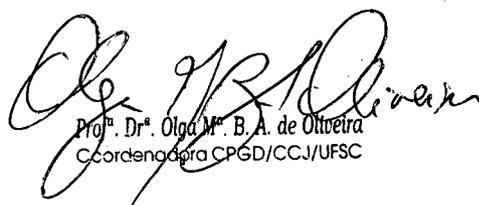


FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI

**MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL
DURANTE O PERÍODO 1994-2002 À LUZ DO GARANTISMO JURÍDICO.**



Prof. Dr. Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

Florianópolis (SC), maio de 2003

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI

**MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL
DURANTE O PERÍODO 1994-2002 À LUZ DO GARANTISMO JURÍDICO**

Dissertação para obtenção do título de mestre apresentada perante banca examinadora no curso de pós-graduação em Direito do CPGD/UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração de Teoria e Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Florianópolis (SC), maio de 2003

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI

**MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL
DURANTE O PERÍODO 1994-2002 À LUZ DO GARANTISMO JURÍDICO**

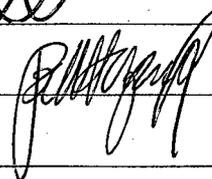
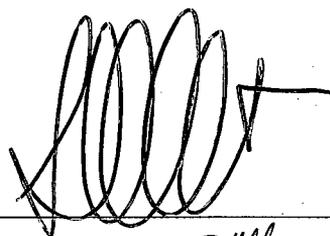
Dissertação analisada e aprovada pela banca examinadora formada pelo CPGC/UFSC.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori:

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar:

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia:



Florianópolis (SC), maio de 2003

Aos Professores Doutores Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Ella Wiecko Volkmer de Castilho, Jeanine Nicollazi Philipi, Antonio Carlos Wolkmer, Orides Mezzaroba e especialmente ao Professor Doutor Sérgio Cademartori, as homenagens e o respeito pela conduta profissional e pela inestimável bagagem acadêmico-científica.

A meus pais e à minha esposa, o agradecimento pela compreensão e amor sempre presentes.

RESUMO

O trabalho trata da pesquisa desenvolvida a respeito do uso de competências normativas em matéria tributária pelo Poder Executivo federal brasileiro, em especial através das medidas provisórias, durante o período compreendido entre os anos de 1994 e 2002, bem como suas conseqüências para os direitos e garantias individuais dos cidadãos à luz da teoria geral do garantismo jurídico.

Para tanto, desenvolve-se uma exposição sobre o Estado, sua evolução histórica, seus caracteres marcantes e a crise contemporânea pelo mesmo enfrentada, após o que expõe-se a teoria geral garantista e a proposta trazida por seus defensores em oposição ao positivismo jurídico tradicional, causa e conseqüência da crise mencionada anteriormente para que seja possível então, no terceiro capítulo do desenvolvimento da dissertação adentrar ao tema central da pesquisa, qual seja, o uso de medidas provisórias em matéria tributária, respondendo-se então às perguntas que serviram como hipóteses para o início da pesquisa: o uso de medidas provisórias em matéria tributária no regime jurídico brasileiro dentro do período delimitado para os fins da presente pesquisa atentam contra os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos nas duas situações visualizadas: a) Quando tais medidas provisórias criaram novas obrigações e deveres para os contribuintes? b) Quando referidas medidas provisórias instituíram benefícios e vantagens para os contribuintes?

Assim desenvolve-se o trabalho de modo tal a que seja possível responder à estas questões de modo seguro e com base na teoria garantista, à luz de postulados e propostas formulados por esta, conforme as considerações expostas ao final do trabalho.

ABSTRACT

The research is about the use of legal powers used by the Brazilian President to treat tax topics, mainly the called “medidas provisórias”, during the period of time between 1994 to 2002 and all the consequences to the individual rights and security having as background the general theory of “garantismo jurídico”.

It will be necessary to develop an exposition about the State, its historical evolution, its main characters and the its present crisis. After this, the general theory of “garantismo jurídico” was showed as well its purposes against the traditional “positivismo jurídico”, cause and consequence of that above mentioned crisis. So it will be possible to develop the main topic of the research in the third chapter which is about the use of the “medidas provisórias” on tax topics when it is going to be answered the questions that were the hypothesis to begin the research: Does the use of “medidas provisórias” about tax topics in the Brazilian legal system during the period 1994-2002 cause damages to the citizens’ fundamental rights in two situations: a) when these “medidas provisórias” create new obligations and tasks to the tax payers? b) when these “medidas provisórias” give benefits and advantages to the tax payers?

It was on this way that the research is shown which makes possible to answer safely both questions that were exposed above, based on the “garantista” law theory, taking its purposes and willings as it can be read in the end of the exposition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
CAPÍTULO 1: O ESTADO: EVOLUÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONALIDADE	06
1.1 – A evolução histórica do Estado	06
1.1.1 – A Antigüidade clássica	08
1.1.2 – A Idade Média e a pulverização do poder político	11
1.1.3 – A Revolução Francesa e o nascimento do Estado Moderno	14
1.1.4 – A crise do Estado Moderno e o Estado Contemporâneo	19
1.2 – Estado como organização política contemplada numa fase histórica	23
1.3 – Atribuição de poder aos órgãos do Governo	30
1.4 – A separação de poderes e sua adaptação ao contexto atual do Estado	37
1.5 – Limitação do poder como garantia da segurança jurídica	45
CAPÍTULO 2: O GARANTISMO JURÍDICO E A VALIDADE DAS NORMAS	52
2.1 – Primeiras considerações	52
2.2 – O garantismo como teoria crítica ao positivismo tradicional	53
2.3 – Direitos fundamentais e sua garantias	60
2.4 – Vigência, validade e eficácia das normas jurídicas	69
2.4.1 – Vigência, validade e eficácia	69
2.4.2 – Validade formal e validade substancial	73
2.4.2.1 – Validade formal	74
2.4.2.2 – Validade material	75
2.4.3 – Releitura garantista da diferença entre validade, vigência e eficácia	77
2.4.4 – Juízos de vigência e de validade normativa	84
2.5 – Garantismo e democracia	86
2.5.1 – A representatividade como instrumento democrático	87
2.5.2 – Os limites do legislador: liberdades e direitos sociais	91
2.5.2.1 – Limites negativos ao legislador – campo a ele vedado	92
2.5.2.2 – Limites positivos ao legislador – obrigação de legislar	93

2.6 – Legitimação garantista das normas jurídicas	95
CAPÍTULO 3: O REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM FACE DO GARANTISMO: SEU USO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	102
3.1 – Considerações introdutórias	102
3.2 – Origem das “mp’s” e distorção de seu uso no regime presidencialista	106
3.3 – Competência regulamentadora e limites materiais das medidas provisórias	116
3.4 – Risco para o processo democrático x necessidade de agilidade do processo normatizador (perspectiva funcionalista : necessidade de funcionamento sistemático ou prevalência da lógica garantista?)	122
3.5 – Invalidade substancial das medidas provisórias veiculadoras de obrigações e deveres em matéria tributária: ofensa aos direitos fundamentais	130
3.6 – Crise de representatividade: crise legislativa e crise de legitimidade	136
3.7 – Medidas provisórias atributivas de direitos ou ampliadoras de prerrogativas ao contribuinte	141
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa se propõe a analisar as conseqüências resultantes do uso de medidas provisórias em matéria tributária no Brasil à luz da teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Para tanto, são procedidas análises prévias baseadas em revisões bibliográficas relativas a aspectos importantes para os fins da pesquisa.

Neste sentido, inicia-se com uma retrospectiva histórica do Estado enquanto forma de organização política, desde a Antigüidade clássica, passando pela Idade Média e chegando à Modernidade, a partir de quando se estruturou o Estado nacional baseado na idéia contratualista, a qual implicou em teorias desenvolvidas a partir de então, tais como aquela relativa à separação dos “Poderes” e à limitação destes como forma de preservar a segurança jurídica, a igualdade e outros princípios fundamentais, inerentes à dignidade humana. Como contraponto, surgem também considerações relevantes acerca da atual crise do Estado contemporâneo que se expressa de modos diferentes sob o prisma da teoria geral do garantismo, cuja análise ocorre em seguida àquela procedida quanto ao Estado.

Procede-se então a uma descrição da teoria garantista enquanto teoria crítica do positivismo jurídico tradicional, asseguradora, na visão de seus seguidores, dos direitos e garantias fundamentais, cujas especificidades também são destacadas, assim como a releitura dos conceitos de validade, vigência e eficácia propostas pelo garantismo, destacando-se a diferenciação entre validade formal e material das normas jurídicas até chegar-se ao ponto referente à ligação existente entre o garantismo e a democracia, o que implica a existência de limites à atividade exercida pelos legisladores, sejam limites negativos que impedem a atuação do legislador num dado sentido, sejam limites positivos que impõe a atuação necessária do legislador para os fins de garantir a efetivação dos

direitos fundamentais do cidadão, procedendo-se então a considerações sobre a legitimação das normas jurídicas à luz da proposta garantista.

Finalmente, após devidamente preparado o caminho, adentra-se na questão central do presente trabalho qual seja, aquela relativa ao uso das medidas provisórias em matéria tributária à luz do garantismo jurídico no regime brasileiro, dentro do período de tempo delimitado: 1994 até 2002, considerando-se ainda, em meio à tal delimitação, a Emenda Constitucional 32/2001 que alterou o regime jurídico das medidas provisórias.

Desenvolvem-se então considerações a respeito da fonte de inspiração da instituição das medidas provisórias no Brasil, bem como a distorção quanto a sua utilização abundante em regime presidencialista e os riscos para o processo democrático e os direitos fundamentais do cidadão resultantes de tal uso, particularmente em temas afetos à tributação, sendo consideradas no mesmo contexto, as limitações materiais para o uso de referido instrumento normativo em tema tributário durante o período de tempo delimitado para os fins da pesquisa em referência, à luz de uma verdadeira crise de representatividade expressa em dois aspectos: a) uma crise de legalidade; b) uma crise de legitimidade.

Ao final responde-se às perguntas decorrentes das hipóteses propostas: serem válidas ou inválidas, sob o ponto de vista material, as medidas provisórias em matéria tributária, no período de tempo objeto de consideração, impositivas de deveres e de mudanças na sistemática tributária, bem como aquelas outras, que tenham atribuído direitos ou ampliado prerrogativas do cidadão contribuinte.

Para o desenvolvimento do presente trabalho de pesquisa foi utilizado o **método indutivo**, tendo sido utilizada como técnica de pesquisa a **documentação indireta**, sob a forma exclusiva **bibliográfica** mediante consultas a livros, artigos científicos, monografias jurídicas e textos de lei.

CAPÍTULO 1

O ESTADO: EVOLUÇÃO, ESTRUTURA E FUNCIONALIDADE

1.1 - A evolução histórica do Estado:

Descrever aspectos relativos à evolução histórica do Estado, sua estrutura e funcionalidade, não constitui missão fácil à vista da complexidade que cerca o assunto, bem como das diferentes abordagens possíveis, além das divergências doutrinárias e ideológicas. Contudo, tendo por escopo uma análise científica de cunho preparatório para o desenvolvimento do tema central da presente pesquisa, é importante proceder a um estudo analítico de tais questões.

A dificuldade referenciada deve-se à enorme variedade de problemas envolvidos no Estado, assim entendido como organização jurídico-política. Parafraseando o professor Nicos Poulantzas¹, não é possível definir a materialidade institucional do Estado tomando como referência apenas a dominação política. Há que se considerar as funções econômicas do Estado, a luta política, as divergências entre as classes sociais e a articulação de todos estes fatores à luz do capitalismo reinante no Estado moderno. Neste sentido, a base da materialidade institucional do Estado é formada por suas funções econômicas conectadas às relações de produção em sua especificidade capitalista.

Entretanto, o Estado moderno, ou mais propriamente até, o Estado contemporâneo, cuja crise é destacada por grande parte dos pensadores, constitui fase mais recente e “avançada” desta forma de organização política a qual atribuiu-se a denominação “Estado”. Com efeito, um esboço histórico permite aferir quatro tipos

¹ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 4ª ed, 2000;

diferentes de organização política, encadeadas numa ordem cronológica mais ou menos delimitada:

a) Estado antigo: representado pela “pólis” – cidade-Estado – a qual na verdade não dispunha dos requisitos entendidos mais tarde como necessários para a configuração do Estado propriamente dito;

b) Estado medieval: surgido com o fim do Império Romano e divisão de poder e territórios daí resultantes, período no qual o mundo ocidental assistiu a profundas modificações políticas, sociais e econômicas com o enfraquecimento do poder central. Trata-se de uma fase histórica em que surgem os primeiros elementos que caracterizarão o Estado moderno, destacando-se a obra de Maquiavel: “O príncipe”;

c) Estado moderno: início histórico marcado pela Revolução Francesa com a formulação mais trabalhada da tese da separação dos poderes, cuja origem remonta a Aristóteles. Nesta fase desenvolveu-se o “contratualismo” com autores como Rousseau e Emmanuel Kant. A Constituição passou a constituir a base do ordenamento jurídico do Estado. Trata-se de uma oposição à organização política medieval. O Estado moderno é o Estado de direito no qual impera a vontade da lei, surgindo em decorrência, a primeira categoria de direitos – os chamados direitos fundamentais. O direito passa a controlar sobre o exercício do poder;

d) Estado contemporâneo: em linhas gerais poder-se-ia afirmar que o Estado contemporâneo surge a partir da Constituição de Weimar, com o fim do Império alemão em meados da década de vinte, no século passado. Surge a segunda categoria de direitos – os direitos sociais e os direitos de representação. É a fase na qual aparece o direito de exigir a garantia dos direitos. Embora com aspectos distintos do Estado moderno, o Estado contemporâneo não representa uma ruptura com aquele. Continua-se ainda sob a lógica do Estado moderno, redefinindo-se apenas alguns de seus conceitos como, por

exemplo, as formas de representatividade dos cidadãos e de participação destes nos órgãos de governo a fim de legitimar as ações deste.

Desta forma, é oportuna uma análise mais pormenorizada de cada uma destas fases evolutivas da história e da conseqüente evolução do Estado em cada uma delas, ressaltando-se alguns aspectos de interesse mais direto para o tema central da presente pesquisa.

1.1.1 - A Antigüidade clássica:

Quando se trata da Antigüidade logo vêm à mente as sociedades grega e romana, as quais realmente exerceram profundas influências na formação da sociedade ocidental, com reflexos até hoje percebidos. Juntamente com os judeus, as civilizações grega e romana constituem as grandes matrizes culturais do mundo ocidental.

A organização política na Antigüidade, conforme já destacado anteriormente, era baseada na chamada cidade-Estado. Na obra organizada pelo professor Antonio Carlos Wolkmer² é destacada a influência da religião e da família no processo de constituição da cidade. Na Grécia as “fratrias” e em Roma as “cúrias” – união de famílias – juntavam-se e fundavam tribos, as quais por sua vez, reunidas, constituíam as cidades. Cada “fratria” ou “cúria” possuía um culto religioso próprio, cuja afinidade com as demais originava a organização política e social.

As cidades cresciam à medida que as conquistas bélicas traziam mais escravos. O Império, notadamente o romano, desenvolvia-se e enriquecia-se com a anexação de territórios dos povos derrotados. Os escravos não eram cidadãos, não dispunham de direitos, até porque cultuavam deuses diferentes. A crença religiosa não

² WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de história do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

exerceu forte influência sobre a sociedade, sobre o “Estado” e sobre o direito somente na Idade Média. Também na Antigüidade se deu tal fenômeno. Além da família e da religião, a propriedade constituía um aspecto fundamental na organização política de Grécia e Roma. Formava-se assim uma espécie de triângulo de poder. Segundo a obra mencionada³:

“...a influência da religião apareceu com mais força no direito de família, e não no patrimonial, devido à base econômica escravagista.”

Tendo em vista não se poder falar propriamente de um Estado grego, posto que a base da organização política na Grécia antiga era constituída pelas cidades-Estado, não estando aí presentes os elementos do Estado contemporâneo mais adiante explicitados, é oportuno mencionar Aristóteles⁴ e sua preocupação com o bem viver, entendido segundo o mesmo, como uma preocupação do Estado, talvez a origem histórica da função estatal com o bem público, embora obviamente devam ser consideradas as ressalvas necessárias, posto que a Grécia antiga era uma sociedade machista, escravagista e na qual idealizou-se a democracia como governo do povo, porém restringindo-se enormemente a cidadania, ou o que entender-se-ia mais tarde por cidadania. Ocorre que o importante para o escopo do presente trabalho é a afirmação de Aristóteles na obra mencionada⁵ nos seguintes termos: *“O bem é aquilo a que todas as coisas tendem”*. Aristóteles ressalta então que a felicidade é uma questão de Estado, por isso os governos devem buscar alcançá-la. Acaba sendo a finalidade da política – o bem estar. O bem geral justificaria as ações e planos dos governantes. Até hoje, esta base aristotélica fundamenta os discursos políticos.

³ Ob. Cit., p. 138;

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Victor Civita, 1979

⁵ Ob. Cit., p. 49;

Com a consideração já feita, de que a organização política antiga era bastante diferente daquele vigente no Estado contemporâneo, há que se mencionar que Roma, por exemplo, ao longo de toda sua história política sempre se baseou na desigualdade, expressa quer na desconsideração dos escravos e das mulheres, quer no não reconhecimento de direitos àqueles desprovidos da propriedade, a qual, por sua vez, era atribuída de modo discricionário pelo Estado à medida em que novas possessões eram anexadas ao território romano com o êxito nas sucessivas batalhas e guerras que fizeram a grandiosidade dos romanos. Aliás, o que se poderia chamar mais propriamente de organização política romana, ao invés de Estado romano, compreendeu três fases diferentes quais sejam: a) Realeza, desde as origens de Roma até o ano 510 a.C., com forte influência teocrática; b) República, do ano 510 a.C. até o ano 27 a.C., com aumento do prestígio das magistraturas; c) Império, de 27 a.C. até 585 d.C.

