou orienta a politica legislativa do interesse nacional, e superintende a administração do País.*

Ainda, de acordo com Horta, na redemocratização do país, que se seguiu à queda do Governo Vargas, culminando na Constituição de 1946, aboliu-se qualquer modalidade de competência legislativa ao Poder Executivo, fosse a atividade normativa direta de atribuição própria, fosse a delegação legislativa. Em relação a essa segunda modalidade de função legislativa, saliente-se que sobreveio a Emenda Constitucional nº 4/61, a qual instituiu o sistema de governo do parlamentarismo. Essa emenda constitucional revogou a regra da indelegabilidade das atribuições legislativas, estabelecida

⁸² cf. HORTA, R. M. *op. cit.*, p. 5-6.

no artigo 36, parágrafo 2º, da Constituição de 1946, prevendo a possibilidade de delegação legislativa, sem, entretanto, restabelecer o decreto-lei.⁸³ Mais tarde, ainda na vigência da Constituição de 1946, quando recobrou-se o sistema de governo presidencialista, por meio da Emenda Constitucional nº 6/63, restabeleceu-se a regra absoluta da indelegabilidade das atribuições legislativas.⁸⁴

De qualquer forma, sobrevivendo a Constituição de 1967, voltou, em seu artigo 58, a prever o decreto-lei, agora sob o nome de decretos com força de lei, como ato de legislação governamental direta do Presidente da República. Além do que, permitiu-se, em seu artigo 55, a delegação legislativa do Congresso Nacional, para elaborar leis delegadas. Assim, *a atividade legislativa material do Presidente da República exprimiu o reforçamento dos poderes do Chefe do Poder Executivo, que constituía manifesto propósito da Constituição Congressual de 1967, e essa atividade incorporou-se à Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, objeto de outorga, para compor a estrutura do regime político autoritário nela consagrado (arts. 52 e 55).*⁸⁵

Realizou-se, assim, o percurso histórico da competência legislativa do Poder Executivo, notadamente em relação à função legislativa decorrente de atribuição própria, da qual a medida provisória, na vigência da atual Constituição, constitui o respectivo veículo normativo. Dessa maneira, pode-se observar que o decreto-lei, também denominado de decreto com força de lei, na Constituição de 1967, é o antecedente normativo direto da medida provisória. É que, não custa reiterar, em ambos os casos, atribui-se função legislativa direta ao Presidente da República. Todavia, o decreto-lei, na história republicana brasileira, esteve sempre associada a regimes políticos autoritários, o

⁸³ cf. HORTA, R. M. *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 27.

⁸⁵ HORTA, R. M. *op. cit.*, p. 6.

que impõe muita cautela na aplicação do seu regime jurídico à medida provisória.

É de descrever, nesta altura, os três regimes políticos mais conhecidos no âmbito da filosofia política. Por regime político autoritário, entende-se o seguinte: *Na tipologia dos sistemas políticos, são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas.*⁸⁶

Por regime democrático, vê-se que se trata de um conjunto de regras basicamente universais, dentre as quais, destacam-se as seguintes:

*1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada; 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, eleito pelo povo.*⁸⁷

Vê-se que se cuida de um conceito meramente procedimental, em que pese

⁸⁶ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. p. 94.

⁸⁷ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Idem*, p. 327.

tal conceito, em si mesmo, carregar um valor insuperável que é o de o povo decidir, por meio de seus representantes, o seu próprio destino. De qualquer forma, é de acrescentar ainda uma concepção valorativa de democracia, que é a de assegurar, com a respectiva tutela, os direitos indispensáveis, na perspectiva da doutrina liberal, ao desenvolvimento e bem estar do ser humano. No mínimo isso, sem prejuízo de que outros direitos, notadamente os sociais, coletivos e difusos, também recebam a tutela constitucional e sirvam, se não para configurar essencialmente uma democracia, pelo menos para qualificá-la como melhor do que aquelas democracias que não os contemplam.

Por regime totalitário, entende-se o seguinte:

A natureza específica do totalitarismo deve ser identificada dentro de características amplamente reconhecidas pela pesquisa e que são denotadas pela própria palavra: a penetração e a mobilização total do corpo social com a destruição de toda linha estável de distinção entre o aparelho político e a sociedade. É importante sublinhar a ligação entre o grau extremo da penetração e o grau extremo da mobilização, uma vez que a ação totalitária penetra a sociedade até em suas células mais secretas, exatamente na medida em que a envolve inteiramente num movimento político permanente. Os elementos constitutivos do Totalitarismo são a ideologia, o partido único, o ditador e o terror. A ideologia totalitária dá uma explicação indiscutível do curso histórico, uma crítica radical da situação existente e uma orientação para a sua transformação também radical. E dirigindo a ação para um escopo substantivo (a supremacia da raça eleita ou a sociedade comunista) em vez de a dirigir para instituições ou para formas jurídicas, justifica-se um movimento contínuo para aquele fim e para a destruição ou a instrumentalização de qualquer instituição e do próprio ordenamento jurídico.⁸⁸

Descritas as tipologias de regimes de governo, evidencia-se que o Brasil, na vigência das Cartas constitucionais de 1937, 1967 e 1969, vivenciou uma experiência mais próxima do autoritarismo, já que houve, inequivocamente, uma hipertrofia, notadamente no exercício da função legislativa, por parte do Chefe do Poder Executivo, com o correspondente rebaixamento das instituições representativas, no caso, o Poder Legislativo.

⁸⁸ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. p. 1258.

E, ainda, com a agravante de que a Chefia do Governo não era exercida por alguém que fosse eleito diretamente pelo povo.

Também, de acordo com os aspectos conceitual e históricos examinados, vê-se que o manejo da medida provisória deverá ser excepcional; caso contrário, no âmbito de uma prática constitucional autoritária, o que ocorrerá, caso a medida provisória torne-se o modo ordinário de competência legislativa, violar-se-á um valor absolutamente caro à Carta constitucional atual, que é o regime democrático. Com efeito, o regime democrático constitui fundamento do Estado brasileiro (artigo 1º e o seu parágrafo único), além do que, pelo menos, três dos seus contornos básicos, quais sejam, o voto, a separação de poderes e os direitos de garantias individuais, constituem cláusula pétrea (artigo 60, parágrafo 4º, incisos II, III e IV da Constituição Federal de 1988), sendo imunes, portanto, à supressão legislativa, ainda que esta supressão seja veiculada por emenda constitucional, que é norma de idêntica hierarquia às normas previstas na Constituição vigente. Finalmente, parece óbvio dizer, mas absolutamente necessário: a medida provisória deve ter o seu exercício viabilizado em uma prática constitucional democrática, não podendo, pois, ser uma mera reprodução, sob nome diverso, do decreto-lei.

Examinadas as experiências constitucionais estrangeiras que regem a partilha da competência legislativa do Poder Executivo, bem como os seus antecedentes históricos, notadamente na perspectiva da modalidade de função legislativa por atribuição própria, impõe-se, agora, adentrar no exame no conceito, nas características e nos requisitos constitucionais da medida provisória.

3.2. Conceito, Requisitos e Características da Medida Provisória

A medida provisória, conforme se observou neste estudo, é lei. Não se trata de lei, no seu sentido formal, de ato emanado do Parlamento. Mas trata-se de lei, em que o Estado contemporâneo, e o Estado brasileiro não foge a essa tendência universal, atribuiu formalmente à lei - não se deve confundir o conceito formal de lei, na perspectiva do Estado contemporâneo, com a lei formal, tarefa esta da qual, saliente-se, se deu conta no capítulo anterior. E lei, na perspectiva do Estado contemporâneo, é ato emanado de órgão ao qual a Constituição atribui função legislativa e que tem força normativa de inovar originariamente a ordem jurídica. Exatamente por isso a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a medida provisória, em seu artigo 62, determina que ela tem força de lei, além de, em seu artigo 59, prever a medida provisória entre as espécies normativas capazes de inovar originariamente na ordem jurídica brasileira.

Grau assim se manifesta sobre a natureza jurídica da medida provisória:

Pois no tempo em que vivemos reclama-se, do Estado, não apenas capacitação para ordenar situações estruturais, porém também situações conjunturais. Daí a necessidade de produção de normas jurídicas com extrema rapidez, o que por um lado é assegurado pelas regras inscritas no parágrafo 1º do art. 64 - o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa - e no parágrafo 2º, II, do art. 58 - cabe às comissões, em razão de sua competência do Plenário, salvo se houver recurso de 1/10 dos membros da Casa - do texto constitucional. O mesmo resultado, porém, de modo mais incisivo, é encaminhado pela regra inscrita no acima transcrito art. 62. Uma apenas circunstância distingue as soluções postuladas pelas regras mencionadas e pelo art. 62. É que, no primeiro caso, o Presidente da República encaminha ao Congresso projetos de lei; no segundo, a ele encaminha já leis, leis especiais cuja especificidade se encontra em que são dotadas de vigência provisória imediata. Este, portanto, o aspecto a deixar bem

*vincado: medidas provisórias são leis especiais dotadas de vigência provisória imediata.*⁸⁹

Mello Filho não destoa do entendimento de que medida provisória constitui espécie do gênero lei. Afirma, a esse respeito, que *medidas provisórias configuram, no direito constitucional brasileiro, uma categoria especial de atos normativos do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Refletem, na concreção de sua existência, uma significativa tendência que se registra no plano do direito constitucional comparado, e no da nossa própria experiência constitucional, para outorgar - inobstante em bases de excepcionalidade absoluta - competência normativa ao Poder Executivo.*⁹⁰

Impende ainda atentar para as considerações formuladas, a esse respeito, por Clève, deixando bem clara a natureza jurídica de lei da medida provisória:

*Como já salientado anteriormente, as medidas provisórias integram o processo legislativo em face de expressa disposição constitucional. Configuram uma das espécies normativas primárias elencadas no art. 59 da Constituição Federal. Há a emenda, que consiste em lei constitucional; uma vez promulgada integra a Constituição como norma superprimária. Quanto às demais espécies normativas, são lei, enquanto emanações de órgão dotados de competência legislativa (atos legislativos). Algumas são lei material, orgânica e formalmente. Outras assumem apenas uma ou duas dessas características. Mas todas são lei, embora apenas a ordinária e a complementar possam ser tidas como lei formal (ato legislativo complexo).*⁹¹

É certo que parte da doutrina sustenta a tese de que medida provisória não é lei. Como exemplo, citem-se Mizabel Abreu Machado Derzi, Roque Antônio Carraza, Carmem Lúcia Antônio Rocha e Celso Antônio Bandeira de Mello. Todavia, conforme já se demonstrou vertentemente, a Constituição de 1988 expressamente outorgou à medida provisória força de lei. Ora, ter força de lei é ser lei. Ademais, a Constituição brasileira, por

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 79, ago. 1990, p. 241.

⁹⁰ MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as Medidas Provisórias. *Revista PGE*, São Paulo, jun. 1990, p. 203.

⁹¹ CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 56.

ter consagrado inequivocamente o Estado social, ao ter atribuído status constitucional aos direitos sociais - previdência social, assistência social, saúde, educação, entre outros -, observando, nesse passo, a tendência verificada contemporaneamente, atribuiu função legislativa, ainda que excepcional, ao Poder Executivo, oferecendo à técnica da separação de poderes um novo contorno. Assim o fez, de duas formas: a) por meio de delegação legislativa, revelada na figura da lei delegada; b) por meio de função legislativa em decorrência de atribuição própria, encarnada esta modalidade exatamente na medida provisória. Ora, de nada adiantaria atribuir-se competência legislativa ao Poder Executivo, de um lado, se, de outro, o exercício dessa competência legislativa não se manifestasse com o atributo de lei. Enfim, seria a regra organizativa do referido artigo 62 uma regra desnecessária, já que, para a competência normativa regulamentadora atribuída ao Poder Executivo, a Constituição, em seu artigo 84, IV, prevê o decreto e o regulamento.

Mais uma vez, nesta altura, vale observar a lição de Clemerson Merlin Clève, notadamente na parte em que traça um paralelo entre medida provisória e lei delegada:

(...) não é certo que a medida provisória, no sistema brasileiro, não seja lei no sentido técnico, como sustenta certa doutrina. Não é lei no sentido orgânico-formal, mas é lei no sentido de que produz força de lei, tratando-se de ato legislativo dotado de aptidão para inovar originariamente a ordem jurídica, como igualmente o são as leis delegadas e as demais espécies legislativas contempladas no art. 59 da Constituição. Ou as leis delegadas não são lei porque emanadas do Poder Executivo? O fato de as medidas provisórias serem publicadas como Atos do Executivo no Diário Oficial, de produzirem eficácia sujeita à condição resolutiva, de produzirem eficácia imediata, sem a intervenção do Congresso Nacional, não descaracteriza a natureza legislativa do instituto nem ofende o princípio da separação dos poderes a partir de uma perspectiva contemporânea.⁹²

Apenas afirmar-se que medida provisória é lei, não resolve evidentemente o

⁹² CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 56-7.

problema das regras de competência estabelecidas na Constituição. É indispensável, em consequência, se saber a que conceito de lei se refere a assertiva de que medida provisória é lei.

A medida provisória, satisfeitos obviamente os requisitos constitucionais de urgência e relevância - tais requisitos serão adiante examinados, notadamente para se demonstrar a base de excepcionalidade sobre a qual se apóia a previsão constitucional da medida provisória -, pode inovar originariamente a ordem jurídica brasileira, quando a matéria for sujeita ao regramento de lei ordinária. É que a lei complementar constitui reserva absoluta do parlamento brasileiro, conforme dispõe o artigo 68, ao prever as matérias impossíveis de serem regradas legislativamente pelo Poder Executivo. Explicar-se-á melhor essa reserva absoluta logo adiante.

Ainda nessa perspectiva, também as matérias sujeitas ao regramento de lei ordinária, quando previstas nos incisos I, II e III da Constituição Federal de 1988, do referido artigo 68, estão fora da abrangência normativa da medida provisória. Aqui, saliente-se, o legislador constituinte, em determinadas matérias, pela sua relevância, rendeu homenagem à exclusividade da lei formal, vale dizer, enquanto ato complexo e emanado do Poder Legislativo. Nessa seara, então, não se cogita o manejo da medida provisória. Saliente-se que não se está afirmando que a medida provisória não satisfaz a exigência da lei formal, o que, aliado ao que dispõe o artigo 5º, II, sobre a força normativa da lei formal no direito brasileiro, também aniquilaria a previsão constitucional da medida provisória. Mas, sim, por força da norma que prevê a reserva absoluta do Legislativo, encartada no artigo 68, somente a lei formal terá a força normativa para inaugurar originariamente a ordem jurídica no tocante às matérias ali previstas. Assim, fora das matérias ali previstas, e ainda que exigida a lei formal, poderá a medida provisória dispor originariamente, observados, naturalmente, os seus requisitos autorizadores adiante examinados.

Portanto, a medida provisória, respeitadas as bases de excepcionalidade de sua previsão constitucional, poderá inovar originariamente a ordem jurídica, como o pode a lei ordinária, ressalvadas as matérias sujeitas à reserva absoluta do Poder Legislativo, tal como previsto no artigo 68. Invadindo essa reserva, e ainda que eventualmente satisfeitos os seus requisitos autorizadores, a medida provisória será inconstitucional, pela usurpação da competência legislativa privativa do Poder Legislativo, por parte do Poder Executivo.

Por outro lado, não se está aqui afirmando que a Constituição é contraditória, ou mesmo realizando-se assertivas contraditórias. Apenas que a Constituição pode excepcionar-se a si mesma, por tratar-se de um todo harmônico e unitário. Quer importar: é absolutamente possível que, em um mesmo texto constitucional, se adotem valores aparentemente excludentes, o que determinará ao intérprete a necessidade de, sem jogar o texto constitucional no abismo da insegurança jurídica, emprestar eficácia, no grau que for possível, a ambos os valores. Até porque, se houve a positivação constitucional de ambos os valores, notadamente em um contexto democrático, é porque de sua aplicação decorrerão benefícios aos indivíduos e à coletividade.

Assim, se a Constituição, em determinadas situações, previu função legislativa, ainda que em bases de excepcionalidade, ao Poder Executivo, é porque entendeu que, em face das necessidades da sociedade técnica, o que impõe problemas complexos a serem resolvidos pelo Poder Público, muitas vezes em uma velocidade incompatível com a morosidade ínsita à técnica tradicional da separação dos poderes, não é possível preservar, na sua pureza originária, a técnica da separação de poderes. Aqui é possível afirmar que se pretendeu assegurar o valor da efetividade da prestação dos serviços públicos estatais, notadamente, na ambiência de um Estado social de direito. Assim, não cabe ao intérprete, em face de interpretações ortodoxas e descoladas da realidade da sociedade contemporânea, desprezá-lo.

Por outro lado, em face da sensibilidade de determinadas matérias, como as que vêm elencadas nos incisos I, II e III, do artigo 68, a Constituição de 1988 estabeleceu uma reserva absoluta de matérias ao Legislativo. Aqui, cuida-se de uma seara impenetrável pela competência legislativa do Poder Executivo. Consagrou-se, então, o valor da publicidade das decisões estatais, retratado este na técnica pura da separação de poderes, o que não é atingido, como se observou, pelo exercício de função legislativa por parte do Executivo. Também, não poderá ser desprezado pelo intérprete; caso contrário, a pretexto de um Estado social, haverá um regime governamental autoritário, quando não totalitário.

Aplica-se aqui o princípio da unidade. Esse princípio, como mecanismo regulador da hermenêutica constitucional, assim vem explicado por Barroso:

(...) A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o 'pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador'. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas.⁹³

Portanto, convivem, no texto constitucional de 1988, as técnicas da separação de poderes, tanto em sua formulação clássica, como em sua formulação contemporânea - salientando-se que, nesta, a medida provisória, como também adiante

⁹³ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 181-2.

destacar-se-á, foi prevista em bases de excepcionalidade -, devendo o intérprete, em nome do princípio da unidade, reconhecê-las, para, otimizando os dois valores, resolver o problema das regras de competência constitucionalmente estabelecidas. Respectivamente, então, coexistem os princípios clássico e contemporâneo da legalidade. A fórmula encontrada na presente dissertação não deixa de atender a tal postulado.

Não obstante tenha força normativa de lei ordinária, a medida provisória não constitui uma manifestação ordinária de função legislativa. Pelo contrário, somente em casos excepcionalíssimos, o direito constitucional brasileiro admite inovação originária da ordem jurídica por meio de medida provisória. É assim que prevê o artigo 62 da Constituição de 1988, ao estabelecer que, 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 de recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Assim, se vê que a edição de medida provisória sem a satisfação dos requisitos constitucionais de urgência e relevância será uma quebra das regras constitucionais de competência, em que o Poder Executivo exercerá a competência legislativa ordinária.

Assim, afigura-se indispensável o exame dos requisitos constitucionais de edição da medida provisória, sempre na perspectiva da aferição jurisdicional dos mesmos.

Já se observou a razão de ser da função legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo. Sem prejuízo de tal perspectiva, mas inclusive aprofundando-a, demonstrando as bases excepcionais em que se justifica o uso da medida provisória, Mello Filho ensina que,

(...) o que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as

regras ordinárias de legiferação, em face do próprio periculum in mora que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. A outorga constitucional, ao Presidente da República, desse poder de cautela, representa um meio juridicamente idôneo e apto a impedir, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do periculum in mora, e a tornar possível, em consequência, a útil e eficaz prestação legislativa pelo Estado.⁹⁴

Relativamente ao requisito da relevância, impõe-se observar, pela sua precisão, a doutrina de Bandeira de Mello. Com relação ao conceito de relevância, aduz que (...) *há de se entender que a menção do art. 62 a “relevância” implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante casos graves, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é o suficiente para o cabimento delas.⁹⁵ É necessária a urgência. Já no que se refere ao conceito de urgência, Rocha ensina que,*

Urgente é o que não pode esperar sem que prejuízo se tenha pelo vagar ou que benefício se perca pela lentidão do comportamento regular, demasiado lerdo para a precisão que emergiu. No Direito, o conceito de urgência não refoge a estas idéias que se alocam na definição leiga da palavra. Também o conteúdo jurídico da palavra urgência contém quer o sentido de tempo exíguo e momento imediato, de um lado, quer a idéia de necessidade especial e premente, de outro. Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente.⁹⁶

Portanto, quando se afirma que a medida provisória tem a força normativa de lei ordinária, ressalvadas as matérias elencadas no artigo 68, da Constituição de 1988, as quais consagraram reserva absoluta do Legislativo, não se está afirmando que a sua

⁹⁴ MELLO FILHO, J. C. *op. cit.*, p. 204-5.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. Revista RDP, n. 95, 1990, p. 29.

⁹⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público, a. 93, jan./mar. 1993, p. 234.

utilização restará ao arbítrio, ou, ainda, à discricção do Presidente da República, de tal sorte que haja um caso concorrente de competência legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo. Mas, sim, que, somente em situações excepcionais, vale dizer, em que a morosidade das regras tradicionais de legislação ponha em risco a eficácia da prestação de um serviço estatal, poderá ser utilizada. É a interpretação que autoriza, não apenas o referido artigo 62, ao prever cumulativamente os requisitos de urgência e relevância, para a edição da medida provisória, como também os próprios princípios constitucionais expressos no regime democrático e no sistema de governo presidencialista, os quais cumpre ter em mira, para realizar uma hermenêutica sistemática.

Para a aferição da importância dos princípios constitucionais citados, na elucidação do caráter excepcional da medida provisória, como meio de inovação originária da ordem jurídica, basta ter em mira os conceitos de ambos já descritos nesta dissertação, além da implicação de um princípio no outro, também já descrita. Notadamente, na parte em que o valor da democracia, enquanto representatividade, associa-se, no âmbito dos regimes de governo presidencialista, indissoluvelmente ligada ao Legislativo, e não ao Executivo. Especificamente em relação à interpretação sistemática, ensina Barroso que *Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente uma coisa - seja um texto legal, uma história ou uma composição - sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital.*⁹⁷

Ainda em consequência do que se afirmou, vê-se que a medida provisória incide imediatamente sobre as situações por ela disciplinadas. Assim sendo, para aquelas

⁹⁷ BARROSO, L. R. *op. cit.*, p. 127.

matérias, cuja eficácia é diferida constitucionalmente, descabe a disciplina normativa por meio de medida provisória. Grau, a esse respeito, afirma que *De outra parte, é evidente que não podem consubstanciar matéria de medida provisória aquelas cuja eficácia é diferida. Se esse o caso, o Presidente da República poderá solicitar urgência no projeto de lei que, dele tratando, encaminhar ao Congresso Nacional.*⁹⁸

Surge o problema da aferição ou sindicância jurisdicional dos requisitos autorizadores da medida provisória. Com efeito, de nada adiantaria a Constituição de 1988 estabelecer que a medida provisória constitui um meio excepcional de competência legislativa, de um lado, se de outro, pudesse o Presidente da República, a seu bel prazer, editar a medida provisória. É o que ocorrerá, caso sejam infensos ao controle jurisdicional os requisitos autorizadores da medida provisória.⁹⁹

Sequer se pode acolher a tese de que a edição de medida provisória trata-se de poder discricionário, buscando-se, no conceito de atos administrativos discricionários, uma justificativa de se sustentar, que a edição da medida provisória, revelando um juízo de oportunidade e conveniência, determinaria o aparecimento de um mérito impenetrável ao Poder Judiciário, salvo o abuso do poder de legislar. É que, relativamente à última tese, o equívoco está em que a observância das regras de competência estabelecidas na Constituição de 1988 não está sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade, mas, sim, como deve ocorrer no exercício das regras de competência, ao preenchimento dos requisitos autorizadores pertinentes, buscando-se, assim, evitar que possa o Poder Executivo concorrer legislativamente com o Poder Legislativo.

O correto, então, para haver obediência às regras de competência legislativa, distribuídas entre os Poderes da República, tendo-se em vista, igualmente, a abertura dos

⁹⁸ GRAU, E. R. *op. cit.*, p. 241.

⁹⁹ cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Perfil constitucional das medidas provisórias*, p. 31.

conceitos de urgência e relevância - com efeito, o texto constitucional não os precisa -, é adotar-se a tese dos conceitos jurídicos indeterminados.¹⁰⁰ Couto e Silva assim preleciona a respeito de tais conceitos, para a seguir arrematar sobre a possibilidade do controle jurisdicional dos mesmos: *A polêmica hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte legal fático e os problemas com eles relacionados resumem-se todos - ou pelo menos predominantemente - à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discricionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico. Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existirá uma única aplicação certa.*¹⁰¹ Logo, caberá, em cada caso submetido ao Poder Judiciário, a verificação da satisfação dos requisitos autorizadores da edição da medida provisória.