Ressalte-se que o ambiente cultural e moral da organização jurídico-política romana levou a um direito baseado em fraudes que beneficiavam os mais fortes, prevalecendo pois, a desigualdade, além do que não havia por assim dizer um poder público coativo e exterior que fosse capaz de impor a sanção jurídica de forma organizada e centralizada. É possível afirmar que o “Estado romano”, entendendo-se com as devidas ressalvas o uso de tal expressão, já que em Roma não estavam presentes todos os elementos do conceito de Estado moderno e/ou contemporâneo mais adiante explicitados, preocupava-se basicamente com o aumento dos contingentes do exército, bem como com seu treinamento a fim de prosseguir com as empreitadas bélicas, fazendo uso de critérios discricionários e de inúmeras formas de privilégios para distribuir a propriedade e povoar as novas possessões, preservando o instituto da família, cujo regramento jurídico até hoje influencia a sociedade ocidental, além de dar um tratamento jurídico muito particular à propriedade, a qual pertencia à família, pelo que era intransferível; observe-se que o instituto da “hipoteca” surgiu somente na época medieval. O “Estado” romano desenvolveu métodos próprios da Administração Pública, construindo-se grandes obras urbanísticas (redes de esgoto e canais pluviais, estradas e ruas etc), financiadas mediante

trabalho escravo e arrecadação de impostos, obviamente de modo desigual a fim de privilegiar as classes mais abastadas.

Inicialmente a aplicação do direito se dava apenas com base nos editos dos magistrados, o que gerava casuísmo e incerteza, fatos estes que levaram a plebe a pleitear a elaboração de leis escritas pelo “Estado” e toda a evolução daí resultante em diferentes áreas: direitos de vizinhança, posse e propriedade, direito de família etc.

A queda do Império Romano dá início a uma nova fase histórica e conseqüentemente a uma nova forma de organização política, uma nova forma de “Estado”, sempre ressaltando-se o uso da expressão no período anterior ao aparecimento do Estado moderno ou “Estado nacional” para alguns⁶. Na obra organizada pelo professor Antonio Carlos Wolkmer⁷, já referenciada anteriormente, são apontados vários fatores que contribuíram para a queda do Império Romano, tais como o colapso da economia escravagista, a falência dos pequenos agricultores em face do fluxo gratuito de cereais das colônias conquistadas – pilhagem romana –, o aumento da massa de desocupados urbanos que exigia gastos vultuosos do “Estado”, além do colapso da Administração romana e da decadência do exército romano, cuja maioria era composta por mercenários.

1.1.2 - A Idade Média e a pulverização do poder político:

No período medieval ocorreu uma mudança nos regimes econômico e político. Com a divisão do grande Império Romano houve uma tendência ao enfraquecimento do poder dos monarcas. As terras foram divididas em grandes latifúndios chamados feudos. Seus proprietários – os senhores feudais – exerciam um poder ilimitado sobre as mesmas e sobre aqueles que para eles trabalhavam, cultivando a

⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 3ª ed., 2002, 229p.

⁷ Ob. Cit., p. 139;

terra – os vassallos – os quais em troca de proteção conferida pelo senhor feudal entregavam quase toda a produção. O vínculo feudal foi um forte instrumento de dominação. A Igreja Católica também passou a exercer uma enorme influência, maior até do que a exercida pelos monarcas. Inúmeros fatores lembrados por Rogério Dutra Santos⁸ na obra organizada pelo professor Antonio Carlos Wolkmer levaram ao fortalecimento de ambos – Igreja e feudalismo –, dentre os quais podem ser citados: a) atomização do espaço político com a invasão dos povos germânicos; b) surgimento de inúmeros sistemas de governos menores e autônomos; c) confusão entre propriedade e autoridade; d) fim das relações públicas entre indivíduo e Estado, posto que a proteção passou a ser conferida pelos próprios senhores feudais; e) concentração progressiva da propriedade; f) relações de produção diferenciadas baseadas em vínculos de subordinação pessoal; g) aparecimento dos feudos como estrutura econômica, jurídica, social, moral e política.

É mister também lembrar que a Igreja Católica era a maior latifundiária, tendo sido eleita ainda como apta e legitimada a resolver e controlar litígios que envolviam questões de dominação, apropriação de terras, invasões e conflitos armados. A figura do Papa também surgiu como ente protetor e animador da fé católica. O poder e a influência chegaram a tal ponto que o Direito Canônico passou a ser a base de um grande controle jurídico exercido sobre as sociedades que habitavam o território da atual Europa.

A Igreja Católica acaba por romper com o regime escravocrata romano e com a hierarquia e o militarismo. Nega o caráter divino do imperador e a legitimação para o exercício do poder que até então constituía a base de sustentação filosófica da organização política. A Igreja também fortaleceu a idéia do Cristianismo como religião de Estado.

⁸ Ob. Cit., p. 217 e ss;

No mundo feudal conviveu-se com a diversidade e a multiplicidade do direito o que implicou numa dificuldade quase intransponível de identificar normas gerais, aptas a resolver de modo incontestável os conflitos interindividuais, tão comuns na vida em sociedade. Coexistiam o direito da Igreja, o qual exprimia preceitos espirituais e morais, e o direito burguês, edificado em torno da atividade econômica e do comércio.

A verdade é que toda a organização política e jurídica medieval era caracterizada por uma fortíssima influência da Igreja Católica, influência esta que não conhecia fronteiras. A institucionalização canônica dogmática funcionou como um verdadeiro instrumento para a construção, manutenção e manipulação da verdade que fundamentava a política autoritária imposta pela Igreja Católica durante todo o período conhecido como Idade Média. A relação entre Estado e Igreja ao longo desta fase sempre esteve baseada na dogmática canônica, utilizada como instrumento de disciplina, alienação e sujeição teórica e social, tendo como fim o controle e manipulação sociais. Lembre-se da inquisição, verdadeiro instrumento repressivo criado para controlar os revoltosos opoentes aos cânones e às determinações da Igreja; que criava o mito da verdade e censurava a realidade. O resultado foi a pulverização do poder político entre vários reinos e monarquias, e principalmente, entre os inúmeros titulares dos feudos, os quais conviviam com o imenso poder temporal.

Há que se destacar também, a dualidade de regimes jurídico-políticos durante o período medieval. Em que pese a força do Tribunal Eclesiástico, havia também o Tribunal Real. Na França por exemplo, o juiz era o próprio rei. Embora pudesse julgar sozinho, ele o fazia assistido por seus conselheiros. Os processos mais importantes eram submetidos à Cúria (plenário do tribunal real), cuja presidência era exercida pelo rei.

Esta dualidade entre Estado e Igreja Católica é resultado de uma relação de interesses recíprocos que uniu durante séculos o poder temporal ao poder real, um beneficiando-se do outro. Os monarcas mantendo possessões de terra, uma série de

privilégios e um certo controle sob a forma do poder de julgar conflitos levados ao Tribunal Real. A Igreja com a disseminação do catolicismo, o reconhecimento deste como religião única do Estado, a propriedade de vastas áreas de terra e o poder daí resultante. Trata-se de uma simbiose duradoura que produziu resultados desastrosos sob o ponto de vista social, promovendo a desigualdade, institucionalizando privilégios, cometendo abusos e injustiças, tudo legitimado pela fé cristã, cujas divergências com os monarcas sempre acaba resolvendo-se em nome de Deus e da Santa Inquisição durante boa parte do período medieval. Foi um período em que o poder foi utilizado como instrumento de conquista e preservação de regalias e benesses para os integrantes do clero e da realeza, desconsiderando-se a enorme massa de trabalhadores – vassallos, campesinos etc – além dos comerciantes, cuja união de forças embasada pelo pensamento filosófico fermentado no final da Idade Média acabou desembocando em nova fase histórica, cujo marco inicial é referenciado como a Revolução Francesa, surgindo aí o Estado Moderno, na verdade uma nova fase evolutiva da organização política.

1.1.3 - A Revolução Francesa e o nascimento do Estado Moderno:

Foi a classe burguesa, constituída por comerciantes, artesãos e pequenos “empresários” – se é que é correto utilizar este termo num período tão distante do atual – é que iniciou o movimento que desembocou na Revolução Francesa. Cansados dos benefícios e privilégios da aristocracia e do clero, a burguesia, responsável pelo sustento econômico do Estado, sempre desprestigiada e jamais ouvida em suas reivindicações, rompe com o “status quo”, extinguindo a monarquia, tomando o poder e lançando as bases para uma nova organização política. O movimento revoltoso toma a Bastilha num ato simbólico, promove um “mar de sangue” e uma fase de profunda instabilidade, típica de momentos de transição política. É claro que deve-se observar que as diferentes fases evolutivas não foram estanques; de outro lado, os marcos históricos foram escolhidos simbolicamente, já que o fim de um período e o início de outro

decorrem de lenta evolução. Assim, o pano de fundo do movimento que desaguou na Revolução Francesa e ascensão da classe burguesa ao poder foi o iluminismo, o liberalismo e o racionalismo. Analisando as idéias que permearam a modernidade e conseqüentemente o direito nela produzido, Wolkmer⁹ procede a uma análise muito oportuna em outra obra:

“A cultura jurídica produzida ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa Ocidental, resultou de um complexo específico de condições engendradas pela formação social burguesa, pelo desenvolvimento econômico capitalista, pela justificação de interesses liberal-individualistas e por uma estrutura estatal centralizada. Esse entendimento não só compartilha da idéia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas.”

É neste contexto que surge o chamado Estado moderno, dentro do período histórico conhecido como “Modernidade”, marcado por algumas características bem particulares, dentre as quais destacam-se as seguintes:

- a) racionalização, a qual na economia levará mais tarde ao capitalismo, na Administração levará à burocracia, na filosofia levará ao positivismo e no direito levará à dogmática;
- b) tecnicismo e empirismo;
- c) centralização do poder e advento de Estados nacionais não-absolutistas caracterizados pela soberania – produção normativa concentrada no Estado;
- d) apego ao materialismo, entendendo-se o progresso como sinônimo de felicidade;

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.24;

e) proprietarismo, com a garantia da propriedade, da riqueza e da apropriação da natureza pelo homem;

f) prevalência dos princípios do Estado, do mercado, da comunidade e da liberdade – lembre-se aqui dos princípios que nortearam a Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade;

g) soberania, a qual constitui o principal ponto de apoio do direito enquanto produção normativa emanada do Estado (fonte oficial e legítima de produção normativa). Isto se deve ao fato de que os comerciantes – burgueses e capitalistas – necessitavam de um Estado forte que produzisse normas jurídicas para garantir os interesses da classe dominante. O direito estaria então a serviço da classe dominante assim como à época da Idade Média, porém agora a classe dominante era a burguesia e não mais a Igreja Católica.

O liberal-individualismo constitui uma proposta ideológica adequada às necessidades de um novo mundo que surgia na modernidade. Adequava-se também à legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da nova era. Observe-se apenas que **o trânsito para a modernidade foi lento e gradual.**

É neste contexto que surge uma nova forma de organização política. Superado o domínio da Igreja Católica e o absolutismo real que no final da Idade Média exerceu o poder de modo abusivo e ilimitado, são fundadas as bases do Estado moderno, Estado nacional ou mais precisamente daquilo que efetivamente se entende como “Estado”, ou na clássica definição, um povo assentado sobre uma base territorial com governo soberano. Na verdade as bases desta nova forma de organização política já haviam sido lançadas por Nicolau Maquiavel em sua obra *O príncipe*, por volta do século

XVI quando afirma o seguinte: “*Todos os Estados, todas as dominações que tiveram e têm o império sobre os homens foram e são repúblicas ou principados.*”¹⁰

Os três elementos classicamente indicados como integrantes do Estado quais sejam, o poder político, o povo e o território, são destacados por Luciano Gruppi¹¹:

“...o Estado é um poder político que se exerce sobre um território e um conjunto demográfico (isto é, uma população ou um povo); o Estado é a maior organização política que a humanidade conhece.”

Ainda segundo Gruppi¹², desde seu nascimento, o Estado moderno apresenta dois elementos que o diferenciam dos Estados antigos: a) sua soberania, a qual impede que a autoridade do Estado dependa de alguma outra autoridade; b) a distinção entre o Estado e a sociedade civil, o que evidencia-se no século XVII, particularmente na Inglaterra com a ascensão da burguesia. Enquanto o Estado medieval era patrimonialista, no sentido de que constituía propriedade do senhor, na Modernidade há uma identificação entre o Estado e o monarca.

Já na lição de Miguel Reale¹³ a formação histórica do Estado é resultado de um processo longo e complexo de integração e discriminação que envolve inúmeros fatores: geográficos, étnicos, militares, econômicos etc. Esta integração crescente ocorreu em vários sentidos, cuja origem iniciou-se no final da Idade Média, através de uma série de acontecimentos: a) alargamento dos domínios das monarquias absolutas; b) atos coordenados de diplomacia, relativos a compras, cessões e trocas de territórios; c) supressão das prerrogativas de barões e dos entraves corporativos existentes; d) predomínio de um dialeto em detrimento dos demais, tornado oficial e

¹⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 156p;

¹¹ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Tradução de Dario Canali. Porto Alegre: LPM. 16ª ed, 2001, p. 07;

¹² Ob. Cit., p. 10;

¹³ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000p. 42 e ss;

consagrado pela literatura; e) estipulação e demarcação de fronteiras consideradas inflexíveis e imodificáveis; f) constituição de um aparelho administrativo que correspondia aos interesses divergentes, acompanhado de segurança jurídica oriunda de um direito único; g) supremacia da lei sobre o direito consuetudinário, o qual era regional e pluralista; h) força militar que acabou por instrumentalizar a garantia dos interesses e direitos nacionais; i) progressiva unificação da jurisdição em face do reconhecimento do princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei; j) integração cultural resultante do reconhecimento de valores e crenças comuns, dando origem à Nação.

Miguel Reale¹⁴ ensina que:

“...assim surgiu o Estado moderno, com um território que um povo declarou seu, com um povo que se proclamou independente perante outros povos, com um poder que, pela força e pelo direito, se organizou para a independência do território e do povo.”

A posição e os objetivos do Estado moderno se diferenciam daqueles das anteriores estruturas de poder. Na Grécia antiga, por exemplo, o “Estado” tinha dentre suas funções a de assegurar e proporcionar a felicidade aos cidadãos, embora a classe destes se restringisse a uma minoria, conforme inclusive ensinado por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*. Já o Estado moderno passa a exercer outras funções, possui características próprias, fazendo, seguindo e executando suas próprias leis, concentrando aliás, de modo exclusivo a produção normativa em face da separação entre o poder temporal e o poder real. O poder do Estado na modernidade é exercido de modo controlado. O Estado atua mediante um direito único e oficial. A legalidade produzida na modernidade é geral, abstrata e impessoal. Trata-se de um direito estatal, centralizado,

¹⁴ Ob. Cit., p.44;

escrito, normativo e previsível que garante segurança e certeza jurídicas. Conforme bem expresso por Antonio Carlos Wolkmer¹⁵:

“... sua estrutura técnico-formal é constituída por um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal.”

Este em linhas gerais o contexto que cercou o surgimento e a formação do Estado moderno, sucessor da forma de organização do poder vigente durante o período medieval.

1.1.4 - A crise do Estado Moderno e o Estado Contemporâneo:

O Estado moderno nasceu primeiro absolutista e com a ascensão da burguesia torna-se racionalista e individualista, assegurando a liberdade de que necessitava a classe burguesa, mediante uma organização jurídica baseada no positivismo e na burocracia dos órgãos estatais, com a aplicação da ideologia desenvolvida pelo iluminismo. O contratualismo proposto e sistematizado por inúmeros pensadores como Rousseau e Kant constitui a base jurídica do Estado, estruturado nos termos de uma Constituição baseada numa norma fundamental, legitimada e aceita como a matriz do ordenamento estatal. Passou-se a controlar o exercício do poder, submetendo-se o Estado às leis elaboradas em seu próprio âmbito, assegurando-se os direitos individuais: a vida, a liberdade e a propriedade, princípios ainda hoje consagrados nas diversas Constituições ocidentais. Contudo, somente mais tarde surgiu o Estado social, preocupado com os direitos de âmbito mais amplo que os meramente individuais. Estes direitos sociais têm lugar com a incorporação de novas funções pelo Estado, através de reivindicações de cunho assistencialista. É o aparecimento do “Welfare State” ou “Estado do Bem-estar”.

¹⁵ Ob. Cit., p. 27;

Os problemas oriundos da funcionalidade do Estado moderno e a crise do mesmo acabaram por resultar num Estado contemporâneo com características próprias. Costuma-se designar como marco histórico do início deste Estado contemporâneo a fundação da República de Weimar na Alemanha, oriunda da nova Constituição promulgada após o final da Primeira Grande Guerra e que culminou com o fim do regime imperial alemão. Os esforços empreendidos pelo país durante o conflito mundial tornaram as condições do povo mais precárias. Havia falta de professores nas escolas, escassez de gêneros alimentícios, desnutrição das pessoas, início progressivo da inflação e descrédito do povo em relação à família imperial, o que acaba por culminar na reforma do Estado alemão. Em 1919 é promulgada a nova Constituição na cidade de Weimar – daí o nome atribuído ao novo Estado – estabelecendo-se uma república federativa com atribuição limitada de algumas competências legislativas e administrativas às províncias, chamadas “länder”.

Segundo Lionel Richard¹⁶:

“... a República de Weimar provinha de uma revolução esmagada. De um retorno à ordem fundada numa aliança entre as antigas camadas sociais influentes sob Guilherme II, os quadros do exército imperial e os dirigentes do Partido Social-Democrata.”

Assim, seguiu o novo Estado alemão em meio à crise, à fome do povo, à miséria, à escassez de recursos à tremenda crise econômica com inflação desenfreada e à opulência de uma minúscula minoria consumidora de bens refinados e da arte – música clássica, literatura, dança – durante alguns anos até que, através do regime democrático expresso em eleições o nazismo ascendesse ao poder e levasse a Alemanha à Segunda Grande Guerra.