Haverá situações, entretanto, notadamente naquelas dominadas por questões eminentemente técnicas - como por exemplo, as divergências de estatística entre o governo e o grupo de pessoas atingido desfavoravelmente pela medida provisória - em que o julgador não terá um elemento concretamente seguro para aferir a satisfação dos requisitos de edição. Aí, e somente aí, deverá o julgador reconhecer o *non liquet* e, portanto, avaliar a constitucionalidade da medida provisória, pelo menos quanto à satisfação dos seus requisitos autorizadores. O mesmo resultado será alcançado, evidentemente, quando se tiver “certeza positiva”. E quando houver a “certeza negativa”, então será o caso de declarar a inconstitucionalidade da medida provisória, pela ausência de um ou dos dois

¹⁰⁰ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 145.

¹⁰¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 179/180, jan./jun., 1990, p. 58.

requisitos autorizadores.¹⁰²

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem situado o poder de edição da medida provisória no campo do poder discricionário, podendo o Poder Judiciário, em consequência, censurar os requisitos autorizadores somente em caso de evidente desvio de poder. Esse entendimento vem manifestado nos precedentes retratados nas ADIn ns. 1397-1-DF, 1417-DF e 1516-UF, nos quais evidencia-se que os requisitos autorizadores constituem questão política afeta privativamente à competência dos Poderes Executivo, que a edita, e do Legislativo, que a aprova, ou não, cabendo ao Poder Judiciário somente a censura, em caso de objetiva improcedência de tais requisitos. Conforme demonstra Clève, é o entendimento que o Supremo Tribunal Federal esposara em relação ao antigo decreto-lei.¹⁰³

Não se está afirmando, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal exerça timidamente o controle de constitucionalidade das medidas provisórias em todos os aspectos, mas apenas que o exerce da forma que deveria ocorrer em apenas uma das vertentes possíveis. Como demonstra Clève,

A fiscalização jurisdicional das providências normativas urgentes, entre nós, pode ocorrer em três níveis. Está-se a referir: i) primeiro, ao controle dos pressupostos de habilitação (se, afinal, estão ou não presentes); ii) depois, ao controle da matéria objeto da medida provisória (se comporta regramento legislativo provisório ou não); iii) finalmente, ao controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se é compatível, desde o ponto de vista substantivo, com as normas e princípios plasmados no Estatuto fundamental). O Judiciário vem exercendo a última dimensão de controle plenamente.¹⁰⁴

¹⁰² cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Perfil constitucional das medidas provisórias*, p. 32.

¹⁰³ CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 138-9.

¹⁰⁴ CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 135.

E se a medida provisória, ainda que ausentes os seus requisitos autorizadores, for convertida em lei, tal como preconizado no artigo 62, da Constituição de 1988? Aqui incide a resposta oferecida por Grau:

O processo legislativo consubstancia um procedimento. Nesse sentido, compreende uma sucessão de fases encadeadas, tendentes à realização de um determinado fim. No caso, à produção - criação, modificação ou revogação - de normas de caráter legislativo. O processo legislativo, assim, consubstancia um procedimento, sendo peculiar deste a contaminação dos atos subseqüentes pela invalidade dos antecedentes. Assim, desnudado o vício, quando tenha sido tomado por urgente matéria que como tal não se caracterizava, entendo deva ser acionado o Poder Judiciário, a fim de aprecie a questão. O vício, assim declarado pelo Poder Judiciário, contamina todos os atos subseqüentes do procedimento, resultando ineficaz a sua pretendida convalidação, que se teria consumado no momento em que o Congresso Nacional tenha acatado a medida provisória.¹⁰⁵

Ademais, ausentes os requisitos autorizadores, a medida provisória não passará de um atalho inconstitucional para se alterar originariamente a ordem jurídica, por desobediência de rito previsto para alteração legislativa, vez que o rito da conversão da medida provisória em lei formal é muito mais simplificado do que o procedimento legislativo da lei ordinária.¹⁰⁶ Com efeito, prevê-se, na Resolução nº 1, do Congresso Nacional de 1989, a sessão conjunta das Casas do Congresso Nacional, o que determina necessariamente um amesquinamento do papel do Senado Federal, considerando o seu número ínfimo de parlamentares, em comparação com o número de parlamentares que compõem a Câmara dos Deputados. Para não se falar ainda da ausência dos seguintes aspectos presentes no processo legislativo da lei ordinária: a) previsão de sanção ou veto do Presidente da República, uma vez votado o projeto de conversão da medida provisória

¹⁰⁵ GRAU, E. R. *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁶ cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Perfil constitucional das medidas provisórias*, p. 32.

em lei; b) a força da emenda da Casa revisora determinar o retorno do projeto à Casa iniciadora; c) a possibilidade ainda de a Casa revisora, rejeitando o projeto iniciado na Casa iniciadora, determinar o arquivamento desse projeto.

Para Clève, tais aspectos do rito de conversão da medida provisória em lei ou violam os artigos 48, 57, parágrafo 3º, 64 (caput e parágrafo 3º), 65 (caput e parágrafo único) e 66 da Constituição de 1988, baseada tal violação em que não sendo o rito de conversão um modo excepcional de se legislar, previsto na Constituição, não poderia uma resolução do Congresso Nacional contrariá-la, em face da sabida supremacia da norma constitucional sobre as demais normas jurídicas. Ou, supondo-se que tal simplificação deriva de autorização constitucional, evidencia-se que rito de conversão constitui um procedimento legislativo absolutamente anômalo.¹⁰⁷

Em verdade, o prazo exíguo de 30 (trinta) dias e a própria excepcionalidade da medida provisória estão a indicar um rito mais enxuto do aquele previsto para a conversão de projeto de lei em lei ordinária. Assim, é preferível optar pela segunda das alternativas apresentadas, se não para afastar necessariamente as inconstitucionalidades sustentadas, pelo menos para evidenciar a anomalia da medida provisória como meio legislativo, o que impõe necessariamente, por parte do intérprete, uma interpretação restritiva, para as possibilidades de atuação válida da medida provisória.

Aqui, não há, ainda, um entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, em que pese haja pelo menos um julgado, em que se entende que a conversão da medida provisória em lei formal prejudica o exame de vício na edição da medida provisória. É o precedente retratado no Recurso Extraordinário nº 146733-9-SP.¹⁰⁸ Não se

¹⁰⁷ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 131-4.

¹⁰⁸ cf. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Ministro Relator Moreira Alves. Data de julgamento 29 de junho de 1992. In.: Revista do Tribunal de Justiça. n. 143, p. 684-704.

discutiu propriamente a questão dos requisitos, mas a matéria que foi disciplinada pela medida provisória atacada, no caso, matéria tributária.

Além disso, a medida provisória é um ato legislativo precário e efêmero. Com efeito, o artigo 62, da Constituição de 1988, exige que, para a sua estabilização na ordem jurídica, a medida provisória seja convertida em lei formal, no prazo de 30 (trinta) dias. Caso contrário, prescreve o mesmo artigo, em seu parágrafo único, perderá eficácia, desde a sua edição, devendo o Poder Legislativo disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida. Portanto, até que haja a conversão em lei formal, a medida provisória apenas suspende a legislação anterior com ela incompatível.

Desde logo, esclareça-se, cumpre afirmar que a Constituição não deixou de disciplinar a situação em que o Poder Legislativo deixa de se manifestar no prazo constitucionalmente previsto sobre a medida provisória. Basta uma leitura atenta ao dispositivo constitucional em comento. Com efeito, a não conversão da medida provisória em lei formal semanticamente abrange tanto a rejeição expressa, como a ausência de qualquer manifestação, por parte do Poder Legislativo.

Ademais, adotando-se uma interpretação histórica, cumpre recordar que, sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69, o antecessor normativo da medida provisória, que era o decreto-lei, no caso de ausência de manifestação expressa do Poder Legislativo, no prazo constitucionalmente então previsto, adquiria a estabilidade. Nada mais natural, pode-se afirmar, em um regime de governo autoritário. Ora, sob a égide da Constituição de 1988, vinculada a um regime de governo democrático, também é natural que se objetive a valorização do Poder Legislativo, no rito de conversão da medida provisória em lei formal, valor jurídico este que se vai atingir melhor, prevendo-se que a simples ausência de qualquer manifestação do Poder

Legislativo importe na caducidade da medida provisória. Sem nenhuma razão, portanto, está Ferreira Filho¹⁰⁹, quando afirma que a Constituição de 1988 não disciplinou a hipótese em que o Poder Legislativo não profere qualquer deliberação sobre a medida provisória submetida ao seu crivo.¹¹⁰

Nessa ordem de idéias, vê-se que não é admitida pela Constituição atual a prática da reedição de medida provisória, aqui compreendida como a edição de uma medida provisória, veiculando as mesmas normas veiculadas na medida provisória não convertida em lei pelo silêncio deliberativo do Poder Legislativo, sem prejuízo de que, na nova edição da medida provisória, novas normas jurídicas sejam acrescentadas, ou aquelas que foram ventiladas originariamente na medida provisória não convertida sejam modificadas. Também é imperioso concluir que o abuso daí decorrente transforma em regra o que é exceção constitucional: função legislativa do Poder Executivo. É, assim, a subversão intolerável da ordem constitucional brasileira, no tocante à regra de distribuição de competências entre os Poderes Executivo e Legislativo. Portanto, a reedição é inconstitucional.

A ressalva de validade da reedição em caso de silêncio deliberativo do Poder Legislativo reside em situações excepcionais, quando os pressupostos de edição renovam-se automaticamente. Realmente, entendimento contrário determinaria paralisia do Estado ou a sua insuficiência normativa para enfrentar eventual demanda normativa atípica, cabendo ao Poder Judiciário, em qualquer caso, aferir tal pressuposto de

¹⁰⁹ cf. FERREIRA FILHO, M. G. As Medidas Provisórias: Novas Observações, Particularmente Quanto aos efeitos de sua renovação. Repertório IOB de Jurisprudência, Revista IOB, Primeira Quinzena de fevereiro de 1991, n. 3/91, p. 48-9.

¹¹⁰ Barroso assim define a interpretação gramatical: *Na feliz formulação de Karl Larenz, ela consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação.* (BARROSO, L. R. Idem, p. 119). E, por interpretação histórica: *A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da **occasio legis**. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneas.* (BARROSO, L. R. Idem, p. 124).

validade.¹¹¹ Esta ressalva, pelos seus próprios termos, saliente-se, não abala a tese de inconstitucionalidade da reedição ampla e irrestrita, sem nenhum critério sério, para o seu acontecimento.

Há um consenso na doutrina quanto à impossibilidade de reedição, também no caso de ausência de manifestação do Poder Legislativo sobre a medida provisória no prazo constitucionalmente previsto. Clève¹¹², Bandeira de Mello¹¹³ e Ferraz Júnior¹¹⁴, dentre outros, são uniformes no sentido de que a reedição é inconstitucional. Corolário da inconstitucionalidade da reedição é a inconstitucionalidade da convalidação. Convalidação, saliente-se, é a previsão inserta na medida provisória reeditada, ou na lei de conversão da reedição da mesma medida provisória, que os efeitos jurídicos produzidos pela medida provisória não convertida são preservados.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não vem admitindo a reedição da medida provisória apenas quando ela foi expressamente rejeitada. Assim decidiu nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIn - ns. 293-7/600-DF¹¹⁵, 1397-DF¹¹⁶ e 1516-RO¹¹⁷. Assim, sempre que não houver manifestação do Poder Legislativo no prazo constitucional de apreciação da medida provisória, ela poderá ser reeditada e convalidada sem que haja nenhum critério ou limite de validade, apenas devendo, segundo os precedentes referidos, a reedição ocorrer no curso do prazo constitucionalmente previsto.

Como se observa, o Supremo Tribunal Federal conferiu uma competência

¹¹¹ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 119.

¹¹² cf. CLÈVE, C. M. *Idem*. p.118-24.

¹¹³ cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Perfil constitucional das medidas provisórias*, p. 30.

¹¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 93.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADIn - ns. 293-7/600-DF. Pleno, Ministro Relator Celso de Mello, DJU de 16.04.93.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1397-DF. Pleno, Ministro Relator Carlos Velloso, data de julgamento 28.4.1997, RTJ nº 165, p. 173-80.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1516-RO. Ministro Relator Sydney Sanches, data de julgamento 6.3.1997, RTJ n. 170, p. 814-35.

ao Poder Executivo não conferido pela Constituição. Refere-se à circunstância de que, no funcionamento da ordem jurídica, o Poder Executivo usurpou a função legislativa ordinária, a qual constitui função do Poder Legislativo. Isso porque, situando-se a edição de medida provisória no campo do poder discricionário, além da permissão da reedição e convalidação sem nenhum critério sério de limitação, reitera-se, transformou-se em regra o que é exceção: a função legislativa do Poder Executivo.

CAPÍTULO IV

A POLÊMICA PROPRIAMENTE DITA. A MEDIDA PROVISÓRIA PODE CRIAR OU MAJORAR TRIBUTOS

4.1. Apresentação das Correntes Doutrinárias

Chega-se, então, ao questionamento que constitui o objeto desta dissertação. A medida provisória observa a exigência do princípio da legalidade previsto no artigo 150, I, da Constituição de 1988? A medida provisória, em suma, pode criar ou majorar tributos, além de disciplinar as matérias previstas no artigo 97, do Código Tributário Nacional, tendo em conta o que dispõe o artigo 146, II, da Constituição de 1988? Apenas é de salientar, tendo em vista a linha de regulamentação constitucionalmente autorizada entre o artigo 150, I, da Constituição de 1988, e o artigo 97 do Código Tributário Nacional, que, doravante, nesta dissertação, onde se fizer menção àquele artigo, notadamente no que se refere à resolução do problema desta dissertação, estar-se-á necessariamente discorrendo sobre este.

Para a resposta reclamada por este estudo, exige-se necessariamente a retomada dos pressupostos adotados nesta dissertação, a respeito da distribuição da competência legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo, não sem antes empreender uma breve descrição das duas correntes que se formaram em torno da presente

questão, ao longo dos mais de 10 anos de vigência da Constituição de 1988, a partir de alguns dos seus principais defensores.

Iniciemos pela primeira corrente, que atesta a possibilidade de tal força normativa.

Machado entende que a medida provisória tem, por expressa dicção constitucional, força de lei. Por outro lado, o artigo 62, da Constituição de 1988, não estabelece limitação temática alguma, satisfazendo, assim, a exigência de lei estabelecida no princípio da legalidade tributária. Para o referido tributarista, o que importa é a questão de se saber se os requisitos de urgência e relevância foram ou não satisfeitos na edição da medida provisória que tiver criado ou majorado tributos. Além disso, sustenta que o grave erro na edição de medidas provisórias, em matéria tributária, tem sido a admissibilidade da prática de reedição dessas medidas, por parte do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁸

Segundo Machado, bastaria, satisfeitos evidentemente os seus requisitos autorizadores, admitir somente a última das medidas provisórias reeditadas, a fim de resolver o problema referido. Não desconhece o autor que a desconsideração das medidas provisórias não convertidas produziria alguns problemas; todavia, ele entende que tais problemas seriam um mal menor do que se admitir a plena atividade legislativa por parte do Presidente da República. Enfim, *a enorme quantidade de medidas provisórias que têm sido editadas, cuidando de matérias as mais diversas, a reedição dessas medidas e, o que é pior, a reedição com mudanças significativas na redação de alguns dispositivos, está causando uma insegurança jurídica verdadeiramente insuportável. Se o Supremo Tribunal Federal fixar o entendimento segundo o qual somente a última versão, quando convertida em lei, terá validade, o Presidente da República perderá o interesse pela edição dessas*

¹¹⁸ cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 59-1.

*normas, e certamente passará a editá-las somente quando se trate de situação realmente relevante e urgente.*¹¹⁹

Em realidade o autor inicia criticando a reedição, para, a final, terminar por admiti-la, desde que não seja admitida a produção de efeitos das medidas provisórias anteriores à última reeditada. Portanto, mais do que a reedição, critica a convalidação das medidas provisórias. É que não obstante ambos os conceitos estarem ligados, não são os mesmos coincidentes.

Na conformidade do que se conceituou no capítulo anterior, a prática da reedição significa a edição da mesma medida provisória não convertida em lei pelo silêncio deliberativo do Poder Legislativo, no prazo constitucionalmente previsto. Sem prejuízo de que na nova edição da medida provisória, novas normas jurídicas sejam acrescentadas, ou aquelas que foram ventiladas originariamente na medida provisória não convertida sejam modificadas. Já a convalidação trata-se de uma norma inserta na medida provisória convalidada, ou na lei de conversão, validando os efeitos jurídicos produzidos sob a vigência da medida provisória não convertida.

Ora, conforme também se demonstrou no capítulo anterior, a reedição é altamente problemática, pois se o Legislativo não aprovou a medida provisória, e não importa se expressa ou tacitamente, incide a regra de caducidade prevista no artigo 62, impondo-se, em consequência, a perda da eficácia da medida provisória não convertida, desde a sua edição. Nessa perspectiva, então, a reedição é inválida. E se é inválida, não pode servir, independentemente de vir a ser convertida em lei formal, para nenhum efeito jurídico, notadamente para validar o rito de conversão da medida provisória em lei. É que tal rito, não custa reiterar, não se inicia com medida provisória rejeitada pelo Legislativo,

¹¹⁹ cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 61.

que é exatamente o caso da medida provisória reeditada, mas com a primeira edição provisória, a qual, se houvesse o devido respeito à ordem constitucional vigente, seria a única edição da medida referida.

Aliás, se for para admitir a reedição, desde que privada da cláusula da convalidação, é preferível validar ambas as práticas. Para justificar essa assertiva, basta imaginarmos a situação em que uma medida provisória que viesse para majorar a alíquota da contribuição social para o financiamento da seguridade social - COFINS - fosse sendo reeditada sucessivamente no tempo, sem qualquer manifestação do Legislativo, até que, pela 36ª reedição, houvesse a conversão em lei formal. Segundo o pensamento do autor em questão, apenas a última reedição seria válida e eficaz, sendo que todas as demais seriam atingidas pela regra da caducidade. Seguindo ainda esse raciocínio, então se observaria que o mesmo tributo majorado seria indevido, até a 36ª reedição (exclusive esta), para, a partir daí, observada a regra da anterioridade nonagesimal (artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição de 1988), ser válido. Daí decorreria a seguinte e absurda consequência: o mesmo contribuinte que deve a COFINS majorada, a partir da 36ª reedição, jamais a deveu, anteriormente a 36ª reedição, o que lhe dá o direito de, em relação a um tributo devido, repeti-lo. Sendo que, não custa reiterar, a 36ª reedição, por nada valer tanto quanto a 35ª reedição, e assim sucessivamente, importou na instauração de um rito de conversão de medida provisória em lei formal absolutamente não previsto na Constituição atual. Ver-se-ia, então, a ação de repetição de indébito tributário de tributo *devido*.

Portanto, a única solução viável, diante da ordem constitucional vigente, é a inadmissibilidade das duas práticas. Assim, no exemplo citado, a majoração da alíquota da COFINS seria inconstitucional.

E, se for para validar apenas a reedição, sem a convalidação, então deve se preferir a admissibilidade de ambas as práticas, conforme explica Ferreira Filho:

*Ocorre, porém, um problema delicado - freqüente na prática - qual seja o de não ser a medida convertida em lei, embora sem sofrer a rejeição por parte do Congresso Nacional, vindo a ser, de imediato, reeditada, com a cláusula, de que se convalidem os efeitos produzidos pela medida não convertida. É válida esta convalidação? A convalidação de efeito de medida provisória não convertida, por outra medida provisória, tem nítido aspecto de fraude à regra do desfazimento retroativo da eficácia da medida, quando não convertida em lei no prazo constitucional. Realmente, seguindo-se na sua pureza a lógica jurídica, os efeitos já produzidos por uma medida provisória não convertida em lei se desfariam **ex tunc**, mas efeitos iguais produzidos em face da medida provisória, de mesmo conteúdo, renovada, seriam válidos. Registre-se, ademais, que as normas colidentes com a medida provisória - assim por ela revogadas - recobram vigência, caso não convertida em lei a medida provisória. Não se trata propriamente de efeito repristinatório, mas sim do fato de que, dependendo a medida provisória de conversão, está ela assim sujeita a uma verdadeira condição resolutiva. Assim, também a revogação que dela decorre está dependente da condição resolutiva, que é a conversão em lei da medida provisória. Ora, decorre disto que uma medida provisória poderia haver revogado uma lei, que readquirira vigência e eficácia no passado, em face da não-conversão da medida, mas seria de novo revogada pela medida reiterada. Instaurar-se-ia, como se apontou, um verdadeiro pandemônio jurídico que deve ser evitado custe o que custar. De fato, em face dessa aberração jurídica que é a medida provisória, a solução de bom senso consiste em aceitar a convalidação de efeitos produzidos por medida provisória não convertida em lei, por meio de outra medida provisória, **sit et in quantum** decorre o prazo de trinta dias aberto pela Constituição para a conversão dessa medida.¹²⁰*

É certo que Machado sustenta que sempre que o tributo estiver sujeito ao princípio da anterioridade, não se poderá cogitar no uso da medida provisória, pela ausência do requisito de urgência. Mas ainda aqui o doutrinador admite, com reservas, o uso da medida provisória, vez que, no seu entender,

Pode ocorrer, porém, que os estudos visando à criação, ou majoração, de um desses tributos não tenham sido concluídos a tempo de permitir a aprovação, pelo Congresso Nacional, de projeto de lei do Executivo ainda no exercício, de sorte a viabilizar

¹²⁰ FERREIRA FILHO, M. G. *op. cit.*, p. 48.

*a cobrança respectiva já no exercício seguinte. Neste caso, em se tratando de providência relevante, é discutível a validade do uso da medida provisória para a instituição, ou majoração, desse tributo. Em defesa da validade pode-se argumentar com a urgência e a relevância da arrecadação dos recursos correspondentes já no exercício seguinte, e com a lentidão do processo legislativo ordinário. É certo, outrossim, que a publicação da medida provisória em dezembro, de certa forma, atende à finalidade do princípio da anterioridade, posto que assegura ao contribuinte condições para o planejamento de suas atividades. Por outro lado, pode-se argumentar, em sentido contrário, com a incerteza decorrente de não saber o contribuinte se o Congresso Nacional aprovará, ou não, a medida, o que desatende à necessidade de segurança jurídica, que o princípio da anterioridade visa a preservar.*¹²¹

Outro adepto da possibilidade da força da medida provisória incursionar na seara da majoração ou criação de tributos é Luciano Amaro. Esse autor, igualmente, entende que a Constituição vigente, ao estabelecer uma regra de equiparação entre medida provisória e lei, permitiu tal força normativa. Ademais, em relação ao óbice do princípio da anterioridade, afirma que, ao contrário do que se sustenta, o princípio da anterioridade evidencia o caráter de urgência reclamado, visto que *ao final do exercício, a medida provisória seria o único veículo legislativo eficaz para editar a norma de incidência com respeito pelo citado princípio*. A exemplo de Machado, aduz que o fundamental é a observância dos requisitos constitucionais de urgência e relevância, assim como critica severamente o fenômeno da reedição, sem, entretanto, fazer qualquer ressalva ou observação quanto à convalidação.¹²²

Cumpra agora descrever a corrente doutrinária oposta.

Derzi assevera que a teoria geral do Direito diferencia os planos da existência, validade e eficácia ou aplicabilidade. De regra, a norma jurídica, percorrido o trâmite do processo legislativo da respectiva lei, sendo esta sancionada pelo Chefe do

¹²¹ MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 60-1.

¹²² AMARO, L. *op. cit.*, 165-68.

Poder Executivo, promulgada e publicada, adquire existência. Depois, observando-se material e formalmente os ditames constitucionais de regência, adquire validade. Nesta altura, já se verifica uma norma jurídica, servindo-se do veículo legislativo da lei formal, existente e válida. A seguir, vêm os planos da eficácia e da aplicabilidade. A eficácia, por isso mesmo dizendo respeito à aplicabilidade, quer importar na força da norma jurídica em produzir efeitos jurídicos. Ora, de regra, a lei, verificado o prazo da **vacatio legis**, previsto no artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, ou, em outra data nela prevista, entrará em eficácia, estando, portanto, em condições para a sua aplicação.¹²³

Na instituição ou majoração de tributo, ensina a indigitada tributarista, por imposição da Constituição de 1988, em seu artigo 150, III, **b**, a incidência de tais normas tributárias se dá somente no exercício financeiro seguinte àquele em que a respectiva lei foi publicada.¹²⁴ Assim, uma lei que majora a alíquota do imposto de renda no ano de 1999, não importa se em janeiro, agosto, setembro, outubro, novembro, ou dezembro, incidirá sobre a sua hipótese de incidência apenas no exercício de 2000.

No ponto se fez necessária uma correção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal. Considerando-se que o dispositivo constitucional em tela valeu-se da expressão ‘cobrança’, então, se formou uma corrente, notadamente no âmbito da Receita Federal, segundo a qual passou-se a entender que somente a exigência do imposto instituído ou aumentado dar-se-ia no exercício da publicação da lei. Dessa maneira, se uma lei majorasse a alíquota do imposto de renda, publicada em abril de 1999, desde daí passaria a incidir sobre a sua hipótese de incidência, adiando-se apenas a sua cobrança. Todavia, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 146733-9-SP, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 7689/88, adotou o entendimento de

¹²³ BALEEIRO, A. *op. cit.*, p. 80-90.