¹⁶ RICHARD, Lionel. *A república de Weimar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 55-56;

O fato é que a Modernidade ao romper com o teocentrismo e fundar uma sociedade política distinta – o Estado nacional – sob a forma de regimes não-absolutistas, sob o controle do direito, ainda que num primeiro momento não democráticos e somente mais tarde sociais, organização esta decorrente de grandes acontecimentos como a reforma religiosa, a contra-reforma – luteranismo – o iluminismo e a ascensão da burguesia, tendo como pilar o contrato social – grande mito da Modernidade – levou o mundo a um processo de racionalização.

A partir de um determinado momento passou-se a questionar se esta racionalidade se coadunaria com as atuais transformações do mundo pós-moderno naquilo que se está chamando de crise da modernidade. Esta crise, também entendida como crise do próprio Estado moderno que resulta no atual Estado, ou Estado contemporâneo, possui alguns desdobramentos: a) crise do modelo político – da democracia representativa ou crise de representatividade; b) crise de legalidade oriundo de um excesso de produção legislativa que resulta num sistema cada vez mais complexo com normas cada vez mais casuístas e, portanto, geradoras de maior instabilidade; c) possível, porém incerta, transição de paradigma.

Inúmeros problemas são percebidos atualmente no Estado contemporâneo, e bem por isto caracterizam-no, por exemplo: a explosão demográfica e a escassez de recursos disponíveis e necessários para a sobrevivência humana; os riscos ambientais cada vez mais concretos em razão do avanço tecnológico e da exploração desenfreada de recursos naturais; a concentração de renda, observada sobretudo em países periféricos e que constituem a grande maioria dos Estados, com a conseqüente explosão da miséria e da violência urbana; a globalização resultado do rompimento de fronteiras, tida na verdade como uma nova roupagem para o imperialismo; finalmente, a contestação dos grandes conceitos político-estatais, cuja existência atual é questionada como mera aparência – tripartição de poderes, soberania, monopólio estatal na produção de normas jurídicas etc.

Numa posição talvez influenciada por aspectos ideológicos, Nicolas Maria López Calera¹⁷ comenta a crise do Estado contemporâneo, afirmando que tal crise é resultado do capitalismo, na medida em que suas próprias crises e contradições não conseguiram produzir uma democratização social e econômica, resultando daí o papel do Estado contemporâneo como um poder opressor. Tal crise se agrava pelo fato do Estado não ser capaz de resolver grandes e importantes demandas sociais. Segundo citado autor, é o que Habermas chama de “crise de racionalidade do Estado”.

Se por um lado critica-se a impotência do Estado frente ao contexto atual de crises, por outro há que destacar também sua presença forte e até excessiva nalguns setores e nalguns pontos do planeta em especial. Tais aspectos também são mencionados por Calera¹⁸ ao ressaltar que ao menos no Ocidente os cidadãos estão condicionados desde meados do século XX e agora neste início de século XXI a uma presença forte e agonizante do Estado em quase todos os setores de suas vidas. Tal força totalizante do Estado ou sua consideração como fato de poder expansivo obriga a todos – teóricos e práticos – da política, a realizar um esforço especial por racionalizar a ação estatal.

Isto não deixa de ser dicotômico na medida em que se reivindica do Estado uma posição mais atuante na solução de problemas cruciais como a miséria, a fome, a efetivação de direitos básicos como a preservação da vida, o atendimento à saúde e a garantia da educação e da seguridade pública aos indivíduos. Para Calera¹⁹:

“Os processos de estatalização crescente em nosso século produziram, entre outras coisas, uma resposta às crises econômicas e sociais. O Estado social e de bem-estar tem sido (...) um instrumento decisivo para superar desajustes sociais, graves

¹⁷ CALLERA, Nicolas Maria López. *Yo, el Estado*. Madrid: Trotta, 1992, p. 13-14;

¹⁸ Ob. Cit., p. 11

¹⁹ Ob. Cit., p.16;

injustiças que o velho Estado liberal não havia sido capaz de resolver.”

O Estado contemporâneo é um Estado em crise na medida em que se depara com inúmeros desafios, verdadeiras encruzilhadas que não podem aguardar indefinidamente decisões para sua solução. Contudo, observa-se uma certa omissão do Estado nalgumas questões e equívocos quanto a outras. A verdade é que o Estado de hoje não pode mais ser gerido como o era há tempos quando ainda se falava em Estado moderno. Aliás, o que se convencionou chamar de Estado pós-moderno ou Estado contemporâneo, nada mais é que o velho Estado nacional entrincheirado por cobranças e demandas sociais cada vez maiores e por uma certa atonicidade dos órgãos e dirigentes integrantes da burocracia estatal.

1.2 - Estado como uma organização política contemplada numa fase histórica:

Parafraseando o professor Dalmo de Abreu Dallari²⁰, a vida em sociedade, seja ela oriunda da própria natureza humana seja resultante de um contrato social, depende, para sua preservação, de um poder que mantenha os indivíduos integrantes da sociedade dentro de limites consentidos e os obrigue à observância das normas. Tal poder é o próprio Estado. É claro que esta entidade conhecida por Estado assim como caracterizado atualmente não existiu sempre. A estrutura do Estado desde a modernidade é atribuída por uma lei, por um documento escrito chamado Constituição, a qual representa a matriz do ordenamento jurídico-político estatal, a fonte de legitimação das normas que compõem dito ordenamento. É a Constituição quem definirá a forma do Estado: uma República ou uma Monarquia, bem como a forma de governo e a

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, 307p.

distribuição de competências legislativas e extra-legislativas. Porém, o que resta importante asseverar é que o Estado contemporâneo, assim como o Estado moderno surgido após a Revolução Francesa, nada mais é que uma forma de organização política, de estruturação e acomodação das diferentes forças que compõem uma nação.

Assim como no presente, também no passado havia a necessidade de organizar o poder político, de distribuir tarefas e atribuições, de regulamentar conflitos eventualmente surgidos na vida em sociedade. Contudo, levando-se em consideração a ausência de uma imediata evolução jurídica, política, científica e até mesmo social a qual foi sendo alcançada somente com o passar dos séculos, as sociedades organizaram-se de modo diferenciado ao longo da história. Conseqüentemente, observam-se diferentes modelos de exercício do poder, conforme inclusive retratado nos itens e subitens acima referenciados. Se por um lado não era possível falar em Estado como um povo assentado sobre um território com governo soberano dotado de uma série de competências executivas, legislativas e judiciárias, cujo exercício sofria um controle especificado num sistema equilibrado como ocorre hoje, havia sim uma organização política, ainda que rudimentar, ainda que estratificada em cidades-Estado como na Grécia antiga, concentrado e estabelecedor de privilégios como em Roma, disseminado e fortemente influenciado pela Igreja Católica como na Idade Média e resultado de um movimento revolucionário instaurador de um novo modelo econômico, racionalista e individualista como após a Revolução Francesa.

Em que pese a ressalva ao utilizar-se a expressão “Estado” para exprimir estas formas anteriores de organização política, a verdade é que a própria convivência humana em sociedade sempre demandou alguma forma de organização, ainda que esta se desse de modo arbitrário, influenciada por poderes escusos, disseminadora de injustiças e de barbáries.

Quanto à formação propriamente dita do Estado, Dallari²¹ recorda a existência de teorias defensoras da origem familiar na medida em que cada família primitiva se ampliou e deu origem a um Estado; outras teorias falam da origem do Estado como resultante de atos de força, violência e conquistas mediante atos guerras e conflitos. Finalmente há teorias que explicam a formação do Estado em causas econômicas e patrimoniais, pois em face de necessidades humanas variadas surgiu a necessidade de união, de associação para suprir as carências referidas.

Paulo Bonavides²² também reconhece o Estado como uma espécie de organização do poder político, a qual resultou de um tratamento mais refinado a partir do final da Idade Média, sendo as primeiras referências a tal tese de responsabilidade de Maquiavel. Para Bonavides, o dualismo sociedade-Estado surge com o final da Idade Média e o aparecimento da burguesia, a qual:

“...faz do Estado a ordem jurídica, o corpo normativo, a máquina do poder político, exterior à sociedade, compreendida esta como esfera mais dilatada, de substrato materialmente econômico, onde os indivíduos dinamizam sua ação e expandem seu trabalho.”

Para Bonavides²³, o significado do termo Estado é o de organização de domínio e poder, de uma ordem jurídica que estabelece os parâmetros, os limites e as formas de exercício do poder. Trata-se efetivamente de um sistema organizador e distribuidor do poder de decisão e de ação. Para ele, são três as acepções de Estado: a) filosófica; b) jurídica, na medida em que se forma o Estado quando o poder assenta-se numa instituição e não num homem. O Estado juridicamente é a institucionalização do poder; c) sociológica, posto que o Estado é a sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados; ele constitui a organização social do poder de coerção. O

²¹ Ob. Cit., p.54;

²² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.54 e ss;

²³ Ob. Cit., p. 61-66;

Estado é a sociedade enquanto titular de um poder coercitivo regulado e disciplinado ao passo que o Direito é a disciplina da coação, funcionando assim como controlador e limitador do Estado.

Nicos Poulantzas²⁴ observa de modo muito oportuno que o Estado moderno baseia-se

“...num aparelho especializado, centralizado, de natureza especificamente política, consistindo num agrupamento de funções anônimas, impessoais e formalmente distintas do poder econômico, cujo agenciamento apóia-se numa axiomatização de leis-regras que distribuem os domínios da atividade, de competência, e numa legitimidade baseada nesse corpo que é esse povo-nação.”

A caracterização do Estado como uma forma particular de organização do poder político contemplada numa fase histórica específica – a Modernidade – foi muito bem explicada por Norberto Bobbio²⁵, para quem a consideração do Estado sofreu uma grande mudança no início da Idade Moderna com a doutrina dos direitos naturais que pertencem ao indivíduo. Tais direitos, verdadeiras garantias fundamentais, antecedem a formação de qualquer sociedade política e a toda estrutura de poder que a caracterize. Tanto que o Estado não os confere aos indivíduos, apenas os declara já que eles já existiam. É o surgimento dos direitos que leva ao surgimento do Estado, como hoje entendido, na medida em que o poder passa a ser limitado pela lei, justamente para contemplar os direitos individuais como a vida, a segurança, a liberdade etc.

²⁴ Ob. Cit., p. 51-52;

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 64 e ss;

Ainda segundo Bobbio²⁶, a origem do termo “Estado” e seu uso advêm da obra de Maquiavel, em que pese já terem existido antes expressões que indicavam também formas particulares de organização e exercício do poder, termos ilustrativos da organização de um grupo de indivíduos assentados sobre uma base territorial em virtude de um poder de comando: “civitas” para os gregos da Antigüidade e “res publica” para os escritores romanos – daí inclusive, o uso do termo república na obra de Maquiavel, conforme transcrição feita anteriormente. Bobbio²⁷ afirma que o termo Estado:

“... passou do significado genérico de situação para o significado específico de condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes.”

O mesmo autor²⁸ ressalta a adequação do termo para a definição de uma nova realidade, a realidade do Estado precisamente moderno, considerado uma forma de ordenamento diverso dos ordenamentos anteriores. Chama também a atenção para o cuidado necessário para atribuir tal denominação às organizações políticas anteriores. O Estado moderno define-se por duas características básicas, quais sejam:

- a) a presença de um aparato administrativo com a função de prover à prestação de serviços públicos;
- b) o monopólio legítimo da força, mais a frente explicado.

O mesmo Norberto Bobbio²⁹ em outra obra ensina que as monarquias absolutas do início da Idade Moderna formaram-se através de um processo duplo: a) unificação das diferentes fontes de produção jurídica na lei – expressão da vontade do

²⁶ Ob. Cit., p. 67;

²⁷ Ob. Cit, p. cit;

²⁸ Ob. Cit., p. 68-69;

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 11-12;

soberano; b) unificação dos vários ordenamentos jurídicos no ordenamento jurídico estatal. Ao suceder o Estado absoluto, o Estado moderno traz consigo idéias marcantes como a limitação do poder, a qual desembocou mais tarde no Estado democrático.

“O problema fundamental do Estado constitucional moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, é o problema dos limites do poder estatal. Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma idéia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado.”

Enquanto forma própria e diferenciada de organização do poder político, o Estado caracteriza-se pelo monopólio da força, no sentido de ser o único ente legítimo e capaz de emanar normas jurídicas, normas que regem a vida e o comportamento das pessoas, bem como a sua própria forma de atuação, já que o poder do Estado não é ilimitado, ao contrário, sujeita-se a uma série de limites e parâmetros de modo a garantir a segurança jurídica dos cidadãos, evitando abusos e desmandos típicos das organizações anteriores como por exemplo, o absolutismo. Volte-se a insistir na idéia de que o Estado, ou Estado moderno, surgiu justamente para atender aos interesses da burguesia, dentre os quais destaca-se a necessidade de liberdade, posto que até então havia inúmeros privilégios a duas outras categorias dominadoras do poder: a aristocracia e o clero.

O Estado propriamente dito é fruto da separação e desvinculação do poder religioso. Nesta mesma obra, Bobbio³⁰ afirma o seguinte:

“Somente através de uma distinção clara entre leis que obrigam em consciência e leis que não obrigam em consciência e atribuindo ao Estado o poder de exigir a obediência somente das segundas, chegou-se a distinguir o Estado, como legislação externa, da Igreja

³⁰ Ob. Cit., p. 58;

ou da razão como sistemas de legislação interna, e admitiu-se como legítimo para o Estado o âmbito mais restrito e mais delimitado de eficácia que coincida com o da legalidade distinta da moralidade.”

Dalmo de Abreu Dallari³¹ tratando dos limites de poder do Estado reconhece que o Estado precisa de um poder coercitivo, inclusive para cumprir suas funções. Contudo, há necessidade de sistematizar e de limitar tal poder. Com base nisto, justifica-se a noção de ordem jurídica e a assimilação do Estado à própria ordem jurídica.

“Sendo uma ordem, o Estado vive nela e deve submeter-se a ela, fazendo-a respeitar por todos os indivíduos e sociedades, inclusive pelos demais Estados.”

Sobre a interferência do Estado no âmbito particular, ressalta-se a sua presença e a sua importância. O mesmo Dallari³² observa o seguinte:

“Ainda que se admita a prática de atos à margem do Estado, sem a sua interferência necessária, ele tem sempre a possibilidade de intervir, sendo bastante restrita a esfera de autonomia da vontade individual.(...) As atividades públicas e privadas se interpenetram de tal maneira que o Estado, freqüentemente, utiliza técnicas jurídicas anteriormente exclusivas do direito privado, enquanto os particulares, por seu lado, agem, cada vez com maior freqüência, segundo as regras tradicionalmente consideradas como de direito público”

A justificativa para a atuação interventiva do Estado é a finalidade de conquista do bem público e da preservação do interesse da coletividade, sempre preponderante sobre o particular, além de ser indisponível tal supremacia. Em face disto

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu . *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46;

³² Ob. Cit., p. 58;

justifica-se a atuação do Estado em diversos âmbitos, particularmente no último século. Enfim, o Estado enquanto organização do poder contemplada a partir do início da Modernidade atua como ente agregador de poder, garantidor do bem público, usando de inúmeros instrumentos para tanto, porém tomando como parâmetros as normas jurídicas produzidas por ele mesmo, as quais funcionam inclusive como limite para a própria ação estatal. Esta forma de conduta do Estado fica mais clara a partir do momento em que se desenvolvem a teoria da personalidade jurídica do Estado em meados do século XIX na Alemanha, conforme referido por Dallari³³ em seus *Elementos de Teoria Geral do Estado*.

1.3 - Atribuição de poder aos órgãos do Governo:

O Estado, conforme já antes referido e explicado, constitui uma forma muito particular de organização e distribuição do poder político, delimitada historicamente. Trata-se de um poder soberano e independente dos demais Estados, posto que sujeito somente a sua própria ordem jurídica, em que pese a atual crise do Estado contemporâneo e as discussões suscitadas por força de inúmeros fenômenos e problemas de complexidade considerável surgidos num passado relativamente recente, tais como a globalização da economia, a sujeição dos interesses maiores dos países, notadamente os chamados emergentes, ao capital financeiro volátil de grandes investidores internacionais, o crescente poder de grandes grupos econômicos sob a liderança de bancos e empresas multinacionais, o poderio desmedido da grande potência norte-americana que coloca em xeque o próprio conceito de soberania dos demais Estados, a miséria e a fome que se alastram nos continentes africano, sul-americano e asiático etc.

³³ Ob. Cit., p.73 e ss;

O Estado cuja teoria da personalidade jurídica foi desenvolvida na Alemanha em meados do século XIX, resultando daí a titularidade pelo mesmo da soberania, completando-se o ciclo de desenvolvimento do Estado moderno, mais tarde sucedido pelo pós-moderno ou contemporâneo, resulta como centro de poder responsável pelo cumprimento das mais diferentes tarefas voltadas para o alcance do bem público. Para tanto, foi necessária a construção e estruturação de um grande aparato burocrático, uma verdadeira “máquina administrativa” responsável pela execução das referidas tarefas, utilizando-se para tanto, recursos econômicos e tecnológicos, estrutura física e, principalmente, o trabalho de cidadãos escolhidos por diferentes critérios, variáveis de Estado para Estado e de função para função, chamados de agentes públicos, aos quais incumbe dar andamento aos misteres estatais, atuando como verdadeiros mandatários do povo, representantes de seus interesses.

São estes agentes públicos que fazem a “máquina burocrática estatal” funcionar. Esta, por sua vez, está estruturada sob as mais diferentes formas: pessoas jurídicas públicas e até privadas, embora no âmbito público – veja-se o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista no Brasil – órgãos e entidades dotados de competências próprias, demais entidades integrantes da Administração etc. Toda esta estrutura vem definida no ordenamento jurídico estatal, sendo chamada de Governo, entendido este num sentido mais amplo como o conjunto de todos os órgãos e entidades responsáveis pelas funções executiva, legislativa e judiciária do Estado, em que pese a assimilação freqüente do termo Governo apenas ao âmbito restrito do Poder Executivo, conforme demonstrar-se-á mais adiante ao tratar-se do tema relativo à separação de poderes e sua adaptação ao contexto atual.