¹²⁴ BALEEIRO, A. *Idem*, *lbedem*.

que, em face do princípio da anterioridade, adiava-se a eficácia da norma, que é exatamente a sua força de produzir efeitos jurídicos, dentre os quais, avulta o da incidência.

Não há, portanto, a relevância e a urgência reclamadas pelo artigo 62, como requisitos autorizadores da edição de medida provisória. Ora, continua a autora, como o princípio da anterioridade grava especificamente o princípio da legalidade tributária, então, é possível formular uma regra negativa pela força normativa da medida provisória criar ou majorar tributos.¹²⁵

E em relação aos tributos que não estão sujeitos ao princípio da anterioridade? São os seguintes: a) os impostos incidentes sobre a importação e a exportação, sobre produtos industrializados e sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (art. 153, I, II, IV e V da Constituição Federal de 1998); b) os empréstimos compulsórios, instituídos para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência (artigo 148, I da Constituição Federal de 1998); c) os impostos instituídos em caso de guerra ou sua iminência (art. 154, II da Constituição Federal de 1998); d) as contribuições sociais, para o custeio da seguridade social (artigo 195 da Constituição Federal de 1998). Segundo a autora, os tributos recém-elencados cuidam-se de casos definidos constitucionalmente de urgência e relevância, no âmbito do direito tributário. Quer importar: o que é vago e impreciso, nos demais ramos do direito positivo, em termos de urgência e relevância, a fim de justificar a edição de medida provisória, para o direito tributário torna-se preciso e definido na própria Constituição, a partir dos tributos que não estão sujeitos ao princípio da anterioridade.¹²⁶

¹²⁵ BALEEIRO, A. *op. cit.*, p. 80-90.

¹²⁶ BALEEIRO, A. *Idem.* p. 85.

Em relação aos impostos previstos no artigo 153, I, II, IV e V, verifica-se que se permitiu ao Poder Executivo a edição de meros decretos, para majorar alíquotas, observados os limites e as condições da lei de regência, assim como a imediata eficácia da referida norma de aumento, sem qualquer adiamento. Para Derzi, cuida-se de uma situação de tamanha urgência e relevância que a Constituição admitiu uma prevalência de tais valores sobre os valores da segurança e previsibilidade. Antes de mais nada, é desnecessária a adoção da medida provisória, vez que esta medida submete-se ao crivo do Legislativo, ao passo que o decreto referido, não.¹²⁷

No que diz respeito aos empréstimos compulsórios, a Constituição exigiu o veículo normativo da lei complementar, o que, por si só, afasta a possibilidade da medida provisória. E, em relação aos impostos extraordinários de guerra, dispõe o Poder Executivo de um instrumento normativo mais ágil, que é a decretação do estado de sítio, observando-se a prévia autorização do Poder Legislativo.¹²⁸

Finalmente, as contribuições sociais de custeio da seguridade social não obstante não estarem protegidas pela anterioridade estampada no artigo 150, III, b, encontram-se acobertadas pela regra de que a exigência de sua instituição ou modificação somente opera-se, após o decurso do prazo de 90 dias, contados da data da publicação da respectiva lei. Há aí, para a autora, um mecanismo, a exemplo do princípio da anterioridade, que adia a eficácia e a aplicabilidade de tal lei, o que também justifica o impedimento de disciplina por medida provisória.¹²⁹

Ademais, para a autora, medida provisória não é lei. Aliás, se fosse, não haveria a necessidade de se prever que tem força de lei. A medida provisória somente

¹²⁷ BALEEIRO, A. *op. cit.*, 86.

¹²⁸ BALEEIRO, A. *Idem*, 86-7.

¹²⁹ BALEEIRO, A. *Idem*, 87.

inova a ordem jurídica a título precário e temporário, sendo indispensável, para que possa definitivamente alterar algo no mundo jurídico, que advenha, no prazo constitucionalmente previsto, a sua conversão em lei. *Antes disso, não se tem a lei, o processo legislativo perfeito capaz de criar efetivamente o Direito. Enquanto não convalescidas pelo Poder Legislativo, as medidas provisórias produzem efeitos imediatos à sua publicação, disciplinam relações e comportamentos, de forma passageira e reversível.* Ora, se lei não é, então, a medida provisória não satisfaz a exigência do princípio da legalidade tributária.¹³⁰

Carraza adota rigorosamente o mesmo entendimento por último descrito.¹³¹

Também Carvalho.¹³²

4.2. Desate do Problema

No decorrer desta dissertação, conforme se ia abordando a regra de distribuição de competência legislativa entre os Poderes Executivo e o Legislativo, foram adotando-se diversos princípios constitucionais, os quais não deixam de ser regras de hermenêutica constitucional, de tal sorte que é o instante de se retomá-los.

A medida provisória, como ato normativo que é, tem necessariamente que possuir alguma natureza jurídica. De fato, não se pode, em relação a um aspecto fundamental da organização estatal brasileira, porque referente à regra de competência, satisfazer-se apenas pela negação. Assim afirma-se, porque ato administrativo,

¹³⁰ BALEEIRO, A. *op. cit.*, 81.

¹³¹ cf. CARRAZA, R. A. *op. cit.*, p. 172-81.

¹³² cf. CARVALHO, Paulo Barros. Medidas provisórias. Revista de Direito Público, n 97, Jan./Mar. 1991, RT, p. 42.

definitivamente, a medida provisória não é. A equiparação com a lei, segundo expressa e inequívoca regra da própria Constituição vigente, serve para confirmar esse entendimento. Salvo se ato administrativo puder inovar originariamente a ordem jurídica brasileira, o que determinará, aí sim, a quebra da separação de poderes, deve-se entender que de ato administrativo não se trata.

Por outro lado, verificou-se que contemporaneamente foi se mitigando a rigidez da técnica da separação de poderes, não a ponto de esmaecê-la, pois se constitui em mecanismo fundamental de contenção de poder, mas sim para adequá-la à realidade de uma sociedade técnica e repleta de exigências, notadamente em relação ao Poder Público. Do Estado, não se espera mais somente abstenções, de tal sorte que os indivíduos possam desenvolver as suas potencialidades. Espera-se, também, ações positivas, como especialmente no campo do direito social. Assim, na feliz expressão de Clève, governar também é legislar.¹³³ No mundo ocidental, em democracias de relevo no cenário mundial, como França, Portugal e Itália, passou-se a prever função legislativa ao Poder Executivo. A lei, agora, já não é mais exclusivamente aquele ato emanado do Poder Legislativo. É simplesmente o ato emanado de órgão ao qual a Constituição atribui função legislativa. Além disso, é o ato que inova originariamente a ordem jurídica.

Assim se explica a razão de ser da lei delegada (artigo 68 da Constituição de 1988), e, sobretudo, da medida provisória (artigo 62 da Constituição de 1988). E que tais veículos normativos são espécies do gênero lei.

Todavia, não se resolvem todos os problemas referentes ao exame da regra de distribuição de competência legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo,

¹³³ CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 17.

afirmar-se que medida provisória é lei. Pelo contrário. A formulação pura e simples dessa regra, como já se afirmou e demonstrou nesta dissertação, abriria o caminho para a prática de um regime de governo autoritário, quando não totalitário. Aliás, o decreto-lei, nas experiências constitucionais das Cartas de 1937 e 1967, com a Emenda Constitucional nº 1/69, demonstra exatamente essa possibilidade.

Portanto, impõe-se, no exame das diferentes vertentes em que se pretenda dar curso ao funcionamento compatível da medida provisória com o contexto normativo da Constituição de 1988, a adoção dos princípios constitucionais já examinados a longo desta dissertação. Refere-se ao regime de governo democrático e ao sistema de governo presidencialista.

Para Barroso, *os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.*¹³⁴ Especificamente em relação aos princípios constitucionais citados no texto, aos quais denomina-se de *princípios fundamentais*, Barroso assim os define:

*São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo ao que referimos anteriormente como princípios constitucionais de organização de organização. Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc. Esses princípios constitucionais fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constitucional originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional.*¹³⁵

¹³⁴ BARROSO, L. R. *op. cit.*, p. 143.

¹³⁵ BARROSO, L. R. *Idem*, p. 145.

Conforme se demonstrou, por regime democrático, essencialmente na sua modalidade representativa, entende-se um conjunto de regras pelas quais o povo se autogovernará. Esse autogoverno, ainda, será vivenciado no Poder Legislativo. Com efeito, o Poder Legislativo será composto por agentes públicos eleitos pelo povo. E, complementando esse princípio, cumpre destacar que no presidencialismo há uma absoluta separação dos Poderes Legislativo e Executivo, no tocante ao fundamento eletivo do seu mandato, e este não deriva daquele. Daí segue que o valor da representatividade não é satisfeito, de regra, por atos expedidos pelo Poder Executivo, salvo, evidentemente, as exceções constitucionalmente estabelecidas. Na constituição atual, tais exceções são a lei delegada e a medida provisória.

Ora, os dois princípios constitucionais em foco foram adotados na Constituição de 1988 (artigos 1º, 2º e 77). Evidenciam-se, assim, as bases de excepcionalidade em que se concebeu a medida provisória, o que imporá necessariamente uma interpretação restritiva quanto às suas possibilidades válidas de atuação normativa. Portanto, a regra é que a competência legislativa ordinária será exercida pelo Poder Legislativo; a exceção, cujo rigor é acentuado, em face dos princípios referidos, é que a competência legislativa será exercida pelo Poder Executivo.

É também na perspectiva dos princípios constitucionais referidos que adquire especial relevo o artigo 68, da Constituição de 1988. Fora dessa perspectiva, é certo, vai se visualizá-lo como um mero rebaixamento normativo da lei delegada, em face da lei formal, o que já não ocorre com a medida provisória. Em consequência, e tendo-se em mira, ainda, a regra de equiparação normativa entre medida provisória e lei, estabelecida no artigo 62, afirmar-se-á, como, por exemplo, o faz Machado, que a medida

provisória pode disciplinar tudo que, não só pode a lei ordinária, como também a lei complementar puder disciplinar, observadas as regras diferenciadas de quórum.¹³⁶

É uma interpretação, como se observa, desatenta aos princípios constitucionais fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988. Pois se observá-los, como, aliás, deve ocorrer, afirmar-se-á necessariamente que o artigo 68, ao recusar a delegação da função legislativa das matérias ali elencadas ao Poder Executivo, estabeleceu uma reserva absoluta ao Legislativo. Vale dizer: as matérias ali elencadas somente podem ser disciplinadas por lei formal, seja ela ordinária, seja ela complementar, conforme disciplina que a própria Constituição estabelece. Haverá, é verdade, tantos outros casos, a partir notadamente do artigo 5º, II, que se exigirá a disciplina exhaustiva de lei formal. Mas, no caso das matérias elencadas no artigo 68 a lei formal estará vinculada, independentemente de qualquer questão de relevância ou urgência, a ato exclusivamente emanado do Poder Legislativo, no âmbito do processo legislativo complexo, na conformidade do que exhaustivamente se referiu. Enfim, no caso das matérias previstas no referido artigo 68, a Constituição atual manteve a técnica da separação de poderes, na sua rigidez originária. Concorde-se aqui, pois, com Clève, quando afirma que o artigo 68 consagra um rol de matérias sujeitas à reserva absoluta do Legislativo.¹³⁷

A reserva absoluta do Legislativo na elaboração das normas que inovarão originariamente a ordem jurídica, em determinadas matérias, conforme inequivocamente consta no artigo 68, da Constituição, observou, como se afirmou no capítulo anterior, o valor da publicidade na discussão dos atos legislativos anteriormente a que eles se consumem. Haverá uma dialética necessária do Legislativo com a sociedade, mediada pela mídia, o que determinará um amadurecimento maior no trâmite do processo legislativo

¹³⁶ cf. MACHADO, H. B. *op. cit.*, p. 60.

¹³⁷ cf. CLÈVE, C. M. *op. cit.*, p.89.

ordinário. Também tal norma favorecerá, por meio da publicidade, o valor da segurança jurídica, pois os destinatários da alteração legislativa não serão surpreendidos por ela, da noite para o dia, podendo, então, organizar melhor suas vidas, na parte em que sofrer a respectiva alteração.