Oportuna a definição de Governo de Norberto Bobbio³⁴ segundo a qual:

³⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: UnB, 2002, p. 553

“... Governo é o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade.”

Mais própria do Estado moderno, uma segunda acepção de Governo o qualifica não apenas como o conjunto de pessoas que detêm o poder de mando, mas sim como:

“... o complexo dos órgãos que institucionalmente têm o exercício do poder.”

A verdade porém, é que estas entidades e órgãos de Governo exercem suas funções, suas competências, de acordo com uma parcela de poder às mesmas entregues, em razão do Estado ser responsável por alcançar sua unidade mediante a afirmação de um poder soberano. Conforme a lição de Dalmo de Abreu Dallari³⁵, os elementos constitutivos do Estado moderno são de duas ordens: a) elementos materiais – povo e território; b) elemento formal – poder, de composição tríplice: autoridade, governo e soberania.

Interessa particularmente neste momento a soberania, nota característica do Estado, ainda que seu conceito esteja atualmente em crise, assim como o próprio Estado. Na lição de Dallari³⁶, a concepção de soberania evoluiu de puramente política à puramente jurídica, assim entendida como:

“... o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito.(...) Embora

³⁵ Ob. Cit., p.73 e ss;

³⁶ Ob. Cit., p. 79 e ss;

continuando a ser uma expressão de poder, a soberania é poder jurídico utilizado com fins jurídicos.”

As características que marcaram o conceito e significado clássicos de soberania são: a) a unidade, pelo que não se admite num mesmo Estado duas soberanias; b) indivisibilidade, aplicando-se pois à universalidade dos fatos ocorridos no âmbito do Estado; c) inalienabilidade na medida em que quem a detém – o Estado – desaparece quando dela desprovido; d) imprescritibilidade, posto que não seria verdadeiramente um poder superior se tivesse prazo certo de duração.

Para Paulo Bonavides³⁷ a soberania, enquanto nota característica do poder, é elemento essencial do Estado, no qual se entrelaçam a força e a competência. O poder é de direito e não simplesmente de fato se baseado menos na força e mais na competência, no consentimento dos governados. A questão da legitimidade do poder soberano do Estado aliás, é de suma importância. Consoante será exposto mais adiante, e nos passos da lição do referido professor, quanto maior a adesão da coletividade ao poder, quanto maior a legitimidade deste, mais estável será o ordenamento estatal, unindo a força ao poder e o poder à autoridade. Segundo Bonavides³⁸, o poder soberano do Estado possui traços característicos: a) imperatividade, significando-se com isto o uso da força para garantir a segurança; b) natureza integrativa no sentido de promover a coesão; c) capacidade de auto-organização já que o Estado possui um direito próprio, por ele elaborado e passível de por ele ser modificado; d) unidade e indivisibilidade, porquanto somente o Estado é seu titular; e) regrado e expressado pelo princípio da legalidade.

A análise da soberania enquanto elemento integrante e essencial do Estado não pode ser feita sob o aspecto meramente jurídico, segundo Miguel Reale³⁹,

³⁷ Ob. Cit., p. 107-109;

³⁸ Ob. Cit., p. 109;

³⁹ Ob. Cit., p.137 e ss;

sobretudo porque ela – a soberania – é determinada por fatores sociais, políticos e também, mas não só, jurídicos. O mestre ressalta não se tratar de três formas diferentes de soberania. Esta é uma só; tríplice é a forma de conhecê-la e analisá-la. Ele define a soberania como

“... o poder que tem uma Nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum.”

Assim, a soberania enquanto afirmação da individualidade e da independência de uma Nação significa poder de decisão entre várias formas de governo, segundo contingências de lugar e de tempo. É justamente fazendo uso deste poder soberano que o Estado ao estruturar-se divide seus misteres, suas competências, assim entendidas como deveres-poderes, entre seus distintos órgãos e entidades, a fim de que cada qual possa executá-los a contento e nos exatos limites fixados pela lei. Esta a funcionalidade do Estado de Direito, o qual num segundo momento evoluiu para o Estado de Direito democrático. Bobbio em seu *Dicionário da política* (BOBBIO, 2002) ensina que é o Governo o responsável por manter a coesão da sociedade, realizando a integração política desta. Ele será forte quando basear-se no consenso. Aliás, o mencionado professor observa o seguinte:

“... a força e o consenso são, pois, as duas alternativas dialéticas que definem o Governo.”

Quer-se com isto dizer que ou o Governo está baseado no consenso, ou na força, ou ainda em ambos, mesmo que esta última alternativa seja entendida por Bobbio como algo surreal.

Com a idealização e desenvolvimento do contratualismo e a estruturação do Estado num documento escrito, dotado de juridicidade, chamado de Constituição, a atribuição de poder – ou de competências – aos diferentes órgãos e entidades integrantes do aparato estatal deu-se por meio dela, Constituição. É nela que estão repartidas as competências, quer se esteja diante de um Estado unitário ou de um Estado federal, de um Estado monárquico ou de uma república, de um Estado no qual vige o regime parlamentar ou o presidencial. Depois, em adequação às disposições e princípios estabelecidos na Constituição, norma fundante do Estado, as normas jurídicas infra-constitucionais especificam e regulamentam as competências, criando elas próprias órgãos – desprovidos de personalidade jurídica – e entidades personificadas, entregando-lhes também as correspondentes prerrogativas de exercício e os encargos que devem cumprir.

No Estado contemporâneo de Direito é somente em face desta outorga de poder que os diversos agentes públicos, titulares dos órgãos e entidades componentes da burocracia estatal, podem atuar, sempre à vista do interesse público e da busca do bem público, ao menos em tese. Na doutrina contratualista, idealizadora daquilo que se entende por Estado a partir do início da Modernidade, é o poder de legislar expresso pela soberania quem atribui o poder aos diversos órgãos estatais, a partir de quando os mesmo podem – e devem, na verdade – exercer tais competências a fim de cumprir os misteres públicos. Miguel Reale⁴⁰ lembra a doutrina de Kant sobre o Estado, segundo a qual este – o Estado – representa um pacto em virtude do qual os direitos individuais são postos sob a proteção de todo o povo que é o detentor da soberania. A soberania reside no povo e se exprime como vontade geral que dá origem à lei. Soberania então é o poder de legislar. Soberano é o poder que não tem outro acima de si e o Estado é uma ordem legal onde existe uma autoridade determinada que atua como fonte suprema do poder. Suas decisões valem formalmente, por si, pouco importando o fato de serem contra as normas éticas e as exigências de justiça: a lei obriga tão somente em razão da

⁴⁰ Ob. Cit., p. 235 e ss;

competência do órgão que a edita. O direito é a expressão da vontade soberana e a soberania é o poder absoluto de emanar o direito positivo.

Em que pese o reconhecimento de um pluralismo jurídico na medida em que há outras normas não emanadas oficialmente do Estado e por ele não reconhecidas mas cuja eficácia pode ser constatada em inúmeras situações, Miguel Reale⁴¹ defende a supremacia da ordem jurídica positiva estatal e, por via de consequência, do poder de que são dotados os órgãos estatais para a realização de seus deveres legais e constitucionais. Abaixo a transcrição da passagem em que o referido autor expressa sua posição:

“De fato, é hoje questão fora de dúvida a da supremacia da ordem jurídica positiva consubstanciada mediata ou imediatamente na legislação do Estado, mas tal verificação não nos autoriza a reduzir o direito à lei, ao sistema lógico das normas. É o predomínio incontestável da legislação estatal, consagrada pelos códigos e pacífica jurisprudência, que induz ao erro positivista de identificar o Direito com a sua expressão formal, levando ao duplo erro do Estado criador do direito (à soberania como poder de produzir o Direito) ou ao Estado como personificação do Direito (à soberania como validade da ordem normativa).”

O que resta afirmar, com os cuidados devidos e em respeito à posições contrárias, também plenamente defensáveis, é que de fato os órgãos estatais num Estado de Direito, conforme doutrina contratualista vigente desde o início da Modernidade, somente podem – ou ao menos, poderiam, exercer suas competências, seus poderes, nos exatos termos da outorga aos mesmos deferidas pela Constituição e pelas demais normas jurídicas de natureza infra-constitucional, mas sempre de acordo com as normas e princípios expressos na Constituição, sob pena de questionamento quanto à sua validade, conforme será objeto de análise mais a frente.

⁴¹ Ob. Cit., p. 250;

1.4 - A separação de poderes e sua adaptação ao contexto atual do Estado:

A doutrina da separação dos poderes, ou melhor dizendo, das funções estatais, encontra sua origem histórica em Aristóteles no período da democracia ateniense. Ali já reconhecia o filósofo grego as diferentes formas pelas quais se expressava o poder público. Contudo, bem mais tarde é o Barão de Montesquieu (MONTESQUIEU, 2000) quem vai dar um tratamento mais científico, especificando e sistematizando a doutrina da separação dos poderes no Livro XI, Capítulo VI de sua obra *“O espírito das leis”*. Cabe neste instante um pequeno parêntesis no sentido de que parece equivocado expressar a existência de três poderes distintos no âmbito do Estado. Boa parte da doutrina reconhece e afirma a unidade do poder público representado pela soberania. Com base nesta posição, tríplice na verdade seriam as funções ou as formas pelas quais se expressa o poder estatal. Esta a lição por exemplo de Paulo Bonavides⁴² ao enumerar as características do poder do Estado, bem como de Dalmo de Abreu Dallari⁴³ ao fazer o mesmo.

Durante o absolutismo havia uma concentração de poderes nas mãos do soberano o que resultava em inúmeras arbitrariedades que acabaram por caracterizar aquela forma de exercício do poder. Quanto mais os poderes concentravam-se nas mãos do rei ou do imperador, maiores eram as injustiças oriundas de uma visão estática e míope dos fatos e problemas que cercavam a sociedade por eles governada. O contexto era propício para o desenvolvimento e expansão do autoritarismo, da falta de sensibilidade, das decisões unívocas bem como dos abusos daí resultantes. Obviamente, alguns poucos

⁴² Ob. Cit., p. 107 e ss;

⁴³ Ob. Cit., p. 215 *in verbis*: “Embora seja clássica a expressão separação de poderes, que alguns autores desvirtuaram para divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as idéias de poder e de função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções. Assim, por exemplo, Leroy-Beaulieu adota esta última posição, indo até mais longe, procurando demonstrar que as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram do princípio da divisão do trabalho. Diz ele que foi esse princípio, inconscientemente aplicado, que fez passarem ao Estado certas funções que a sociedade exercia instintivamente e que o Estado organiza com reflexão.”

eram contemplados com privilégios e regalias em troca de apoio político, de forma tal que a situação permaneceu inalterada durante um longo período até que o clima de revolta começou a formar-se. Vozes passaram a clamar por mudanças. A doutrina iluminista teve lá sua parcela de influência na mudança do curso da história.

A separação de poderes surgiu como uma medida providencial para alterar o *status quo* vigente, desconcentrando poderes, promovendo a condução plúrima do Estado, ou algo que se aproximasse disso, de forma tal a impedir que os abusos típicos do autoritarismo continuassem e se perpetuassem. Metaforicamente, tratava-se de um remédio importante dentro da profilaxia aplicada para desconstruir o regime absolutista e edificar o novo Estado, oriundo de um contrato social e fundado sobre as bases do controle exercido pela lei, de modo a que o próprio Estado fosse objeto das normas jurídicas, mais tarde como sujeito de direitos e de deveres.

Assim, reconheceu-se que havia três funções típicas do Estado – e não três poderes – que caracterizam a atuação deste, que expressavam o poder estatal quais sejam, a função legislativa, a função executiva e a função judiciária. A primeira era responsável pela elaboração das normas que regem a vida em sociedade, estabelecendo os parâmetros para a solução dos conflitos interindividuais entre os cidadãos e entre os mesmos e o próprio Estado, função esta que mais tarde, com a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito seria de responsabilidade de representantes escolhidos pelos próprios cidadãos. Mas elaborar e aprovar normas jurídicas não constituía função única e suficiente para a atuação do Estado. Era necessário que este mesmo Estado elaborador de normas jurídicas as executasse, as pusesse em prática a fim de que fossem realizados os misteres estatais, tendo como fim a condução dos negócios públicos, a prestação de serviços públicos e a edificação de obras que atendessem às necessidades coletivas. Esta era a função executiva, a qual atualmente num regime de governo parlamentarista acaba por ter limites de difícil constatação com a função legislativa.

Entretanto, nalgumas situações a execução pelo Estado de normas jurídicas por ele mesmo criadas resultava e ainda resulta em conflitos, em divergências de interesses entre dois ou mais cidadãos ou mesmo entre um cidadão e o próprio Estado. Daí a necessidade de uma terceira função, responsável pela resolução de tais conflitos, de tais divergências: a função judiciária.

A fim de evitar os abusos constatados no regime anterior – o absolutismo – e partindo do raciocínio de Aristóteles, Montesquieu idealizou o exercício destas três funções por agentes públicos distintos, ou por grupos de agentes distintos, ou por órgãos estatais diferentes. Daí a sistematização do que se conhece hoje, até por força de expressão constitucional, como Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Dalmo de Abreu Dallari⁴⁴ faz referência a Montesquieu, o qual entendia que:

“...quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Proposta essa idéia de maneira sistemática no século XVIII com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados.”

É oportuno mencionar também que o mesmo Dalmo de Abreu Dallari⁴⁵ faz referência a uma primeira sistematização doutrinária no século XVII – antes

⁴⁴ Ob. Cit., p. 215;

⁴⁵ Ob. Cit., p.217, in verbis: “No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes, com a obra de Locke. Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa

de Montesquieu – sobre a teoria da separação dos poderes de Aristóteles, efetivada na obra de Locke.

Realmente, foi o ideário liberalista e a constituição do Estado moderno baseado na doutrina contratualista que disseminaram a tese da separação dos poderes e sua importância como medida de combate ao autoritarismo e à tirania. Dallari⁴⁶ transcreve uma afirmação de Madison no jornal “O federalista” na então nascente República Norte-americana:

“A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, auto-nomeadas ou eletivas, pode-se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania.”

O que Montesquieu idealizou e o que se propõe desde então é uma divisão orgânica de competências legislativas, executivas e judiciárias que garanta o funcionamento independente e autônomo de cada uma das três corporações ou como equivocadamente se denominam: poderes. Este funcionamento autônomo e independente tem por objetivo o exercício maduro e responsável das respectivas funções por cada órgão, assegurando-se também um certo controle ou fiscalização de um sobre o outro, sem contudo, afetar-se a independência de cada qual. Contextualizando para o regime vigente nos principais Estados democráticos contemporâneos, alguns exemplos ilustram a atuação autônoma de cada órgão do poder, porém sujeita a um certo controle ainda que indireto, resultado do exercício das competências dos demais. O Legislativo, em que pese

caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como ‘o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras.’ Embora opondo-se expressamente ao absolutismo defendido por Hobbes, Locke não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas.”

⁴⁶ Ob. Cit., p. 219;

a autonomia de que dispõe para votar e aprovar textos normativos poderá ver o produto de sua atividade – uma lei – ser declarada inconstitucional pelo Judiciário. Este por sua vez, geralmente tem muitos de seus cargos providos por nomeação feita pelo Executivo, o qual sujeita-se também a controle na medida em que suas contas precisam ser aprovadas pelo Legislativo, além de ser objeto de uma série de outras medidas de cunho fiscalizatório tais como comissões de investigação instauradas no âmbito do Legislativo, pedidos de informações e esclarecimentos feitos pelo Legislativo em relação a atos promovidos pelo Executivo etc.

Em que pesem estas competências controladoras e fiscalizatórias, a verdade é que os órgãos responsáveis pelas diferentes funções do Estado – ou Poderes como querem alguns – devem ter convivência harmônica nos termos do que geralmente dispõem as Constituições. A lição de José Afonso da Silva⁴⁷ é bastante ilustrativa:

“A independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.”

Em seguida, continua o mesmo professor, falando então da necessária harmonia na convivência entre os órgãos responsáveis pelo exercício das funções legislativa, executiva e judiciária:

“A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 214;

órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”

Contudo, há que se observar que a separação dos poderes e o equilíbrio de forças entre os mesmos, não são constatados faticamente na grande maioria dos Estados atuais – e não se está levando em consideração aqueles Estados que vivem regimes tirânicos ou ditatoriais, os quais não podem obviamente ser chamados Estados Democráticos de Direito, talvez sequer, Estados de Direito. Mesmo nas democracias contemporâneas observam-se fatos e fenômenos bastante interessantes que levam a uma releitura da teoria da separação dos poderes e do equilíbrio de forças entre os mesmos, de forma a promover o ideal expresso pelo sistema dos freios e contrapesos.

O mundo pós-moderno é muito dinâmico, possui sistemas econômicos interdependentes, ligados e influenciados uns aos outros e pelos outros; a fluidez e velocidade das informações, as crescentes demandas sociais, as pressões sobre os governos, as constantes crises institucionais das mais diversas naturezas – sociais, políticas, econômicas – e inúmeros outros fatores levaram a um verdadeiro agigantamento do Executivo sobre os demais órgãos do poder. Tanto isto é verdade que Legislativo e Judiciário assistem impávidos a tal influência e em meio à morosidade e dificuldade de responderem a tal crescimento, acabam sufocados pelo Executivo, muito mais ágil às mudanças, bem mais capaz de responder à velocidade demandada pela dinâmica político-social. Tal fenômeno é de considerável importância para o desenvolvimento do tema central da presente pesquisa, a qual ocupa-se nos capítulos seguintes de conseqüências e dilatações sobre referido aspecto do Estado contemporâneo, particularmente do Estado brasileiro no período demarcado, que inicia-se em 1994 e vai até meados de 2002, tratando de questão muito particular qual seja, a veiculação de medidas provisórias em

matéria tributária e as conseqüências daí resultantes para os direitos fundamentais à vista do garantismo jurídico.