Apenas para se esclarecer mais uma vez: não se está afirmando que sempre que houver necessidade de lei formal, em caso de princípio da legalidade específica, estar-se-á vedando a disciplina da respectiva matéria por medida provisória. É que, adotando-se esse entendimento, aliado ao teor do artigo 5º, II, aniquilar-se-ia a medida provisória. Haveria aí o entendimento de que, a Constituição de 1988, por um lado, previu função legislativa ao Poder Executivo, e, por outro, tornou-lhe imprestável. Ademais, o artigo 62 inequivocamente estabeleceu que a medida provisória tem força de lei, sem estabelecer qualquer distinção entre o princípio da legalidade genérica e o princípio da legalidade específica. Além disso, a medida provisória adquire estabilidade normativa, somente pela via da sua conversão em lei. E tal conversão, por demandar participação do Poder Legislativo, resultará em lei formal. A questão da excepcionalidade da medida provisória, aqui, pois, se resolve pela correta obediência dos requisitos autorizadores de edição da medida provisória. A medida provisória, então, satisfaz tanto a legalidade genérica como a legalidade específica. Apenas, não poderá incursionar naquelas matérias, em relação às quais a Constituição atual previu a reserva absoluta do Legislativo. E tais matérias vêm previstas no artigo 68.

Ainda nessa ordem de idéias, observa-se que o tributo constitui um mecanismo expropriatório de determinada parcela de dinheiro integrante do patrimônio dos particulares, afetando, pois, o direito fundamental de propriedade. Segue-se que o direito de propriedade, conforme prevê o artigo 5º, XXII, é uma espécie de direito individual, ingressando, assim, na órbita de incidência do artigo 68, II. Assim, o princípio da

legalidade específica estabelecido no artigo 150, I, não por si próprio, mas por estar protegido pela reserva absoluta de lei conferida ao Poder Legislativo, impede a disciplina de medida provisória para criar ou majorar tributos.¹³⁸

Retomando-se o que se afirmou no capítulo anterior, não basta aplicar puramente a técnica do **decreto-legge**, previsto na Constituição Italiana de 1947, no direito constitucional brasileira, o que autorizaria a sustentar-se a força normativa da medida provisória que se examina. É que, naquele direito constitucional, diferentemente deste, adotou-se o parlamentarismo como sistema de governo, em que a Chefia do Governo deriva diretamente do Legislativo. No presidencialismo, opostamente, pelo menos no que se refere ao modo de constituição do governo, há uma absoluta separação dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, seguramente pode-se afirmar que o valor da representatividade, absolutamente caro à democracia, é melhor satisfeito pelo Executivo, no âmbito do parlamentarismo do que no âmbito do presidencialismo. Desse modo, as bases de justificativa da competência legislativa do Poder Executivo haverão de ser necessariamente mais restritas no direito constitucional brasileiro do que no direito constitucional italiano. Nessa perspectiva, é plenamente defensável a tese de que o artigo 68, da Constituição, antes de ser uma norma constitucional de organização à toa, ou restrita a estabelecer uma mera diferenciação entre a lei formal e a lei delegada, consagra um elenco de matérias sujeitas à reserva absoluta do Legislativo.

Igualmente, mais uma vez retomando-se um aspecto referido no capítulo anterior, é de ver que o decreto-lei, não obstante seja da mesma família normativa da medida provisória, que é a de se atribuir função legislativa ao Poder Executivo em decorrência de atribuição própria, serviu de técnica jurídica fundamental para os regimes

¹³⁸ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 93.

autoritários de governo sob as égides das Constituições de 1937 e 1967, ao passo que a medida provisória foi prevista para funcionar no âmbito de um regime democrático. Se essa consideração não serve para refutar necessariamente toda e qualquer aplicação do regime jurídico do decreto-lei para a medida provisória, por certo, não autoriza a que mecanicamente se considere que todas as possibilidades de atuação normativa do decreto-lei sejam necessariamente as possibilidades normativas da medida provisória. Assim sendo, o fato de que era possível ao decreto-lei incursionar na criação ou majoração de tributos, inovando originariamente a ordem jurídica, pouco, ou nada, importa no desate do presente problema.

Ademais, assume importância, no desfecho do problema que se enfrenta, o princípio da anterioridade. Não tanto pelo aspecto bastante referido de que adia a eficácia da lei tributária para o exercício financeiro seguinte àquele em que foi publicada. Não obstante servir para várias situações, não explica o impedimento para se editar medidas provisórias, para aqueles casos, em que o período de tempo entre o surgimento de uma situação de urgência e relevância e o início da eficácia da lei tributária seja extremamente curto, como o caso da irrupção de uma emergência ocorrida em dezembro de um ano. Nesse caso, editada a medida provisória em dezembro, iniciaria a sua eficácia no mês imediatamente seguinte. Portanto, não é esse o aspecto do princípio da anterioridade que se deve ter em conta, pelo menos, exclusivamente, para recusar a disciplina de criação ou majoração de tributos por medida provisória.

O decisivo, isto sim, e que valerá em qualquer caso, para recusar a força normativa da medida provisória para o efeito que se examina, é o fundamento do princípio da anterioridade. A sua razão de ser está em que se busca assegurar ao contribuinte a possibilidade de planejar as suas atividades econômicas. Com efeito, verifica-se que o tributo é um aspecto fundamental na vida pessoal das pessoas físicas, assim como na

gestão empresarial das empresas, integrando um importante aspecto no cálculo das atividades. Especificamente, em relação às empresas, integrará o custo empresarial, regendo o estabelecimento de metas e investimentos, influenciando, portanto, na produção de riquezas e na geração de empregos. Não é à toa, que é denominado de princípio da não surpresa tributária.

Navarro assim se pronuncia sobre a **ratio** do princípio da anterioridade: *o princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.*¹³⁹

Como se observou no capítulo anterior, a medida provisória é um ato legislativo efêmero, incerto, pois a sua estabilidade na ordem jurídica depende necessariamente da sua conversão em lei formal, operada esta conversão na aprovação emanada de um outro Poder, que não aquele que a editou. Com efeito, a revogação que opera sobre a norma anterior está sujeita à condição resolutiva, que é a conversão em lei formal, perdurando, até lá, pois uma dúvida sobre qual das normas, se a revogada, ou se a nova, irá reger as obrigações tributárias do contribuinte. Em outras palavras: o contribuinte não saberá, por exemplo, se está sujeito ao imposto de renda de 15% ou de 20%. Ora, se assim é, é óbvio que nenhum contribuinte poderá planejar-se para o ano que suceder o ano da publicação da norma de incremento tributário, havendo, em consequência, um amesquinamento do princípio da anterioridade, não tolerado pela ordem constitucional vigente. Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento sobre a

¹³⁹ NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 195.

constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, definiu esse princípio como cláusula pétrea, inderrogável, portanto, até por emenda constitucional.¹⁴⁰

Ainda com relação aos tributos que não estiverem sujeitos ao princípio da anterioridade, não bastasse o artigo 68, II, proibir que a medida provisória crie ou majore tributos, impende advertir que não ensejarão uma inércia estatal indevida, tendo em vista que, para cada um dos casos, na conformidade do que ensina Mizabel Abreu Machado Derzi, a Constituição estabeleceu uma disciplina específica e potencialmente eficaz para se evitar o perecimento de algum bem tutelável pela ordem constitucional brasileira.

Com efeito, retomando brevemente os ensinamentos da tributarista referida no texto, vê-se que, em relação aos impostos não sujeitos ao princípio da anterioridade, previstos no artigo 153, a Constituição permitiu ao Poder Executivo a alteração de alíquota, observados os limites da lei formal, por meio de mero decreto, o que, em tese, em comparação com a medida provisória, é mais vantajoso para o Poder Executivo, visto que não se submete ao crivo do Poder Legislativo. Relativamente aos empréstimos compulsórios previstos no artigo 148, I, a Constituição previu a disciplina por lei complementar. Ora, lei complementar constitui reserva absoluta de disciplina do Poder Legislativo (artigo 68, parágrafo 1º). Os impostos extraordinários, previstos no artigo 154, I, podem ser disciplinados pelo modo expedito da decretação do estado de sítio. E, finalmente, as contribuições sociais de custeio da seguridade social, previstas no artigo 195, é de ver que as mesmas também estão sujeitas ao princípio nonagesimal, o qual, cumpre, como já visto, idêntica função do princípio da anterioridade, merecendo, então, mesmo tratamento jurídico.

¹⁴⁰ cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn nº 939-DF. Ministro Relator Sydney Sanches, data de julgamento 15.12.1993, RTJ nº 151, pp. 755-41.

Portanto, a medida provisória não serve para disciplinar a criação ou majoração de tributos. Além disso, na conformidade do que se observou no capítulo anterior, ainda que ocorra sua conversão em lei formal no prazo constitucionalmente previsto, não estará sanada a inconstitucionalidade, tendo em vista que se terá inovado originariamente a ordem jurídica, sem a obediência ao rito constitucionalmente previsto para aquelas matérias vedadas à disciplina da medida provisória, que é o processo legislativo ordinário.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem entendido possível a medida provisória para tal fim, pelo menos, na exigência que for satisfeita pela lei ordinária. Como exemplo, cite-se o Recurso Extraordinário nº 146.733-SP¹⁴¹, quando decidiu pela constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro, instituída pela Lei nº 7689/88, a qual fora lei de conversão da Medida Provisória nº 22, de 6 de dezembro de 1988.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade limitou-se ao artigo 8º da Lei nº 7689/88, não impedindo, assim, a validade da contribuição social em questão, mas sim apenas adiando a eficácia da mesma, tornando-a compatível com o postulado do princípio da anterioridade.

Conforme se observa do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, relator do acórdão referido, as razões que determinam a possibilidade de tal força normativa são as seguintes: a) a medida provisória não passa de uma modalidade de decreto-lei. Nessa ordem de idéias, como já era admitida a criação ou majoração de tributos, expressamente, na Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69, então, também deve ser admitida idêntica força normativa para medida provisória, não sendo, em conseqüência, importante o fato de não haver uma autorização específica de se regradar matéria tributária por medida provisória,

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 146.733-SP. Pleno, Ministro Relator Moreira Alves, data de julgamento 29.6.1992, RTJ 143, p. 684-704.

tal como ocorria com o decreto-lei. Conforme assevera Ministro Moreira Alves, *a medida provisória nada mais é do que modalidade de Decreto-Lei*¹⁴²; b) recusar-se à medida provisória força para satisfazer o princípio da legalidade específica, consubstanciado no princípio da legalidade tributária, é, considerando-se o que dispõe o artigo 5º, II, inutilizar tal espécie normativa. É que, seguindo esse raciocínio, a medida provisória também não poderia criar obrigações em qualquer dos ramos do direito positivo brasileiro. Assim, o estabelecimento da regra constitucional de que medida provisória tem força de lei, outorga à medida provisória a força normativa reclamada pelo princípio da legalidade tributária; c) o direito constitucional italiano, e é evidente a inspiração da previsão da medida provisória no decreto-lei italiano, admite a criação ou majoração de tributos por medida provisória. E lá também há a regra (artigo 23 da Constituição Italiana de 1947) de que *nenhuma prestação pessoal ou patrimonial pode ser imposta se não por lei*; d) não se pode olvidar que, a par de inovar desde logo a ordem jurídica, também a medida provisória deflagra um processo legislativo, que é o rito de sua conversão em lei formal. Portanto, não deixa de ser um projeto de lei. Assim, ainda que a medida provisória seja inconstitucional por vício que só lhe diga respeito, a lei formal, que resultará de sua conversão, não terá força de validade, mas, por certo, a partir de sua entrada em vigor, obrigará plenamente os seus destinatários.

Depois, o Supremo Tribunal Federal, como é de sua tradição, manteve-se fiel ao entendimento acima esposado, ainda que, na maioria dos julgados, reduza os argumentos referidos ao argumento, que, na sua perspectiva, é fundamental para o desate do problema que se examina: a medida provisória tem força normativa de lei, por expressa dicção constitucional. Assim, por exemplo, decidiu na ADIn nº 1417-0-DF.¹⁴³

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Recurso Extraordinário nº 143.733-SP, Ministro Relator Moreira Alves, RTJ nº 143, p. 695-7.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1417-0-DF. Ministro Relator Octávio Gallotti, DJU de 24.5.1996.

Como se observa, o Supremo não se deu conta de que o tributo constitui matéria integrante do rol previsto no artigo 68. Também não se deu conta de que não deve transplantar, sem qualquer reflexão, as possibilidades de atuação normativa do decreto-lei, no direito constitucional italiano, para as possibilidades de atuação normativa da medida provisória, no direito constitucional brasileiro, tendo em vista a diferença entre os sistemas de governo adotados em ambas as constituições referidas. Igualmente, não se deu conta de que a medida provisória, definitivamente, não traduz a mera repetição do decreto-lei, sob outra denominação normativa, considerando-se a diversidade de regime de governo entre um e outro regime constitucional. Ainda, não atentou para a circunstância de que o tributo integra o rol de matérias elencadas no artigo 68. E, finalmente, não observou que a conversão da medida provisória em lei não supre a inadequação do rito de elaboração de lei eleito.