Frise-se que o já referenciado José Afonso da Silva⁴⁸ foi muito feliz ao constatar a releitura necessária sobre a rigidez, talvez inicialmente proposta, relativa à separação dos poderes – na verdade, funções – do Estado. Referindo-se ao princípio da divisão de poderes o autor afirma:

“Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.”

Dalmo de Abreu Dallari⁴⁹ é da mesma opinião:

“Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.”

Em que pese a facticidade do momento histórico, é conveniente relembrar a lição do professor Clémerson Merlin Clève⁵⁰, o qual reconhece a evolução e

⁴⁸ Ob. Cit., p. 113;

⁴⁹ Ob. Cit., p.222;

⁵⁰ Ob. Cit., p. 113;

dinâmica atuais, sem contudo, desconsiderar a importância do ideário da separação dos Poderes e do necessário equilíbrio:

“No século XX, muita coisa mudou. O tempo acelera-se. O que antes era reconhecido como novidade, hoje não passa de memória. Vive-se num contexto que demanda a mudança do homem, da família, do Estado. Um tempo que exigiu do Estado a assunção de renovadas tarefas de tal modo que se agigantou. O bem-estar dos cidadãos está nas mãos do Estado, mas paradoxalmente, a liberdade de todos pode também ali residir, presa nas mãos do poder. (...) Se, neste ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado.”

O que resta é que, a teoria da separação dos poderes surgiu como necessária e adequada a um determinado contexto histórico em que se procurava evitar os abusos e tiranismos até então observados. Contudo, a situação hoje é distinta. Reivindicase mais e mais do Estado, as demandas sociais são crescentes, sobretudo porque crescem também as carências da sociedade. A alternativa encontrada pelo Estado – não cabe neste momento nem é escopo deste trabalho científico julgá-la boa ou má – foi a de permitir um fortalecimento da função executiva, particularmente em democracias que adotam o regime presidencialista, o que encontrou caminho fértil à vista da maior agilidade dos órgãos executivos, se comparados aos legislativos e judiciários. De modo que, atualmente, não é mais possível analisar o Estado e seus problemas desconsiderando tais mudanças.

⁵⁰ CLÉVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p.43-44;

1.5 - Limitação do poder como garantia da segurança jurídica:

Em estudo sobre a teoria do direito Norberto Bobbio⁵¹ raciocina sobre a validade e legitimidade do poder no sentido de que, da mesma forma que uma norma pode ser válida sem ser justa – e vice-versa –, o poder pode ser legal sem ser legítimo – e vice-versa. Há por assim dizer uma correspondência entre a justificação do poder e a justificação da norma. “O poder nasce das normas e produz normas; a norma nasce do poder e produz outros poderes.”

O que convém ser explicitado é que embora se reconheça como efetivo e necessário o poder de que está investido o Estado, mais precisamente os seus órgãos, sob a forma de competências aos mesmos outorgadas por força da Constituição e das normas jurídicas infra-constitucionais, a verdade é que o exercício de tal poder, de tais prerrogativas precisa estar limitado. Ao menos este é o paradigma liberal, presente desde a Revolução Francesa. Reconheceu-se a necessidade de um ente dotado de personalidade jurídica, o qual constitui ao mesmo tempo uma forma de organização do poder, uma forma de acomodação política, chamada de Estado, sem contudo, desconsiderar os riscos oriundos de um exercício imoderado e ilimitado das suas prerrogativas. Premente então neste contexto e para atender aos anseios liberais a imposição de parâmetros, de verdadeiras barreiras controladoras deste mesmo Estado. A forma pela qual se expressam tais limites num Estado de Direito é através das normas jurídicas constantes de textos de leis, aprovadas estas nos Estados Democráticos por representantes escolhidos ou indicados pelos próprios cidadãos.

Seguindo ainda os passos de Bobbio⁵², a Teoria Geral do Direito reconhece dois tipos de normas: a) primárias; b) secundárias. Ainda que seja possível constatar diversos significados para os mencionados termos, o citado autor aceita a

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980, p. 311;

⁵² Ob. Cit., p. cit.;

definição de normas primárias como sendo aquelas responsáveis por estabelecer o que se deve ou não fazer ao passo que as secundárias seriam aquelas estabelecidas de uma sanção caso seja violada uma norma primária. Bobbio faz referência na mesma passagem à Hart, para quem as normas secundárias seriam aquelas relativas a outras normas jurídicas, normas que dispõem sobre a produção jurídica. Já para o direito constitucional as expressões normas primárias e secundárias são utilizadas para distinguir as normas quanto a sua posição num plano superior ou inferior dentro do ordenamento jurídico.

O que resta importante, contudo, é o fato de que são as normas jurídicas as responsáveis pela limitação do poder do Estado, pela adequação das competências estatais aos interesses coletivos, ao menos em tese. Parafraseando Bobbio⁵³ em outra de suas obras, é conveniente lembrar o pensamento de John Locke para quem o poder do Estado é limitado justamente porque pressupõe os direitos naturais do homem e não pode violá-los. O Estado surge justamente para preservar tais direitos; é limitado ainda porque o consenso é dado aos governantes somente sob a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos.

Para Dalmo de Abreu Dallari⁵⁴ é óbvia a necessidade de limitação do poder estatal. Se por um lado reconhece-se que o Estado precisa de um poder coercitivo para cumprir suas funções e encargos, por outro há necessidade de sistematizar e de limitar tal poder. Com base nisto o autor justifica a noção de ordem jurídica e a assimilação do Estado à própria ordem jurídica:

“Sendo uma ordem o Estado vive nela e deve submeter-se a ela, fazendo-a respeitar por todos os indivíduos e sociedades, inclusive pelos demais Estados.(...) Não podemos dizer quando ou onde o Estado começa. Ele está implícito na tendência universal à liderança

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UnB, 1997, p.40;

⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46-51;

e subordinação, mas apenas emerge quando a autoridade se torna governo e o costume se traduz em lei.”

Observe-se que a necessidade deste controle foi crescendo na medida em que também cresceram as pressões sobre o Estado e conseqüentemente as competências deste, o qual passou a assumir responsabilidades antes não pertencentes a si. As novas contingências sociais surgidas a partir da Revolução Industrial e os problemas dela resultantes impuseram ao Estado uma mudança de posição: de mero vigilante e garantidor do respeito àquilo que fosse convencionado pelos particulares para a assunção de um papel ativo na vida social. Isto ficou mais evidente também com a assunção de novos ônus, com a promoção de uma verdadeira atividade assistencialista – criação do sistema público de seguridade e previdência social, auxílio e proteção aos trabalhadores e demais minorias, concessão de serviços públicos de saúde e educação etc. É a passagem do Estado liberal para o social, intensificada em meados do século XX com a crise da década de trinta e em seguida com o pós-guerra nos anos quarenta.

Norberto Bobbio⁵⁵ também trata das mudanças porque passou a sociedade e as conseqüências para o tema objeto da presente análise. Para ele, tais mudanças seriam oriundas do advento do capital financeiro, dos avanços tecnológicos e do desenvolvimento de políticas protecionistas, o que fez com que o Estado enquanto centro de poder, precisasse organizar o exercício do poder. Todo poder carece do aparelho administrativo para a execução de suas determinações. Poder, para o autor é:

“... a possibilidade de contar com a obediência a ordens específicas por parte de um determinado grupo de pessoas.”

⁵⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: UnB, 2002, p. 402

Uma paráfrase à Nicolas Calera⁵⁶ já feita no início deste trabalho e que merece nova citação bem ilustra esta mudança, no sentido de que a maior parte das pessoas no final do século XX e início do século XXI encontram-se sob a influência de uma presença forte e asfixiante do Estado, cada vez mais marcante, cada vez mais intensa, oriunda das próprias demandas sociais, sempre crescentes ao longo das décadas em face da própria situação de crise do pós-modernismo.

Sempre à vista do escopo de fortalecimento do controle sobre o exercício do poder estatal, Calera⁵⁷ chama a atenção para a necessidade de fortalecimento e aprimoramento do direito na medida em que sua ineficácia – do direito – não justifica que haja “menos direito”, menor número de normas e de regulamentação, mas sim que exige que haja um “melhor direito”. Tal menção não deixa de ser interessante, sobretudo em face da crise de legalidade, um dos problemas levantados pela teoria geral do garantismo, consoante será analisado mais a frente, crise esta oriunda, dentre outros motivos, da inflação legislativa consubstanciada no grande número de normas e leis que se sucedem reiterada e constantemente sem, contudo, conquistarem a chamada “eficácia social”.

Canotilho⁵⁸ também analisa a questão do controle do Estado pela lei fazendo a seguinte afirmação:

“O Estado Constitucional é um Estado no direito (legalidade constitucional) e em função do direito (legitimidade).”

Para ele a Constituição dirigente não pode ser vista apenas como conjunto de normas obrigatórias, coativas, mas também como normas com função de

⁵⁶ Ob. Cit, p. 11;

⁵⁷ Ob. Cit., p. 28;

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 23 e ss;

impulso, incentivo e direção do processo social. A Constituição dirigente aspira a ser um meio de direção social calculável e uma forma racionalizada de política. A política não dispensa a forma; o domínio carece de instituições organizadas; a direção da sociedade e dos grupos humanos precisa de normas jurídicas, até como forma de controlar a atuação do próprio Estado edificado pela Constituição.

Prosegue Canotilho⁵⁹ afirmando que:

“...o problema de uma constituição dirigente é, em grande medida, um problema de concretização constitucional. Mais rigorosamente: a realização constitucional é um problema de normação ou regulação e um problema de aplicação-interpretação que se deve captar através de uma ajustada medida constitucional.”

O tema do controle do poder do Estado está diretamente relacionado com o assunto tratado no tópico anterior, relativo à separação de poderes, bem como ao tema central do presente trabalho, qual seja o uso abusivo de competências normativas pelos órgãos integrantes do Poder Executivo. Parafraseando Bobbio⁶⁰ em seu *Dicionário da Política*, é coerente observar que nos séculos XIX e XX ocorreu o já referido aumento de funções e atribuições estatais. Ao tradicional aparelho político-representativo do Estado surgiram funções de natureza econômica e social, tendentes a assegurar na visão do professor referenciado, a integração da força-trabalho no equilíbrio do sistema político-econômico. Para Bobbio, é:

“esta mudança de conotações nas relações entre o ‘político’ e o ‘econômico’ que foi a origem da crise dos princípios fundamentais do Estado legislativo de direito: a) do princípio da supremacia do poder legislativo; b) da legalidade da atividade executiva do Estado, que há de dar-se segundo as formas preestabelecidas da lei

⁵⁹ Ob. Cit., p. 59;

⁶⁰ Ob. Cit., p. 406;

universal e abstrata; c) do controle de legitimidade, isto é, da conformidade com a lei, exercido pela atividade judiciária.”

Já para Poulantzas⁶¹ o papel da lei refere-se à repressão e limitação no exercício do poder. Para ele a lei:

“permite especialmente apresentar com precisão a questão da repressão no exercício do poder. Ora, também deste ponto de vista o Estado capitalista representa uma verdadeira ruptura em relação aos Estados pré-capitalistas.”

Na visão particular do citado autor, não haveria uma cisão entre a lei e a violência, na medida em que o Estado moderno dispõe do monopólio da violência e do terror supremo, do monopólio da força, em boa parte garantidos pelo monopólio da produção de normas jurídicas coativas. O Estado não mais exerce seu poder através da força física, ao menos nos Estados democráticos de direito, vez que em inúmeros outros ainda se observa fenômenos parecidos com as barbáries do passado. Polantzas na mesma passagem, contudo, alerta para o fato de que, mesmo que tal violência não transpareça no exercício cotidiano do poder, como ocorria tempos atrás, ela é mais do que nunca determinante. Sua monopolização pelo Estado induz às formas de domínio nas quais os múltiplos procedimentos de criação e consentimento desempenham o papel principal.

Aliás, ainda que possa parecer pleonástico, cabe ressaltar que o monopólio da força, no sentido de produção de normas jurídicas regradoras de conflitos, responsáveis pelo estabelecimento de princípios de conduta e também limitadoras do exercício de poder do Estado, estão concentradas sob a forma de monopólio, nas mãos do próprio Estado, em seus órgãos legislativos e, particularmente, num passado relativamente recente, nos órgãos integrantes da função ou Poder Executivo.

⁶¹ Ob. Cit., p. 74;

Oportuna aqui a menção a Bobbio⁶², até mesmo como epílogo a este capítulo, preparando-se já a discussão relativa ao tema que ocupará maior espaço no desenvolvimento do restante do trabalho. Analisa o ilustre professor nesta passagem o esvaziamento do Legislativo e a preponderância do Executivo:

“O Parlamento parece esvaziado de toda capacidade de decisão política que não seja a mera indicação de critérios sumamente genéricos, cuja aplicação é deixada aos múltiplos sistemas administrativo-industriais. (...) O princípio da preeminência do poder legislativo surge aqui destituído de fundamento, visto haver ocorrido um desvio do poder do Parlamento para o aparelho burocrático e a autonomia do Executivo. Esta transformação se explica pela necessidade de criar estruturas organizacionais e formas de intervenção flexíveis, livres das rígidas formas normativas do Estado de direito: isto representa a crise da legalidade da atividade executiva, cada vez menos condicionada pela forma da lei e cada vez mais desempenhada mediante procedimentos informais, subtraídos a qualquer controle de legitimidade.”

Em que pese a legalidade ser questão de forma, o fato é que, como lembrado por Paulo Bonavides⁶³, o poder legal representa o poder em harmonia com os princípios jurídicos que servem de esteio à ordem estatal. O conceito de legalidade situa-se num domínio exclusivamente formal, técnico e jurídico, sendo de grande importância para a organização do poder político. A legalidade é instrumento, embora não o único nem tampouco auto-suficiente, de combate ao arbítrio, evitando a dúvida, a insegurança, a intranquilidade e a suspeição, facilitando com isto a preservação de dois dos bens mais caros aos cidadãos quais sejam, a certeza e a transparência.

⁶² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: UnB, 2002, p. 406;

⁶³ Ob. Cit., p. 111-112;

CAPÍTULO 2

O GARANTISMO JURÍDICO E A VALIDADE DAS NORMAS

2.1 – Primeiras considerações:

O garantismo jurídico constitui uma teoria que se propõe a fazer a releitura do direito e do ordenamento jurídico, tecendo considerações sob um ponto de vista crítico em relação ao positivismo jurídico vigente nos ordenamentos de vários Estados, particularmente nos chamados Estados democráticos de direito. A teoria geral do garantismo foi desenvolvida pelo professor Luigi Ferrajoli⁶⁴ nos dois últimos capítulos de sua obra *Derecho y razón*, teoria esta que parte de algumas considerações muito particulares como por exemplo a redefinição dos conceitos de validade e vigência das normas jurídicas, analisando problemas complexos que afetam a efetividade dos direitos e garantias dos cidadãos, propondo uma mudança de paradigma a fim de resolver, ou ao menos auxiliar na resolução da crise institucional, política e jurídica do Estado contemporâneo.

Poder-se-ia mesmo, a título introdutório e com o devido respeito às posições contrárias, afirmar que o garantismo contrasta de um lado o direito fundamental à liberdade e de outro, o poder do Estado, procurando demonstrar que este não pode ser exercido abusivamente sob pena de ser desprestigiada a liberdade dos cidadãos. O modelo garantista constitui um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da atuação do Estado frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, direitos estes ameaçados pela atuação cada vez mais marcante dos Poderes Públicos, particularmente do Executivo, mediante o exercício de competências normativas infra legais, cujo escopo em inúmeras oportunidades é o de enfraquecer, desprestigiar e atentar contra as prerrogativas

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000;

do cidadão, inclusive enquanto contribuinte quando se trata de matéria tributária veiculada por decretos, portarias, instruções normativas e medidas provisórias, o que aliás constitui o tema central do presente trabalho a ser desenvolvido no terceiro capítulo.

2.2 - *O garantismo como teoria crítica ao positivismo tradicional:*

Revedo a doutrina que se debruça sobre a teoria garantista, toda ela conduzida pela pena do Professor Ferrajoli, é possível entender que o garantismo foi construído tendo como norte sua aplicação ao direito penal. Contudo, consoante já afirmado acima, nos dois últimos capítulos de sua obra *Derecho y Razón*, o professor Luigi Ferrajoli⁶⁵ lança as bases de uma verdadeira teoria geral do garantismo, a qual acaba constituindo uma base teórica crítica do positivismo jurídico vigente, conforme também já assinalado acima. Tanto nesta quanto em outras obras sucessivas, Ferrajoli⁶⁶ destaca a crise vivenciada pelo Estado, a qual em sua visão é também a crise do positivismo, propondo a partir daí um novo modelo jurídico-político, estruturado justamente sobre as bases de sua teoria. Parafraseando-o, os três aspectos que expressam esta crise profunda e crescente do direito, a qual atinge inclusive os países de democracia mais avançada são os seguintes:

a) *Crise de legalidade*: expressa na ausência ou ineficácia de controles por parte da sociedade e do próprio Estado, o que resulta na ilegalidade do poder, cercado de corrupção crescente nos meios políticos, nas finanças públicas e na economia, fenômeno este facilmente percebido nas décadas recentes, particularmente naqueles Estados em que a imprensa e os demais meios de divulgação encontram o caminho livre para externar e divulgar os fatos políticos;

⁶⁵ Ob. Cit.;

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 15-17;

b) *Crise do Estado Social*: consistente numa inadequação estrutural das formas de Estado de direito às funções do Estado do bem-estar na medida em que há uma contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito e o Estado social – no qual demanda-se a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas por parte do próprio Poder Público. A crise em comento manifesta-se através de uma **inflação legislativa** decorrente das pressões setoriais e corporativas o que acarreta a perda da generalidade e abstração das leis, substituídas pelo casuísmo legal; esta crescente produção de leis e atos-regra gera falta de certeza e segurança jurídica;

c) *Crise de constitucionalidade*: representada pela crise do Estado Nacional, expressada pela mudança do conceito clássico de soberania, hoje quase inexistente em inúmeros países por força do debilitamento do constitucionalismo, resultante do processo de integração mundial e da falta de um constitucionalismo de direito internacional; inexistente também uma hierarquia entre as fontes normativas de direito nas relações internacionais, o que tem acarretado inúmeros problemas nas relações entre diferentes Estados e organismos de caráter internacional e supra-nacional.

Observe-se inclusive, que na visão de Ferrajoli⁶⁷ esta tríplice crise do direito corre o risco de desembocar numa crise da democracia, numa crise de sujeição – ou da falta de sujeição – dos Poderes Públicos à lei. O resultado é a reprodução de formas neo-absolutistas de poder, expressas por exemplo, numa contextualização à realidade brasileira, pelo excesso de medidas provisórias em regimes presidencialistas versando as mais diferentes matérias: administrativa, previdenciária, tributária, assistencial, trabalhista etc. Tais veículos normativos infra-constitucionais e infra-legais acabam por tratar de temas que em princípio deveriam ser objeto exclusivo da lei, entendida esta como ato normativo privativo do Legislativo. Hoje há carências de limites e controles sobre os atos estatais, particularmente aqueles oriundos dos órgãos pertencentes ao Executivo.

⁶⁷ Ob. Cit., p. 15-17;

Mister destacar as considerações do professor Sérgio Cademartori⁶⁸ ao analisar a crise do Estado de Direito e do Estado Constitucional de Direito:

“... a norma geral e abstrata deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais. A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite do poder.”

Neste sentido e parafraseando o professor Sérgio Cademartori⁶⁹, é possível observar que o Estado de direito atual, ou aquilo que se entende por Estado de direito atualmente, apresenta inclinações neo-absolutistas, evidenciadas por práticas antigarantistas embasadas em normatividade de emergência e de exceção, oriunda de interesses setoriais da sociedade. Isto acaba por enfraquecer o Estado de Direito visto como instrumento político a serviço de todo o corpo social. **O garantismo atribui então ao Estado uma concepção instrumental, já que a pessoa é o centro das atenções, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir.**

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Luiz Henrique Urquhart Cademartori⁷⁰ também entende que à vista do garantismo jurídico deve haver uma centralidade no cidadão frente ao poder estatal. Para ele, o Estado constitucional de direito descrito pelo garantismo atende a um modelo político-jurídico caracterizado por

⁶⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.27;

⁶⁹ Ob. Cit., p. cit;

⁷⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 17;

uma efetiva supremacia constitucional, pela acepção mais ampla do princípio da legalidade no sentido de uma **submissão do direito ao direito** e finalmente na funcionalização de todos os Poderes Públicos à garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Em que pese entender-se aqui o garantismo como teoria crítica a este positivismo clássico, perdido no meio das três crises destacadas acima, é importante considerar as diferentes acepções para o termo garantismo lembradas por Ferrajoli⁷¹ quais sejam: a) garantismo como modelo normativo de direito enquanto técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, funcionando como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; b) garantismo como teoria jurídica de validade e de efetividade, reconhecendo-se a partir daí uma divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo; c) garantismo como uma filosofia que impõe ao direito e ao Estado a carga de justificação externa conforme os bens e interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos.

Neste contexto, sempre acompanhando a proposta teórica de Ferrajoli⁷², os **elementos integrantes da teoria geral do garantismo** são os seguintes: a) caráter vinculado do Poder Público no Estado de direito; b) a diferença entre validade e vigência – a ser tratada mais adiante em tópico específico – e um certo grau de legitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; c) a diferença entre os pontos de vista externo (ético-político) e interno (jurídico) com a correspondente diferença entre justiça e validade da norma jurídica; d) a precedência da justiça e da validade.

Aliado a tais elementos, a teoria geral garantista possui um pressuposto metodológico de suma importância qual seja, a separação entre direito e

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi . *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2000, p. 851-853;

⁷² Ob., cit., p. 856 e ss;

moral, na medida em que para o garantismo, Estado de direito é aquele caracterizado pela legalidade no plano formal e pela funcionalização de todos os poderes estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos no plano substancial. O Estado de Direito deve superar pois, o formalismo dos direitos, adentrando mais a fundo na questão primordial da realização e efetivação dos direitos fundamentais, os quais não devem ser então objeto de mera retórica legislativa, mas proporcionarem o gozo efetivo aos cidadãos mediante ações concretas do Estado.

A crítica desenvolvida pelo garantismo advém justamente da falta de garantias aos direitos sociais. Observe-se que em relação aos direitos sociais e demais direitos fundamentais, a teoria garantista frisa um contraste entre o Estado liberal e o Estado social: no primeiro exige-se uma postura negativa do Estado no sentido de não ofender aquelas garantias de liberdade do cidadão; são os “direitos de” correspondentes a proibições ou deveres de não fazer dirigidos aos Poderes Públicos. Já no Estado social, além desta postura negativa, exige-se também dos órgãos estatais obrigações de fazer no sentido de agir para efetivar prerrogativas e direitos dos cidadãos; são os “direitos a” que correspondem a obrigações de agir, de atuar. A referida falta de garantias dos direitos sociais, um dos pontos centrais da crítica desenvolvida pelo garantismo, é ressaltada por Ferrajoli⁷³ nos seguintes termos:

“O enunciado constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas por parte do Estado, sem embargo, não tem sido acompanhado pela elaboração de garantias sociais ou positivas adequadas, é dizer, por técnicas de defesa e de proteção jurisdicional comparáveis às previstas pelas garantias liberais para a tutela dos direitos de liberdade.”

O garantismo então assume uma posição ofensiva no sentido de reclamar e protestar por uma atuação mais efetiva do Estado, o qual deve abandonar a

⁷³ Ob. Cit., p. 863;

postura passiva atual em face das carências e demandas sociais, agravadas em países periféricos como por exemplo o Brasil. Para respeitar e fazer cumprir os direitos dos cidadãos, efetivando-os e viabilizando o plano democrático, o Estado deve adequar-se à proposta garantista, sobretudo porque o garantismo neste Estado funcionará justamente como base da democracia substancial na exata medida em que constitui uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos dirigida a determinar o que os mesmos não devem e o que devem decidir. Neste sentido, Ferrajoli⁷⁴ afirma o seguinte:

*“Se a regra do Estado liberal de direito é que não se pode decidir sobre tudo, nem mesmo por maioria, a regra do Estado social de direito é **que não se pode deixar de decidir sobre tudo, nem mesmo por maioria**; sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode deixar de decidir.”*

(sem grifos no original)

Com base nesta citação e à vista de seu significado à luz da teoria garantista, compreende-se o sentido que pretende a mesma atribuir ao Estado, cuja atuação deve pautar-se pelo respeito às suas normas fundantes, constantes da Constituição, e aos direitos fundamentais dos cidadãos, quer individuais quer sociais. Em face disto, nem mesmo decisões de uma maioria eventual, expressas em textos de normas jurídicas infra-constitucionais, constituem veículos hábeis a flexibilizar, enfraquecer ou mesmo desprestigiar os direitos fundamentais. Ora, se nem mesmo normas jurídicas expressas sob a forma de leis ordinárias – que expressam a vontade de uma maioria eventual, representada no seio do Legislativo – podem fazê-lo, quer parecer claro que tampouco o pode um ato normativo emanado do seio do Executivo, como por exemplo a medida provisória num regime presidencialista de governo como o vigente no Brasil, ainda que se alegue o controle *a posteriori* levado a efeito pelo Legislativo quando vota, aprovando ou rejeitando o texto da medida provisória, como está previsto no atual regime brasileiro, após o advento da Emenda Constitucional 32/20001. Tal discussão será

⁷⁴ Ob. Cit., p. 864;

retomada no capítulo terceiro ao tratar-se do tema central da pesquisa que resultou no presente trabalho.

O que interessa particularmente neste momento são as técnicas utilizadas pelo garantismo para instrumentalizar esta mudança de paradigma do Estado contemporâneo. Parafraseando o professor Ferrajoli⁷⁵, tais técnicas consistem justamente nas garantias de que são providos os direitos fundamentais do cidadão, as quais foram previstas pelo ordenamento jurídico com o condão de reduzir a distância entre normatividade e efetividade, possibilitando assim a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional. As garantias podem ser de dois tipos: a) garantias liberais: positivas, dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade e que são técnicas de invalidação dos atos que violem as liberdades; b) garantias sociais: negativas, asseguram a tutela dos direitos sociais e que funcionam como técnicas de coerção/sanção contra a omissão de medidas obrigatórias que visam satisfazer os direitos sociais.

De acordo com a teoria garantista, assim como o Estado não pode omitir-se em suas funções e deveres no sentido de preservar e realizar os direitos dos cidadãos, a Ciência do Direito não pode ser meramente descritiva das normas integrantes do ordenamento. É necessária a assunção de uma postura crítica e prospectiva que constitui concomitantemente tarefa científica e política, cujos objetivos devem ser: a) a descoberta de antinomias e lacunas do ordenamento; b) a proposição desde dentro das correções com base nas técnicas previstas pelo ordenamento jurídico; c) a sugestão desde fora de novas formas de garantia aptas a corrigir os vícios. Esta a lição de Ferrajoli nas obras já referenciadas.

Esta é a proposta garantista enquanto teoria crítica ao positivismo jurídico tradicional vigente, teoria propugnadora de uma verdadeira mudança de

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 25;

paradigma, de postura do Estado e dos agentes e órgãos públicos dele integrantes, mudança na forma de exercício do poder.

2.3 - Direitos fundamentais e suas garantias:

Entendendo ser muito pretensioso criar aqui conceitos, ainda que qualquer deles não seja absoluto nem imune a críticas, é conveniente mencionar o conceito de direitos fundamentais de Luiz Henrique Cademartori⁷⁶ nos termos seguintes:

“...são aqueles direitos que impõem limitações, além de demandar providências, legitimados pela soberania popular, aos poderes estatais que efetivamente deles dependem.”

O mesmo professor⁷⁷ também conceitua as garantias fundamentais como:

“... as técnicas de limitação da atuação do Estado no que se refere aos direitos fundamentais de liberdade e de outra parte, como técnicas de implementação no que se refere aos direitos sociais.”

Isto posto e partindo de tais conceitos, reconhecendo porém que há vários outros também aceitáveis e plenamente utilizáveis, convém iniciar uma análise mais detalhada sobre o tema, particularmente sua relação com a teoria garantista e com a reestruturação do Estado a partir do garantismo conforme abaixo descrito.

⁷⁶ Ob. Cit., p. 23-24;

⁷⁷ Ob. Cit., p. 27;

Amplamente notória a importância da existência dos direitos e garantias fundamentais bem como o respeito àqueles através da efetividade destas. Em que pese a ciência destes aspectos bem como a previsão expressa dos mesmos nos variados exemplos de Estados democráticos de direito, a verdade é que assiste-se atualmente a um fenômeno muito particular: a retórica formal que encobre muitas situações inaceitáveis sob o ponto de vista garantista. Evidentemente a forma que reveste os direitos é de suma importância. Todavia, apenas ela não é suficiente para que se tenha na prática o gozo dos mesmos pelos cidadãos. Nalgumas hipóteses inclusive, normas jurídicas resultantes de maiorias eventuais aferidas no âmbito do Legislativo, sem legitimação suficiente ou mesmo normas criadas no âmbito restrito e fechado do Executivo atentam contra princípios jurídicos e direitos individuais e sociais. Tais situações são inaceitáveis e devem ser enfrentadas pelo Estado contemporâneo, a menos que se pretenda a perpetuação da já inúmeras vezes referida crise instaurada a partir de meados do século XX.

Sérgio Cademartori⁷⁸ foi muito feliz ao comentar o tema nestes termos:

“A opção pela forma jurídica do poder supõe, então, considerar que o direito é o único meio legítimo (legitimidade formal, entenda-se) de expressão do poder político. (...) Assim, as expressões de poder que não consigam reunir um mínimo de formalidade não poderão fazer surgir nos atingidos pela mesma, o sentimento de adesão ou obediência. (...) Dizer que o poder se expressa juridicamente implica proceduralizar o exercício do poder (...). Com a submissão do poder ao Direito, este deixa de ser um instrumento do qual o poder dispõe livre e arbitrariamente e passa a ser uma instância que disciplina e limita o seu exercício.”

⁷⁸ Ob. Cit., p. 22;

Ao analisar-se a questão relativa aos direitos e garantias fundamentais sob o enfoque garantista não há como deixar de referir a classificação dos direitos fundamentais feita por Ferrajoli⁷⁹ noutra obra de grande importância. De acordo com ele, os direitos fundamentais são de quatro tipos:

I – *Direitos humanos*: direitos primários das pessoas concernentes a todos os seres humanos, tais como o direito à vida, à liberdade de consciência, à saúde, à educação etc;

II – *Direitos públicos*: direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos, tais o direito de residência, de reunião e associação, direito ao trabalho etc;

III – *Direitos civis*: direitos secundários adstritos às pessoas com capacidade de fato, os absolutamente capazes no ordenamento pátrio, cujos exemplos são a liberdade contratual, a livre iniciativa, o direito de adquirir bem como o de contrair obrigações na vida civil;

IV – *Direitos políticos*: direitos secundários reservados unicamente aos cidadãos com capacidade de trabalhar como o direito de voto, o direito de ser votado e o direito de ascender a cargos públicos.

Levada em conta tal classificação, para Ferrajoli são direitos fundamentais – humanos, públicos, civis ou políticos – todos aqueles, e somente aqueles, que sejam atribuídos universalmente a classes de sujeitos determinados pela identidade de pessoas, cidadãos ou titulares da capacidade de fato, sem exclusões ou exceções arbitrárias, inaceitáveis para o mencionado professor.

Neste ponto cabem alguns questionamentos: Por quê são tão importantes os direitos fundamentais? Quais as razões que resultam num tratamento diferenciado dos mesmos? Por que debater tanto sobre eles? – As respostas a tais

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 39 e ss;

perguntas encontram assento na própria razão de ser do Estado Democrático de Direito, assim entendido aquele que é regido pela idéia de legalidade e de submissão absoluta aos princípios e normas constitucionais, asseguradoras da isonomia, da liberdade, da vida, da cidadania mesma. Parafraseando o professor Sérgio Cademartori⁸⁰, o respeito aos mesmos e sua efetiva implementação pelo Estado e gozo pelos cidadãos constitui o parâmetro para se aferir a legitimidade democrática dos governos contemporâneos. Referida implementação se dá através de mecanismos de legalidade, erigida em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais plasmados através dos direitos fundamentais. Eles podem ser entendidos como prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, nalgumas situações, dependendo da postura dos Poderes Públicos, até mesmo como prerrogativas contra o Estado. Seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos cidadãos acerca da mesma. Na lição do referido professor:

“Eles são frutos de uma concepção individualista da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais.”

Outra questão que se apresenta é de como poder-se-ia chamar – ou como se tem observado no pós-modernismo, como se pode chamar – de Estado democrático de direito aquele que despreza os direitos e garantias fundamentais, relegando-os a um plano inferior, atribuindo importância ínfima aos mesmos? Esta parece ser uma pergunta que cala de certa forma manifestações de cunho arbitrário.

Em conexão direta com os direitos fundamentais está a igualdade jurídica já mencionada sucintamente, assim entendida como aquele ideal tão distante num regime que atribui excessivamente competências normativas ao Executivo, praticamente estendendo ao infinito os poderes dos seus órgãos dirigentes e sufocando a coletividade

⁸⁰ Ob. Cit., p. 33 e ss;

com uma verdadeira avalanche normativa infra-legal. A igualdade jurídica ou isonomia de tratamento jurídico aos cidadãos, sempre levadas em conta as diferenças características de um corpo coletivo e heterogêneo como a sociedade, deve constituir uma meta incansável do Estado. Referida meta, qual seja, a igualdade jurídica, demanda a existência e preservação dos direitos fundamentais, os quais correspondem a interesses e expectativas de todos os integrantes da sociedade, formando verdadeiros parâmetros para a igualdade de todos. É a dimensão substancial da democracia como quer Ferrajoli⁸¹.

Conveniente também, senão necessário, enumerar e descrever as características dos direitos fundamentais:

a) *Indisponibilidade* no sentido de que os direitos fundamentais não estão disponíveis a interesses menores, integrando o patrimônio jurídico do cidadão, não tendo sido a ele deferidos pelo Estado, mas sendo sim inerentes à própria cidadania. Entendimento em sentido diverso poderia apontar para a possibilidade, ao menos em tese, que assim como o Estado concedeu através de liberalidade tais direitos ao cidadão, poderia revogá-los ou suspender sua eficácia através de outro ato, legitimado para tanto por uma lei;

b) *Inalienabilidade*, com o que pretende-se impor a impossibilidade do cidadão deles abdicar. Em que pese tratar-se de direitos do cidadão, não pode o mesmo negociá-los ou permitir que isto se faça por outros, sobretudo por serem direitos inerentes a pessoa humana, direitos que embora integrem o patrimônio jurídico de seus titulares não são passíveis de renúncia;

c) *Inviolabilidade*, característica segundo a qual ninguém pode desrespeitá-los ou ofendê-los, nem mesmo o Estado ou os Poderes Públicos constituídos e legitimados, pois não estão sob a égide da discricionariedade do Estado em respeitá-los ou não. Trata-se de verdadeiras barreiras edificadas contra a ação arbitrária ou abusiva dos órgãos públicos;

⁸¹ Ob. Cit., p. cit;

d) *Intransigibilidade*, pelo que não é possível a ninguém, ainda que com a anuência do titular, transigir com eles ou flexibilizá-los enquanto prerrogativas defensivas do cidadão;

e) *Personalísimos*, característica conexas à inalienabilidade, posto que ainda que o cidadão concordasse em transferir o exercício de algum seu direito fundamental a outrem – se é que isto fosse factivelmente realizável – tal anuência não teria efeitos jurídicos na medida em que são do cidadão e apenas dele, somente este podendo gozá-los, ainda que a defesa dos mesmos possa se dar mediante instrumentos jurídico-processuais a serem manuseados por terceiros, como os órgãos do Ministério Público, por exemplo.