Na ótica do Supremo Tribunal Federal, ainda, havendo força normativa da medida provisória em criar ou majorar tributos, então, aplica-se-lhe a construção jurisprudencial descrita no capítulo anterior. Vale dizer: a) a aferição jurisdicional dos requisitos autorizadores da medida provisória é excepcional, tendo em vista que a edição dessa medida manifesta um poder discricionário¹⁴⁴; b) admite-se amplamente a reedição e a convalidação da medida provisória em matéria tributária¹⁴⁵, desde que observadas as seguintes regras: i) a reedição deve ocorrer dentro do prazo constitucionalmente previsto no artigo 62; ii) silêncio deliberativo do Poder Legislativo, ao cabo do prazo referido e c) exerce o controle de constitucionalidade como se lei formal a medida provisória fosse. Examina apenas se a medida provisória se compatibiliza, ou não, com os preceitos formais

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Recurso Extraordinário nº 223021-8, Ministro Relator Carlos Velloso, DJU de 26.6.1998.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn nº 1417-0, Ministro Relator Otávio Galloti, DJU de 24.5.1996.

e materiais da Constituição de 1988, na mesma perspectiva de que se realizaria se a criação ou majoração de tributos fosse veiculada por lei formal^{146 147}

Portanto, a exemplo do que se afirmou no capítulo anterior, observa-se que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao Executivo uma competência que a Constituição, por certo, não lhe conferiu: competência legislativa ordinária, em matéria tributária.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn nº 1659-6, Ministro Relator Moreira Alves, DJU de 5.5.1998.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, ADIn nº 295-3-DF, Ministro Relator para o acórdão Marco Aurélio, DJU de 22.08.1997.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da legalidade tributária exige disciplina exaustiva das matérias elencadas nos artigos 150, inciso I, da Constituição de 1988, 97, seus incisos e parágrafos, do Código Tributário Nacional, por lei. A exceção vem prevista no artigo 153, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, em que se permite que o Poder Executivo altere as alíquotas, segundo os limites e as condições estabelecidas na lei de regência. Trata-se, no entanto, de quebra da legalidade específica ou da reserva da lei, e não da própria legalidade, tendo em vista que, conforme referido no dispositivo constitucional citado, as condições e os limites dão-se na própria lei de regência.

A lei, na perspectiva do princípio da legalidade clássica, deve ser um ato normativo geral, abstrato e oriundo do Poder Legislativo. Será, em regra, a lei ordinária, e, em alguns casos, expressamente previstos na Constituição de 1988, lei complementar e o decreto legislativo, este quando traduzir a internalização de tratados internacionais que versam sobre as matérias em referência.

Mas, como se observou, o conceito de lei mudou. A lei, tal como conceitua acima, correspondeu a uma técnica da separação de poderes, em sua rigidez original, sinalizando, por parte do direito positivo, a incorporação da doutrina política do liberalismo. Essa doutrina, vingando por meio de dois movimentos revolucionários exitosos, o da independência americana (1786) e da revolução francesa (1789), expandiu-se fortemente, pelo mundo ocidental, institucionalizando o Estado liberal. O Estado liberal, por sua vez, caracterizou-se por ser um Estado de mínimas atribuições, quais sejam,

proteger o país de agressões externas, e, depois, residindo aí a sua atribuição principal, assegurar, por meio da proteção dos direitos individuais, o livre desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos. Nessa perspectiva, a técnica da separação de poderes, em sua pureza originária, enquanto mecanismo inequívoco de contenção de poderes, e, em certa medida, de paralisia das ações estatais positivas, no sentido de prestação de serviços públicos ou garantidor de benefícios públicos, é incorporada como dogma pelas Constituições, de tal modo que passa a integrar o conceito material de constituição.

A sociedade, entretanto, mudou. O desenrolar da história tratou de revelar: i) a distorção do mercado, retratada esta no monopólio, na concorrência desleal e no abuso de preços; ii) o surgimento de necessidades, por parte dos indivíduos, que obrigam o Estado, a não mais apenas abster-se, mas também prover, e, finalmente, iii) o sufrágio universal. Em consequência, aparecem o Estado social e a sociedade técnica. Em um primeiro momento, desprezam-se os postulados básicos do liberalismo, até desembocar-se nas experiências políticas totalitárias do nazi-fascismo, na Alemanha e na Itália, e do autoritarismo, como observado nas Constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Impunha-se, desse modo, a retomada dos postulados básicos do liberalismo, sem esquecer das novas atribuições incorporadas pelo Estado social, surgindo, assim, o Estado social de direito. Nesse novo Estado, a técnica da separação de poderes passa a se referir a um novo modelo de Estado, em que se prevê que a lei, quanto à sua origem, não mais se circunscreve ao Poder Legislativo, donde lei, agora, é o ato emanado de órgão, ao qual a Constituição atribui competência legislativa e que tem força normativa de inovar originariamente na ordem jurídica. Surge, então, uma nova técnica de separação de poderes, assim como um novo princípio da legalidade.

Na Constituição brasileira atual, consagrando-se essa tendência universal, as espécies normativas que são lei vêm previstas no artigo 59, à exceção da emenda constitucional, vez que esta trata-se de superlei. E, nesse artigo, observam-se duas espécies do gênero lei, expedidos pelo Poder Executivo, quais sejam, a medida provisória e a lei delegada, sendo que interessou ao presente estudo a medida provisória.

De qualquer maneira, e desde que não se esgote aí o gênero lei, mantém-se válida a doutrina que advoga o conceito de lei formal, enquanto ato emanado do Poder Legislativo, ao cabo de um processo legislativo complexo. Com efeito, é indispensável a manutenção desse postulado, notadamente no direito constitucional brasileiro, em que há o sistema de governo presidencialista e o regime de governo democrático, e, portanto, a representatividade integra o rol de atributos do Poder Legislativo, e não do Poder Executivo. Ainda em decorrência de uma hermenêutica constitucional sistemática, vê-se que a competência legislativa ordinária compete ao Poder Legislativo, cabendo ao Poder Executivo somente uma competência legislativa excepcional.

A Constituição de 1988 reconhece a tendência universal em sujeitar a regra da técnica da separação de poderes à realidade da sociedade contemporânea, distribuindo a competência legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo, e, no campo da função legislativa do Poder Executivo decorrente de atribuição própria, previu, em seu artigo 62, a medida provisória. Apenas que, atenta aos princípios constitucionais do regime democrático, do sistema presidencialista, previu a medida provisória em bases de absoluta excepcionalidade. Dessa maneira, e não obstante ser ato legislativo, tanto que prevista com força de lei, fora dos casos de urgência e relevância, não se justifica a edição da medida provisória. Portanto, segundo a técnica da separação de poderes, nessa vertente, a competência legislativa ordinária é exercida pelo Poder Legislativo, ao passo que, excepcionalmente, observados os requisitos da urgência e relevância, se admitirá o

exercício de função legislativa por parte do Poder Executivo. Como se observa, o princípio da legalidade contemporânea, quanto à procedência da lei, é mais amplo do que o princípio da legalidade clássica.

A Constituição, entretanto, não previu a técnica de separação de poderes apenas segundo a vertente examinada. Se assim fosse, a medida provisória poderia, ainda que observadas as suas bases de excepcionalidade, reger tudo que, em tese, fosse disciplinável pela lei ordinária. Mas assim não se dá no direito constitucional brasileiro atual. Com efeito, conforme demonstrado nesta dissertação, a Constituição atual, em seu artigo 68, criou uma reserva absoluta ao Poder Legislativo. É que interpretando esse artigo, na perspectiva dos princípios constitucionais do regime democrático e do sistema de governo presidencialista, vê-se que as matérias ali previstas estão fora do alcance da medida provisória. Em suma, nessas matérias, a Constituição consagrou a técnica da separação de poderes, segundo a sua concepção rígida e originária. É, ainda, a consagração do princípio da legalidade clássica, em que a competência legislativa é exercida monopolisticamente pelo Poder Legislativo.

Como se observa, são duas as vertentes da técnica da separação de poderes previstas na Constituição de 1988, cabendo ao intérprete, em nome do princípio hermenêutico da unidade, prestigiar ambas, e, por consequência, dar conta da tarefa de identificar o âmbito de incidência de cada uma delas.

Ora, o tributo, por ser um mecanismo expropriatório de parte do patrimônio do particular, afetando, em consequência, o direito de propriedade, que se trata de um direito individual (artigo 5º, XXII), integra o rol de matérias do artigo 68, no seu inciso II. Sendo assim, a medida provisória não serve para disciplinar a criação ou majoração de tributos.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, admite que a medida provisória pode criar ou majorar tributos. Igualmente, observando o seu entendimento em gênero sobre a medida provisória, admite a reedição e a convalidação da medida provisória em matéria tributária, desde que observadas as seguintes regras: i) a reedição deve ocorrer dentro do prazo constitucionalmente previsto no artigo 62; ii) silêncio deliberativo do Poder Legislativo, ao cabo do prazo referido.

Sabe-se o papel institucional central do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade no direito brasileiro. De fato, ao Supremo, no controle difuso ou incidental, o qual se exerce em referência a uma lide específica - uma das partes busca se livrar do cumprimento de uma obrigação jurídica, ao argumento de que ela está respaldada em um diploma legal inconstitucional -, competirá, na via do recurso extraordinário, dar a última palavra do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade da lei controvertida (artigo 102, III). É certo que, em tese, a coisa julgada terá eficácia entre as partes. Não é menos certo, entretanto, que a resolução do Senado, prevista no artigo 52, X, serve para emprestar eficácia **erga omnes** ao julgamento referido. Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal encarregou-se, muito bem, por sinal, de construir uma tradição de que, estabelecidos os cânones de interpretação de uma determinada matéria constitucional, tais parâmetros se transformam em uma espécie de precedente para o próprio Supremo, de tal sorte que os julgamentos supervenientes sobre a mesma matéria os observarão. Portanto, as instâncias judiciais, de regra, quando a matéria ventilada é de natureza constitucional, buscam observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E se não seguirem, o próprio Supremo, na via de um outro extraordinário, tratará de fazer prevalecer o seu entendimento.

Não se encerra aí evidentemente o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, outorgado ao Supremo Tribunal Federal. Também há o controle direto ou

abstrato de constitucionalidade. Nele, em um verdadeiro caso de processo objetivo, pois não há na mira do julgador uma relação jurídica determinada, o Supremo decidirá, em primeira, única e irreversível instância, a validade de uma lei, em cotejo com a Constituição. E esse julgamento produzirá eficácia, independentemente de qualquer outro ato, ou de tradição jurisprudencial, desde logo, **erga omnes**, vinculando, portanto, ao seu comando, a administração pública e as demais instâncias judiciais (artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9868/99).

Faz-se esse brevíssimo apanhado sobre o controle constitucionalidade, para destacar que, pelo menos, em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal ocupa um papel fundamental na definição do seu sentido, de tal sorte que não soa absurdo dizer-se que o Supremo Tribunal Federal é que definirá o alcance e a definição dos institutos que compõem o direito constitucional brasileiro. Portanto, não se pode limitar-se a discorrer sobre um aspecto fundamental da distribuição das regras de competência legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo, sem evidenciar o exato sentido a ela estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Em suma, a medida provisória é o que o Supremo Tribunal Federal, nos mais de 12 anos de vigência da Constituição de 1988, disse que foi e é.

Nessa perspectiva, a medida provisória constitui, atualmente, na experiência constitucional brasileira, um malefício institucional de grandes proporções. Exige uma reação imediata do Legislador Constituinte Derivado, mediante a adoção de uma emenda constitucional. Assim afirma-se, porque, sem nenhum controle do mérito dos seus requisitos autorizadores, podendo perpetuar-se no tempo, bastando, para isso, inexistir rejeição expressa do Poder Legislativo, no prazo constitucionalmente previsto, e uma norma de convalidação inserida na medida de reedição, a prática da medida provisória transformou em regra o que a Constituição estabeleceu em regime de exceção: competência legislativa do Poder Executivo. No Estado brasileiro, não se discute mais com

a sociedade qualquer alteração legislativa que seja. Com efeito, basta a vontade do Executivo, a qual manifesta-se sem qualquer publicidade prévia, para a mudança legislativa se consumir.