Outra questão a não perder de vista é aquela relativa à função social e democrática dos direitos fundamentais. Canotilho⁸² ao tratar desta matéria ressalta a importância da intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais, entendendo que os direitos econômicos, sociais e culturais acabam por transformar-se em modelos de ação para o Estado e para os próprios cidadãos, o que de certa forma está ligado ao modelo garantista, já que segundo o mencionado autor a imposição dos direitos fundamentais implica uma determinação heterônoma, positiva e negativa, da realização legislativa do catálogo de direitos. Seria, “grosso modo”, como entender que a simples existência de tais direitos obriga o Estado a agir, ora praticando

⁸² Ob. Cit., p. 377-378, *in verbis*: “A perda de justiciabilidade e a colocação dos direitos a prestações dentro da reserva do possível e da reserva de lei devem ser compensadas por uma intensificação de participação democráticas na política dos direitos fundamentais. A liberdade de conformação do legislador na concretização (ou não concretização) dos direitos a prestações sofre aqui a compressão democrática constitucional de forma a evitar-se que: (1) a pretexto de não haver ‘meios jurídicos’, os direitos fundamentais se tornem ‘fórmulas vazias’, em virtude de o legislador ‘não ter vontade’ ou ‘ser incapaz’ de actualizar os direitos económicos, sociais e culturais, constitucionalmente garantidos; (2) o ‘conhecimento jurídico’ e as ‘valorações políticas’ dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais não resvale para o arbítrio e completa desconformidade com os princípios de realização constantes de normas constitucionais. Eis porque os direitos económicos, sociais e culturais, ao transformarem-se em ‘modelos de ação’ para o Estado e os cidadãos, exigem uma compreensão material quer dos direitos fundamentais, quer da liberdade de conformação do legislador. Esta não é aqui uma ‘discrecionabilidade’ ou ‘liberdade de conformação’ essencialmente negativa: a ‘imposição’ dos direitos fundamentais, pelo menos na configuração que a estes direitos dá a Constituição Portuguesa de 1976, implica uma determinação heterônoma, positiva e negativa, da realização legislativa do catálogo de direitos.”

atos para efetivar tais direitos inclusive através da edição de leis, ora omitindo-se da prática de atos que eventualmente pudessem atentar contra os direitos fundamentais.

A questão é de relevância ímpar, sobretudo no contexto atualmente vivenciado em muitos Estados em face das influências extra-jurídicas sobre os órgãos de governo, cuja conduta acaba sendo orientada para o atendimento de interesses particulares de grupos muito fechados e com um poder de barganha considerável. O corporativismo e os privilégios acabam sobrepondo-se aos direitos fundamentais. Como forma de coibir tais condutas e evitar ou remediar as nefastas conseqüências daí resultantes para a efetivação do gozo dos direitos fundamentais, os sistemas jurídico-políticos baseados em Constituições democráticas enumeraram uma série de “remédios providenciais” – as chamadas garantias fundamentais ou garantias constitucionais dos direitos individuais e sociais, as quais na lição já referida do professor Ferrajoli⁸³, atuam justamente como técnicas previstas pelo ordenamento jurídico para reduzir a distância entre normatividade e efetividade e com isto, possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua previsão constitucional. São tais garantias de dois tipos, consoante também já mencionado antes: a) *garantias liberais*, assim entendidas aquelas positivas, dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, constituindo pois, técnicas de invalidação de atos que violem as liberdades; b) *garantias sociais*, as quais asseguram a tutela dos direitos sociais, sendo técnicas de coerção/sanção contra a omissão de medidas obrigatórias que satisfaçam os direitos sociais.

Como ensina Canotilho⁸⁴ na lição transcrita antes em nota de rodapé, são os próprios direitos individuais e sociais em seu conjunto que influenciam e demandam do Poder Público uma atuação de modo a respeitá-los e até efetivá-los. Veja-se por exemplo, o caso dos direitos à previdência, assistência social, saúde pública e educação. Imaginando as hipóteses, infelizmente tão presentes na realidade

⁸³ Ob. Cit., p.22;

⁸⁴ Ob. Cit., p. cit;

contemporânea, de cidadãos absolutamente desprovidos de recursos financeiros necessários para arcarem com um tratamento médico urgente e importante para evitar o agravamento de uma moléstia qualquer, ou mesmo – mais grave ainda – para evitar sua morte. Consoante previsão constitucional, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Logo, é o Estado o responsável por suprir esta necessidade premente do cidadão que não dispõe de condições para financiar um tratamento particular. No caso de não estar disponibilizado um leito hospitalar, um centro cirúrgico ou mesmo médicos para o atendimento imediato, urgente e premente, sem o qual o cidadão corre o risco de vida, com base na própria existência do direito fundamental à vida e à saúde pública é não só possível como até indispensável que o mesmo utilize um instrumento para garantir seu direito. No caso em questão, seria possível socorrer-se de qualquer medida judicial no sentido de compelir o Estado a arcar com os gastos necessários para a indispensável intervenção médico-cirúrgica, obviamente com a solicitação e obtenção de uma medida liminar antecipatória, ainda que eventual legislação arbitrária impeça o deferimento de tal medida ao cidadão. Por óbvio esta lei hipotética não poderá produzir qualquer efeito na medida em que atenta contra primados básicos da Constituição, ofendendo inclusive a efetividade de direitos defendida pelo garantismo jurídico.

Muitas outras situações poderiam ser enumeradas, por exemplo, uma situação bem particular no caso de um contribuinte – para contextualizar e aproximar o raciocínio do tema central objeto do presente trabalho – que tenha ofendido o seu direito fundamental a não ter seu patrimônio ou renda tributados retroativamente, vale dizer, fatos por ele praticados ou incorridos como a aquisição de renda em período anterior à publicação de uma norma jurídica que aumente a alíquota do imposto incidente sobre tal aquisição de disponibilidade, ainda mais se a norma for veiculada por ato baixado pelo Executivo, como uma medida provisória, por exemplo. Ainda que se afirme poder tal situação ser remediada futuramente com um eventual direito de restituição posterior ao trânsito em julgado da decisão, quer parecer premente a prerrogativa do cidadão instrumentalizar o respeito imediato ao seu direito fundamental, enquanto

contribuinte, de não sofrer tributação mais onerosa retroativamente. Obviamente, em caso contrário, a segurança jurídica do cidadão estaria maculada e seu direito fundamental perderia toda a força, a qual é sua característica. Há também aqui garantias fundamentais disponibilizadas aos contribuintes sob a forma de mandado de segurança com pedido de liminar, ação direta de inconstitucionalidade com medida cautelar suspensiva da lei até o julgamento do mérito, cuja legitimidade para propositura é enumerada em “números clausus” pela Constituição – por exemplo, uma associação de classe ou um partido político que pretenda defender os interesses dos cidadãos e também de toda a sociedade, atingida pela norma abusiva.

O fato é que, como exposto pelo professor Canotilho, são os próprios direitos fundamentais que levam o Estado a omitir-se nalgumas situações e agir noutras, particularmente quando se está diante de direitos sociais, os quais demandam uma atuação dos Poderes Públicos com o escopo de cumprir a determinação principiológica constitucional.

Na lição de Ferrajoli⁸⁵:

“O paradigma do Estado Constitucional de Direito – ou seja, o modelo garantista – não é outra coisa que esta dupla sujeição do direito ao direito, que afeta a ambas dimensões de todo fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os signos e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se desejar, a racionalidade formal e a racionalidade material weberianas.”

Oportuna aliás, a menção de Ferrajoli professor à vigência e validade, objeto do próximo tópico, nos termos que seguem, questão esta de grande importância e que ocupa boa parte do desenvolvimento da teoria geral do garantismo jurídico.

⁸⁵ Ob. Cit., p. 22;

2.4 - Vigência, validade e eficácia das normas jurídicas:

2.4.1 - Vigência, validade e eficácia:

O ordenamento jurídico poderia ser conceituado como a base funcional do Estado, na medida em que compreende o conjunto das normas que regulamentam a vida em sociedade, servindo tais normas como parâmetros para a resolução de conflitos entre os indivíduos que convivem na ordem estatal bem como dos conflitos entre um cidadão qualquer e o próprio Estado. Desta forma, sempre que surja alguma divergência de interesses entre dois cidadãos ou entre um cidadão e o Estado, a solução de tal conflito resultará da aplicação de uma norma jurídica, como se fosse, metaforicamente, um remédio necessário à cura de um desarranjo. Seu conjunto – de todas as normas jurídicas – constitui aquilo que se convencionou chamar de ordenamento.

Contudo, referido ordenamento jurídico é integrado não apenas por normas cujo escopo é solucionar conflitos interindividuais, seja mediante a regulamentação da conduta destes indivíduos, seja mediante a atribuição de direitos aos mesmos, inclusive os direitos fundamentais já tratados antes. Há um outro tipo de normas, da mesma forma relevantes, espécie esta que se ocupa com a estrutura do Estado e do Governo e com a forma como devem ser produzidas as demais normas jurídicas. Trata-se das chamadas normas de estrutura, consoante muito bem explicado por Bobbio⁸⁶:

“Em todo o ordenamento jurídico, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas.”

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 33;

Assim, é possível definir as **normas jurídicas de comportamento** como normas que outorgam direitos e estabelecem deveres aos indivíduos subordinados à ordem estatal, vale dizer, normas que delimitam a atuação das pessoas e são utilizadas como instrumentos para solucionar eventuais conflitos oriundos das divergências entre os sujeitos de direito ou dos abusos por eles cometidos, a fim de preservar a segurança jurídica e a convivência harmônica na vida em sociedade. Já as **normas de estrutura** ocupam-se basicamente com a forma assumida pelo Estado bem como com a competência (atribuição de poderes) e o procedimento para a produção das normas jurídicas, ou seja: a) definição de quem pode produzir as normas de conduta; b) definição da maneira de produção de referidas normas.

Neste sentido, as normas de estrutura são verdadeiros limites à produção normativa dos órgãos governamentais, aí compreendidos o Legislativo e o Executivo, cuja função normativa tem crescido consideravelmente nas últimas décadas. Seguindo os passos de Hart⁸⁷, as normas de estrutura assemelhar-se-iam às chamadas por ele “normas secundárias”, porquanto segundo tal autor, primárias são aquelas do tipo básico que exigem que se faça ou se abstenha de fazer alguma coisa enquanto que as secundárias asseguram que se possa criar novas regras do tipo primário, extingui-las ou modificá-las, ou ainda determinar diferentes modos de sua incidência ou fiscalizar sua aplicação.

Contudo, eventualmente podem surgir conflitos entre as diferentes normas integrantes do ordenamento jurídico. É possível inclusive afirmar que os problemas do ordenamento jurídico decorrem das relações mantidas entre suas normas, bem como dos conflitos eventualmente verificados entre as mesmas. Daí decorrem as discussões quanto à unidade, às antinomias e à completude do ordenamento, muito bem

⁸⁷ HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1961, 53 p.

expostas por Norberto Bobbio⁸⁸ que destaca inclusive a existência de alguns critérios para preservar a coerência do ordenamento jurídico, quais sejam: a) critério hierárquico (norma superior prepondera sobre a inferior); b) critério da especialidade (norma especial derroga a norma geral); c) critério temporal (norma mais recente prefere à mais antiga).

Há que se observar também a existência em muitos ordenamentos jurídicos de alguns instrumentos para a preservação da unidade e coerência do sistema, baseados nos critérios acima identificados. Maria Helena Diniz⁸⁹ destaca alguns destes instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a) Ação direta de inconstitucionalidade contra ato ou omissão contrários à Constituição; b) Medida cautelar enquanto pendente o julgamento da Adin; c) Declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário contra ato legislativo ou executivo por meio da via de exceção, para resolver casos concretos; d) Analogia, costume e princípios gerais de direito (art. 4º da LICC); e) O respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

Sem dúvida, a unidade e coerência do ordenamento jurídico são importantes porquanto preservam a segurança jurídica, fim último da existência das normas jurídicas e do próprio ordenamento como um todo, o qual decorre da soberania, conceituada por Miguel Reale⁹⁰ como uma qualidade do ordenamento jurídico, expressão da unidade e da validade objetiva do sistema gradativo de normas com o qual o Estado se identifica. Afirma o mencionado professor o seguinte:

“... a soberania é, dessarte, um poder de vontade que positiva, é um poder que decide em última instância, tanto quando há previsão legal como quando há lacunas na lei, isto é, nos casos juridicamente normais e nos casos de exceção.”

⁸⁸ Ob. Cit.;

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.137-142;

⁹⁰ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.344;

Em outra de suas obras Ferrajoli⁹¹ lembra que coerência e plenitude não são características empíricas do direito senão requisitos do discurso teórico sobre o direito. No ordenamento jurídico convivem e coexistem normas em contradição, todas vigentes até que a antinomia seja suprimida mediante declaração de inconstitucionalidade, pelo que validade e vigência não coincidem.

Cabe observar que é justamente nos casos excepcionais, anormais ou seja lá que denominação se lhes atribua, que se faz necessária uma gama de instrumentos para garantir o bom funcionamento do ordenamento e a segurança dos jurisdicionados, daqueles sujeitos à ordem de poder estatal. Daí a importância dos critérios de preservação da unidade e coerência do sistema.

O garantismo então procede a uma diferenciação muito clara entre a validade e a vigência das normas jurídicas no sentido de que a validade refere-se ao fundamento da norma, dividindo-se tal aspecto em material e formal, conforme a seguir referido. Já a vigência refere-se a simples existência da norma no mundo jurídico, à sua simples presença no ordenamento, não se confundindo pois, com aquilo que para o garantismo jurídico é a validade formal da norma. Já a eficácia refere-se à produção de efeitos por parte da norma jurídica seja em razão de já haver sido superada alguma condição ou termo previsto pela própria norma – *vacatio legis*, por exemplo – seja pela aceitação da mesma por seus destinatários, os quais a cumprem – é o que alguns afirmam ser a eficácia social da norma.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 188: “*A coherencia é um dever ser que atua a través da obrigação de intervenção da Corte Constitucional. Aos direitos fundamentais negativos corresponde, segundo a definição proposta, a garantia primária consistente na proibição para o legislador de violá-los e a garantia secundária consistente na obrigação da Corte de nular as normas que os violem. De igual modo, corresponde aos direitos fundamentais positivos estabelecidos por constituições rígidas, como são os direitos sociais, a garantia primária consistente na obrigação do legislador de viabilizar sua satisfação mediante leis que introduzam as obrigações nas instituições especificamente encarregadas dela. (...) analogamente à solução das antinomias eliminadas pela intervenção de uma Corte Constitucional, a solução de tais lacunas não é nunca possível por via interpretativa; requer uma intervenção operativa.*” ;

2.4.2 - *Validade formal e validade substancial:*

Tomando como ponto de partida a estruturação hierarquizada do ordenamento jurídico, conforme doutrina de Hans Kelsen⁹², pode-se concluir que toda norma jurídica integrante de um dado sistema deve possuir um fundamento de validade, tanto formal como material na medida em que existem duas ordens de limitações às normas jurídicas, justamente aquelas de natureza formal e aquelas de natureza material. Isto posto, para que uma norma jurídica seja considerada plenamente válida não basta que seja vigente nem tampouco que seja eficaz. Aliás, os aspectos de validade, vigência e eficácia, em que pesem estarem relacionados, são distintos entre si. Enquanto a vigência refere-se exclusivamente à existência da norma dentro do ordenamento jurídico e a eficácia à sua efetiva aplicação e produção de efeitos, a validade está relacionada com a fundamentação da norma, vale dizer, com o respeito por parte da norma jurídica quanto às regras estabelecidas pelo próprio ordenamento para que a mesma fosse produzida.

À luz do garantismo jurídico e da diferenciação por ele feita entre validade e vigência, são oportunas as palavras de Bobbio⁹³ sobre os limites materiais e formais das normas jurídicas:

“Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim como o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa. Os limites com que o poder superior restringe e

⁹² KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 397 p.;

⁹³ Ob. Cit., p. 53;

regula o poder inferior são de dois tipos diferentes: a) relativos ao conteúdo; b) relativos à forma.”

Decorrem daí justamente as análises quanto à validade formal e material das normas jurídicas integrantes de um dado ordenamento.

2.4.2.1 - Validade formal:

A validade formal das normas jurídicas de um ordenamento, conforme o próprio adjetivo está a indicar, decorre do respeito aos parâmetros atinentes à limitação formal de referidas normas jurídicas, ou seja, aos requisitos da competência e do procedimento para sua elaboração. Se toda norma jurídica busca seu fundamento de validade em outra norma colocada em nível superior no ordenamento, conforme a figura da pirâmide jurídica utilizada por Kelsen⁹⁴ - pressupondo claro, a estruturação hierarquizada do ordenamento – somente aquele órgão ao qual foi atribuída a prerrogativa, o poder de elaborar a norma, é que poderá agir. Qualquer interferência em sua atividade, qualquer invasão em sua esfera de competência, maculará de invalidade o produto de referida atividade – a norma jurídica elaborada por quem não dispunha da competência outorgada pela norma superior.

Da mesma forma, o procedimento a ser utilizado para a criação, para a elaboração do texto normativo, deve ser aquele estabelecido pela norma de escalão superior na qual se fundamenta a norma jurídica em via de produção. Qualquer desvio do iter procedimental previsto na norma superior acarretará inevitavelmente a invalidade da norma produzida, a qual ainda que vigendo e produzindo efeitos poderá ser desconstituída a qualquer momento, como ocorre no atual sistema jurídico brasileiro mediante o controle

⁹⁴ Ob. Cit.;

de constitucionalidade, o qual nada mais significa que um verdadeiro controle de validade das normas jurídicas (leis, decretos e demais atos normativos).