Transpondo essa prática para a medida provisória em matéria tributária, em verdadeiro descumprimento da regra da reserva absoluta do Legislativo estabelecida no artigo 68, a qual, em princípio, veda a incursão da medida provisória na criação ou majoração de tributo, assiste-se a um caos insuportável aos valores magnos do direito constitucional tributário, notadamente na área da segurança jurídica. De fato, não haverá a possibilidade de se estabelecer nenhum planejamento de vida pessoal ou empresarial, se uma determinada majoração, inserida na 16ª reedição de uma medida provisória, pode, a qualquer tempo, sobrevindo uma rejeição expressa do Legislativo, ser desfeita.

Retomando-se o que foi afirmado, impõe-se a edição de uma emenda constitucional que proíba, de modo a não deixar dúvidas, a incursão de medida provisória nas matérias elencadas no artigo 68 e, mais especificamente, na criação ou na majoração de tributos. A técnica legislativa a ser empregada na emenda constitucional defendida, pouco ou nada importa. O fundamental, isto sim, será revigorar a regra da reserva absoluta do Legislativo na edição de tais normas jurídicas. E, também, restaurar o próprio valor da reserva absoluta do Legislativo, que é o de assegurar um debate amplo e prévio com a sociedade sobre as mudanças legislativas que o Estado pretende dar curso. Especificamente, mais uma vez, em relação ao direito tributário, será indispensável instaurar um debate prévio com a sociedade, antes de qualquer alteração legislativa, sobre as formas e o grau de financiamento que se pretende às ações estatais, notadamente no campo do direito social.

Dentre todos os projetos de alteração do regime atual da medida provisória, tem merecido precípuo destaque na mídia a proposta de Emenda à Constituição - PEC - nº 472, oriunda do Senado, a qual, atualmente, após a aprovação na Casa iniciadora, tramita na Câmara dos Deputados. Especificamente, em relação aos problemas referidos nesta dissertação, observa-se o seguinte: a) amplia-se o prazo para a análise da medida provisória editada, por parte do Poder Legislativo. De trinta, para noventa dias, admitindo-se, ainda, uma prorrogação, por parte do Poder Executivo, caso não haja o exame da medida pelo Poder Legislativo (parágrafos 1º, 2º e 3º, do artigo 62). Transcorrido o prazo e sua prorrogação, ainda que não haja manifestação alguma do Legislativo, proíbe-se a reedição da medida na mesma sessão legislativa; b) prevê-se, ao contrário do regime atual, um elenco de matérias vedadas à disciplina da medida provisória (parágrafo 10 do artigo 62). Conforme se observa, no cotejo entre essa proposta e o artigo 68 da Constituição vigente, apenas explicita, antes de representar qualquer inovação a esse respeito, que as matérias sujeitas à reserva absoluta do Legislativo não sofrem disciplina normativa por meio de medida provisória. Há uma única exceção: não se prevê ali a criação ou majoração de tributos, dando-se a entender que será possível a edição de medida provisória, na criação ou majoração de tributos.¹⁴⁸

De qualquer maneira, se foi o Supremo Tribunal Federal quem criou a criatura, também é quem poderá destruí-la, notadamente, porque, em que pese tradicionalmente observar os seus julgados em matéria constitucional, não há impedimento jurídico algum para que modifique os seus entendimentos. Com efeito, no direito constitucional brasileiro, exceto as decisões proferidas em ADIN e ADCON e em recurso extraordinário, estas quando forem objeto da resolução prevista no artigo 52, X, as decisões judiciais não têm caráter de norma, salvo para as partes litigantes.

¹⁴⁸ cf. Proposta de Emenda Constitucional - PEC - nº 472, do Senado Federal.

Dessa maneira, é perfeitamente possível juridicamente, bastando para tanto a necessária sensibilidade dos juízes que compõem o Supremo, passar-se a não mais se admitir a reedição e a convalidação de medida provisória, inclusive no caso de silêncio deliberativo do Poder Legislativo. Somente a partir daí haveria um desinteresse automático do Poder Executivo no abuso de edição das medidas provisórias, especialmente no campo do direito tributário, pois o Poder Legislativo não conseguiria reunir tempo suficiente para se pronunciar sobre cada uma das medidas provisórias editadas.

Saliente-se que não se está cogitando da alteração de entendimento do Supremo sobre a força normativa da medida provisória em matéria tributária, não porque a mesma não seja, em tese, possível, mas porque já são mais de 30 anos de tradição do Supremo, asseverando que o Poder Executivo, primeiramente, por meio do decreto-lei, e, depois, por meio da medida provisória, pode criar ou majorar tributos. Já, em relação ao problema da reedição da medida provisória, em caso de silêncio deliberativo do Poder Legislativo, há um problema específico da Constituição atual - tal silêncio, no regime do decreto-lei, importava no sua aprovação tácita -, sendo, portanto, uma questão nova. Ademais, há, pelo menos, um Juiz, no Supremo Tribunal Federal, que é o Ministro Marco Aurélio, que vem sistematicamente votando pela inconstitucionalidade das reedições da medida provisória, em qualquer área.

Na Itália, como reações institucionais ao abuso na edição do **decreto-legge**, em primeiro lugar, editou-se a Lei nº 400, de 2 de agosto de 1988, que inadmitiu expressamente a convalidação.¹⁴⁹ Em segundo lugar, a Corte Constitucional encarregou-se de dar fim às reedições de medidas provisórias, julgando-as inconstitucionais, na paradigmática sentença nº 360, de 17 de outubro de 1996, relatada pelo Juiz Enzo Cheli.¹⁵⁰

¹⁴⁹ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 123.

¹⁵⁰ cf. CLÈVE, C. M. *Idem*. *Ibidem*.

No julgamento em referência, a Corte Constitucional italiana decidiu que somente em caso de surgimento de motivos novos, autônomos e, sempre extraordinários, de necessidade e urgência, admite-se a reedição. Tratando-se, ao revés, de mera permanência dos pressupostos que autorizaram a edição do decreto originário, não haverá a possibilidade de reiteração do conteúdo da medida não convertida.¹⁵¹

Encerra-se, assim, esta dissertação, afirmando-se que a busca de um equilíbrio entre os dois pólos que se ocupam do tema da medida provisória é o ideal. Com efeito, não se deve, inclusive em uma eventual e futura emenda constitucional, retirar a força legislativa atribuída à medida provisória pela Constituição atual. Com efeito, não se deve, a pretexto de justificar a in incidência da medida provisória na criação ou majoração de tributos, inutilizá-la. Por outro lado, atento aos diversos valores positivados na Constituição atual, em nome do princípio da unidade, otimizando-os naquilo que for possível otimizá-los, deve-se buscar elencar um determinado rol de matérias fora do alcance da medida provisória, submetendo-o à ação exclusiva do Legislativo, segundo a técnica da separação de poderes, na sua rigidez originária, assegurando, assim, o valor da publicidade dos debates prévios aos atos legislativos.

O direito tributário, na parte da criação e majoração de tributos, por certo, constitui uma matéria que, pela atual ordem constitucional, já se situa fora do alcance da medida provisória. Entretanto, se o Supremo Tribunal Federal assim não reconheceu, que, então, sobrevenha uma emenda constitucional, para estabelecer essa proibição, na linha das considerações acima realizadas. E que, também, o próprio Supremo Tribunal Federal reveja o seu posicionamento, pelo menos, no tocante às práticas da reedição e da convalidação.

¹⁵¹ cf. CLÈVE, C. M. *Medidas provisórias*. p. 124.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medidas provisórias na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

BALLEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rev. e compl. À luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 95, a. 23, jul./set. 1990, p. 29.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998

BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. 4. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. *A teoria das formas de governo*. 5. ed. Trad. de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1988. (Coleção Pensamento Político, 17).

BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed., Tradução Carmen C. Varriale ...[et al.]; coordenação da tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília, Distrito Federal: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 1991. 666p.

BRASIL. Constituição de 1937, decretada em 10 de novembro de 1937. LEX, Legislação Federal Marginalia. a. I, 1937 - I, p. 1-36.

_____. Constituição do Brasil de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967. LEX, Legislação Federal Marginalia, a. XXXI, jan./fev. 1967, p. 167-209.

_____. Constituição Federal do Brasil de 1988, promulgada em 15 de novembro de 1988. LEX, Legislação Federal Marginalia, a. 52, out./dez. 1988, p. 709-807.

_____. Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas sucessivas Alterações/Índice Ana Valdez A. N. de Alencar, Leyla Castelo Branco Rangel, Brasília: Senado Federal, subsecretaria de Edições técnicas, 1986.

_____. Emenda Constitucional nº 1 à Constituição Brasileira de 1967, outorgada no dia 17 outubro de 1969. LEX, Legislação Federal Marginália, jul./out. 1969, p. 1501-48.

_____. Proposta de Emenda à Constituição n. 472 (do Senado Federal).

_____. Supremo Tribunal Federal. ADCON n. 1. Requerentes: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Moreira Alves. DJU 16.6.1995.

_____. _____. ADIn n. 1.320-3. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Relator Ministro Francisco Rezek. DJU, 15 de agosto de 1995. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. _____. ADIn n. 1.753. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Sepulveda Pertence. DJU, 23 de outubro de 1998. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. _____. ADIN n. 1397-DF. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN. Relator Ministro Carlos Velloso. Data de Julgamento 28.4.1997, in RTJ n. 165, pp. 173-80.

_____. _____. ADIn n. 1417-0. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Octavio Galotti. DJU 24 de maio de 1996. <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. _____. ADIn n. 1516-UF. Requerente: Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de julgamento 6.3.1997, in RTJ n. 170, p. 815-34.

_____. _____. ADIN n. 1610-5-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Sydney Sanches. DJU 28.5.1999.

_____. _____. ADIN n. 1659-6. Requerente: Confederação Nacional de Indústria - CNI. Relator Ministro Moreira Alves. DJU de 8.5.1998.

_____. _____. ADIn n. 293-7/600-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Celso de Mello. DJU 16-04-93. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. _____. ADIN n. 295-3-DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro para o acórdão Marco Aurélio. DJU de 22.8.1997.

_____. _____. ADIn n. 365. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Relator Ministro Celso de Mello. DJU, 15 de março de 1991. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>.

_____. _____. ADIN n. 365-8/600-DF (Agravo Regimental). Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Relator Ministro Celso de Mello. DJU 15.3.1991.

_____. _____. ADIN n. 526-DF. Requerente: Federação Nacional dos Sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho-FENASTRA. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento em 12.12.1991, in RTJ n. 145, p. 101-125.

_____. _____. ADIN n. 939-DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Relator Ministro Sydney Sanches. Data de julgamento 15.12.1993, in RTJ 151, p. 755-841.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 146.733-9-SP. Recorrente: União Federal; Recorrida: Viação Nasser S.A. Relator Ministro Moreira Alves. Data de julgamento 29.6.1992, in RTJ n. 143, p. 685-703.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 148754-2. Recorrente: Itparica Empreendimentos e Participações S.A. e Outros; Recorrida: União Federal. Relator Ministro para o acórdão Francisco Rezek. DJU de 4.3.1994.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 221.731-8. Recorrente: Tancredo Neves Pessoa e outros; Recorrida: União Federal. Relator Ministro Moreira Alves. DJU de 18.2.2000.

_____. _____. Recurso Extraordinário n. 223021-8. Recorrente: Maria Semis Lemos Lins; Recorrida: União Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. DJU de 26.6.1998.

CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3. ed., rev. ampl. e atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. 486p.

CARVALHO, Paulo Barros. Medidas provisórias. *Revista de Direito Público*, n 97, Jan./Mar. 1991, RT, p. 42.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, 281p.

_____. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 325p.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro: (comentários à Constituição e ao Código tributário nacional, artigo por artigo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 801p.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 179/180, jan./jun., 1990, p. 58.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas provisórias – sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, RT, n. 45, a. 12, p. 130-41, jul./set. 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 93.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As Medidas Provisórias: Novas Observações, Particularmente Quanto aos efeitos de sua renovação. *Repertório IOB de Jurisprudência, Revista IOB, Primeira Quinzena de fevereiro de 1991, n. 3/91, p. 48-9.*

_____. *Do processo legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 295p.

GRAU, Eros Roberto. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 79, ago. 1990, p. 241.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 107, jul./set. 1990, p. 12.

LAW, G. Law library of Congress. Disponível em: <<http://web2.loc.gov/glin/glinhousehome.html>>. Acesso em 10/12/00.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. 414p.

MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as Medidas Provisórias. *Revista PGE*, São Paulo, jun. 1990, p. 203.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999. 720p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal. In.: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 851p. (Paidéia).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.

MUKAI, Toshio. A reiteração excessiva de medidas provisórias usurpa funções próprias do Poder Legislativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 17, a. 5, p. 322-4, abr./jun. 1998.

NAVARRO, Sacha Calmon. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Conceito de urgência no direito público brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, a. 93, jan./mar. 1993, p. 234.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiro, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, 756p.