2.4.2.2 - *Validade material:*

Por outro lado, a validade material, também chamada de validade substancial da norma jurídica, refere-se não aos requisitos da competência e do procedimento corretos estabelecidos para sua elaboração, mas sim ao respeito quanto aos direitos fundamentais (individuais e sociais) dos cidadãos, bem como do respeito às garantias de tais direitos.

Segundo Bobbio⁹⁵, os limites materiais referem-se ao conteúdo propriamente dito da norma jurídica. Exemplificativamente, os limites impostos quanto ao conteúdo das normas podem ser positivos ou negativos: a) quando a Constituição determina que o Governo deve providenciar a instrução fundamental a todas as crianças em idade escolar, atribui ao legislador infra-constitucional um limite positivo (deve legislar); b) quando a Constituição outorga aos cidadãos o direito à liberdade religiosa limita negativamente o conteúdo normativo do legislador infra-constitucional, impedindo então o estabelecimento de normas cujo conteúdo seja a restrição ou a supressão da liberdade religiosa.

Neste sentido, é possível que uma norma (lei, decreto, medida provisória etc) emanada do Legislativo ou do Executivo sejam materialmente inválidas no caso de disporem sobre determinado assunto num dado sentido ou, no caso inverso, ao não regulamentarem dada situação consistente num direito já incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão, cujo exercício contudo, demanda atividade normativa infra-constitucional.

⁹⁵ Ob. Cit., p. 54;

Também é possível afirmar que uma norma jurídica será materialmente válida sempre que não atentar contra algum direito ou garantia fundamental atribuídos ao cidadão. Aliás, ao mencionar os direitos fundamentais, também denominados de liberdades fundamentais, é mister observar que os mesmos não são conferidos aos cidadãos pelo Estado. Trata-se de direitos que os indivíduos já possuem; o Estado simplesmente os declara mediante atos enunciativos próprios como as declarações de direitos, as quais em alguns casos estão inclusive incorporadas no texto da Constituição como ocorre no caso brasileiro, cujo artigo 5º da Lei Maior enumera rol não exaustivo, consoante a própria letra de seu parágrafo segundo.

Novamente é oportuna a lição de Norberto Bobbio⁹⁶, para quem o Estado sofreu uma grande mudança no início da Idade Moderna com a doutrina dos direitos naturais que pertencem ao indivíduo. Tais direitos, tidos como verdadeiras garantias fundamentais antecedem a formação de qualquer sociedade política e a toda estrutura de poder que a caracterize. Tanto que o Estado não os confere aos indivíduos, apenas os declara já que eles já existiam. Referida declaração tem o condão de funcionar como uma auto-limitação do Estado.

O tema da validade das normas jurídicas relaciona-se diretamente com a questão atinente à legitimidade, a qual significa adequação da norma aos interesses daqueles aos quais a mesma se destina - os cidadãos. Por certo que o interesse destes passa necessariamente pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Tratando do aspecto da legitimidade, de modo conexo à validação formal e material das normas jurídicas, o garantismo, cuja teoria geral foi desenvolvida

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Traduzido: Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.64;

com maestria pelo professor Luigi Ferrajoli⁹⁷, pressupõe dois tipos de legitimidade para as normas jurídicas: *a) legitimidade formal*: de acordo com a mera legalidade (competência e procedimento); *b) legitimidade substancial*: legalidade “strito sensu” (validade material da norma);

O fato é que as normas jurídicas demandam dupla análise quanto à legitimidade: substancial e formal, quanto ao conteúdo e quanto ao procedimento/competência para sua elaboração. Somente respeitando a ambas as ordens de limitações é que poder-se-á afirmar tratar-se de norma plenamente válida à luz do ordenamento vigente.

2.4.3 - Releitura garantista da diferença entre validade, vigência e eficácia:

Na visão tradicional ainda hoje dominante, a análise relativa à validade da norma não depende daquela formulada quanto a sua vigência. Tomando-se como parâmetro a posição de Kelsen, muito bem exposta por Sérgio Cademartori⁹⁸, a validade era – e ainda é vista pela maioria – como a existência específica no mundo do “dever-ser” da norma, ao passo que a eficácia é sua ação no mundo do ser – fato objetivo e comprovável de sua observância e aplicação. Segundo Cademartori:

“De qualquer sorte, dizer que as normas são válidas é dizer que elas foram criadas de acordo com procedimentos estabelecidos em normas superiores, por órgãos previstos nas normas superiores e em harmonia com as mesmas.”

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi . *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2000;

⁹⁸ Ob. Cit., p. 49 e ss;

Segundo a visão positivista tradicional a noção de validade jurídica da norma equipara-se à simples vigência da mesma, vale dizer, à sua simples existência no mundo jurídico, desde que respeitadas a forma e a competência para sua instituição previstas numa norma superior, abstraindo-se por completo quanto à análise do respeito ou não aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Tal aspecto é reconhecido por vários estudiosos e muito bem exposto, de modo sintético e didático, pelo mesmo Sérgio Cademartori⁹⁹:

“Ora, se uma norma inferior entrar em vigor respeitando os procedimentos previstos para sua criação, mas não já os conteúdos previstos nesses parâmetros supracitados (os Direitos fundamentais, por exemplo), à obriedade, ela existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será válida (na terminologia positivista tradicional) até que o referido tribunal declare que ela é inválida.”

Porém, de acordo com o paradigma garantista, tal norma será materialmente inválida, em que pese ter existência no mundo jurídico na medida em que vigente. Todavia, o vício, a mácula de invalidade material ou, se se preferir, a inconstitucionalidade material da mesma está presente, em que pese demandar uma manifestação da Corte competente neste sentido – no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal – ou mesmo uma decisão vinculante apenas para as partes litigantes numa eventual decisão prolatada por um juiz monocrático em face do controle de constitucionalidade no Brasil ser duplo: tanto o concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto o difuso em qualquer medida judicial, inclusive como questão incidental e/ou prejudicial.

Voltando à teoria garantista e observando vez mais a consagração pelo positivismo tradicional do conceito restrito de validade, a verdade é que, à luz do

⁹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.78;

garantismo jurídico, bem como em razão dos inúmeros abusos verificados pelos órgãos normatizadores competentes, não há como aceitar mencionada identificação entre validade da norma e sua simples vigência. Consoante exposto anteriormente, a análise da validade das normas jurídicas abrange duas ordens de considerações: a) a validade formal; b) a validade material. Destas, a que chama particularmente a atenção é a segunda, também denominada validade substancial das normas, como já descrito antes. Quer-se com isto afirmar e reafirmar que a certeza quanto à validade de uma norma jurídica, independentemente do instrumento utilizado para torná-la vigente (lei, decreto, portaria, medida-provisória), não se restringe a aspectos meramente formalistas, procedimentais. A definição de uma norma como válida passa necessariamente por uma rigorosa análise quanto ao seu conteúdo, quanto ao teor de suas disposições em confronto com prerrogativas, direitos e garantias próprios do indivíduo declarados ou não expressamente pela Constituição, averiguando-se eventuais ofensas aos mesmos, situação na qual será premente declarar de modo enfático a mácula de invalidade do texto normativo objeto de investigação.

Alexandre Morais da Rosa¹⁰⁰ faz observações muito precisas sobre a superação do critério meramente formalista para a avaliação da validade normativa, no sentido de que a **vigência da norma** é que refere-se à adequação da mesma à forma (procedimento e competência do órgão editor) definida pela norma superior, ao passo que a **validade da norma** refere-se à sua adequação ao conteúdo (matéria, substância) da norma superior, pelo que trata-se de um juízo valorativo na medida em que a norma jurídica infra-constitucional somente será válida se adequar-se a valores e princípios previstos pela Constituição, tais como a igualdade e a liberdade.

Sobre os princípios constitucionais – em particular o princípio da igualdade – vinculantes para o legislador infra-constitucional, merece lembrança o pensar

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002, p.63;

de Ferrajoli¹⁰¹ em outra de suas obras no sentido de que a igualdade corresponde ao que se assume como valor necessário para a dignidade humana: a vida, a liberdade pessoal, a autodeterminação etc. Se se pretende que tais valores sejam satisfeitos, a técnica jurídica idônea a tais fins é sua formulação normativa como direitos fundamentais. Desta feita, estarão tais valores consagrados no texto estruturador do Estado e garantidos contra abusos, inclusive mediante todo arsenal criado no Estado de Direito, tais as garantias constitucionais, o direito de ação, a intervenção do Ministério Público e o uso de outros “remédios” constitucionais como no caso brasileiro, a ação popular, o mandado de injunção, o *habeas corpus*, o *habeas data* e a ação direta de inconstitucionalidade dentre outros.

Ainda para Sérgio Cademartori¹⁰²:

“O garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como vigentes (ou de validade meramente formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra validade à validade também substancial dos atos normativos inferiores.”

Assim, as normas jurídicas vigentes (existentes) no Estado de direito podem ser válidas ou inválidas, eficazes ou ineficazes, pelo que, para o garantismo, vigência e validade são conceitos distintos, sendo possível apenas proceder-se à análise da validade (substancial e formal) da norma, mediante o pressuposto da mesma viger, vale dizer, existir no mundo jurídico. Embora enquadrável dentro do positivismo, a teoria garantista possui características próprias: diferença substancial entre normas válidas, vigentes e eficazes. Não se confunde vigência da lei com validade da lei. O positivismo tradicional acarreta a legitimação ideológica do direito inválido, ainda que vigente, ou por

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 333;

¹⁰² Ob. Cit., p. 78;

ser ignorado como não vigente efetivamente ou por ser tido como válido quando não o é. Nestes termos, **e de acordo com a proposta garantista, quando a lei for vigente, porém inválida materialmente, ainda que formalmente válida, não existirá para o juiz a obrigação jurídica de aplicá-la – ao contrário, deve desconsiderá-la e fazer aplicar o direito, ainda mais se se tratar de um direito fundamental.** Isto traz como consequência importante e de grande repercussão no contexto atual, um **abalo no postulado positivista da obrigação do juiz aplicar o direito vigente.**

José Luis Serrano¹⁰³ afirma que há quatro critérios de valoração da norma jurídica, quais sejam: *a) quanto a sua justiça; b) quanto a sua eficácia; c) quanto a sua validade; d) quanto a sua vigência.* Nestes termos e em atenção à lição do referido professor, quer parecer cabível observar que segundo o positivismo legalista, o juízo quanto à validade substancial da norma jurídica não pode ser feito pelo juiz – a não ser por uma Corte Constitucional –, posto que este não está autorizado a decidir além da adequação ou não da norma aos requisitos formais (competência e procedimentos) previstos na Constituição, sob pena de intervenção indevida na função legislativa.

Tendo como norte a visão garantista quanto à validade das normas, cuja base é essencialmente crítica em relação à visão do positivismo jurídico tradicional, torna-se possível aferir da validade ou não de qualquer norma vigente constante do ordenamento jurídico – válida de acordo com a visão ora criticada – e esboçar uma crítica quanto a muitos produtos normativos emanados dos órgãos do Poder Executivo, de seus ministérios, de suas secretarias, de suas autarquias, as quais ofendem flagrantemente várias prerrogativas que assistem aos cidadãos nas mais diferentes áreas: tributária, civil, previdenciária, administrativa etc.

¹⁰³ SERRANO, José Luis. *Validez e vigência*. Madrid: Trotta, 1999, p. 48;

Tais aspectos e particularmente tais distinções são também expressadas pelo professor Sérgio Cademartori¹⁰⁴ nos termos transcritos:

“Em particular, circunscrevendo o discurso às normas legislativas, a dissociação entre validade e vigência depende do fato de que o controle sobre a legitimidade constitucional das leis é posterior e eventual. Acontece assim que uma norma inválida pode entrar em vigor, permanecendo assim por muito tempo, enquanto a sua invalidade não seja constitutivamente declarada pela Corte Constitucional; como pode acontecer que a invalidade de uma norma vigente perpetue-se simplesmente porque nunca foi apresentada perante a Corte Constitucional a arguição de sua inconstitucionalidade.”

O que se observa no Brasil dos últimos anos, particularmente no período delimitado para o desenvolvimento do tema central deste trabalho, é uma avalanche de normas e regras emanadas principalmente do Poder Executivo, as quais pretendem impor limites ao exercício de liberdades individuais, verdadeiramente castrando a iniciativa dos particulares e sufocando prerrogativas constitucionalmente aos mesmos outorgadas. De outro lado, em algumas situações é possível constatar também abusos oriundos de flexibilizações duvidosas impostas pela vontade exclusiva dos integrantes do mencionado poder, cuja validade quer parecer amplamente duvidosa à vista dos limites traçados pelo legislador constituinte.

Da mesma forma, exigências abusivas quanto ao preenchimento de uma série de requisitos inócuos por empresas atuantes na área de distribuição e venda de medicamentos, as quais não significam maiores garantias para o cidadão, consumidor e usuário de produtos medicamentosos, mas retratam unicamente a prevalência de interesses corporativos os quais impedem claramente o ingresso de novas empresas no setor, perpetuando a estrutura cartelizada e fechada em área tão vital aos interesses de

¹⁰⁴ Ob. Cit., p. 80;

cada indivíduo, além de comprometer enfaticamente a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, tão salutares ao interesse público, parece também trazer consigo – normas reguladoras baixadas pelo Poder Executivo – um ônus reprovável e inadmissível de invalidade substancial ou material.

Todas as normas neste sentido carecem de um fundamento material de validade, além do que, em inúmeras situações são também formalmente inválidas, posto que não se fazem presentes através do instrumento hábil e competente para tanto, qual seja, a lei enquanto resultado de atividade exclusiva dos órgãos legislativos, competência esta intransferível e indisponível, pelo que sequer uma medida provisória poderia ser para tanto utilizada. Também em matéria tributária, há inúmeros exemplos de normas formal e materialmente inválidas, consoante restará exposto no terceiro capítulo.

Após tanto considerar questões ligadas à validade e vigência normativas, resta desenvolver ainda que em breves linhas o tema relativo à eficácia, a qual dentro da teoria geral do garantismo, como bem lembra Alexandre Morais da Rosa¹⁰⁵, significa a observância da norma, a sua efetiva aplicação por aqueles que são seus destinatários. É aquilo que também costuma ser referenciado como a efetividade ou eficácia social da norma jurídica, ou seja, quando a mesma é aceita e respeitada pela sociedade e pelos órgãos estatais como parâmetro legítimo de atuação dentro da esfera social e política. Afirmo o mencionado autor o seguinte:

“A eficácia, por sua vez, ficaria vinculada à observância.”

O que ressalta claro é a crítica procedida pela teoria garantista quanto às considerações do positivismo jurídico tradicional ou *Paleopositivismo* nas palavras de Alexandre Morais da Rosa¹⁰⁶, relativas à vigência, validade e eficácia normativas e a

¹⁰⁵ Ob. Cit., p. 63 e ss;

¹⁰⁶ Ob. Cit., p. 64;

releitura proposta por dita teoria a fim de a partir daí possibilitar uma análise mais coerente acerca da validade/constitucionalidade das normas de caráter infra-constitucional vigentes num dado território num determinado momento, à vista não apenas de considerações formais mas, sobretudo, substanciais, levando em conta normas e também princípios constitucionais que expressem ou enunciem direitos fundamentais dos cidadãos.

2.4.4 - Juízos de vigência e de validade normativa:

Ao desenvolver as premissas diferenciais para uma teoria garantista da validade, José Luis Serrano¹⁰⁷ procede à diferenciação entre os juízos de vigência e de validade, sendo o primeiro deles um juízo de fato, porquanto refere-se à existência ou não da norma; já o segundo – juízo de validade – é um juízo de direito ou, se se preferir, um juízo valorativo pois trata-se de uma análise quanto à adequação ou não da norma às normas superiores. O juízo de validade então é gradual na medida em que pode ser maior ou menor, não se tratando aqui de um juízo binário – falso ou verdadeiro.

Ainda que sujeito à críticas, Serrano¹⁰⁸ diz que

“... quando uma norma cumpre os requisitos formais de vigência goza da presunção de validade, que só ‘a posteriori’ pode ser questionada por um intérprete autorizado.”

Também acompanhando referido autor¹⁰⁹ e até mesmo parafraseando-o, é preciso diferenciar este juízo de validade da norma do juízo de justiça, pois ambos são juízos complexos, posto demandarem uma análise de todo o sistema normativo

¹⁰⁷ Ob. Cit., p. 52 e ss;

¹⁰⁸ Ob. Cit., p. 69;

¹⁰⁹ Ob. Cit., p. 52-53;

superior a fim de identificar a adequação da norma aos princípios, direitos e garantias previstos no texto da Constituição. Os juízos de validade são variáveis e flexíveis, pois devem ser ponderados à luz dos diferentes valores preservados pelas normas e princípios enunciados pela Constituição. A validade não se demonstra, se argumenta. Não é resultado de um raciocínio lógico-dedutivo. O juízo de validade depende dos mecanismos internos de controle do sistema jurídico em muito maior medida que o juízo quanto à justiça depende dos mecanismos de controle dos sistemas morais.

A definição do juízo de validade da norma no sentido de apontá-la como válida ou inválida depende da comprovação de que referida norma não se incompatibiliza com outras normas integrantes do sistema jurídico, pelo que a incoerência é um pressuposto da invalidade em duas circunstâncias, consoante apontado pelo mesmo Serrano¹¹⁰:

- a) quando a norma vigente é contraditória com uma norma – regra ou princípio – do mesmo nível, mas cronologicamente posterior;
- b) quando a norma vigente é contraditória com uma norma – regra ou princípio – hierarquicamente superior, por exemplo, uma norma constitucional.

Estas eram algumas considerações importantes que se faziam oportunas acerca dos juízos de vigência e validade normativas, as quais conduzem a um caminho interessante para a análise do garantismo e da democracia no Estado contemporâneo.

¹¹⁰ Ob. Cit., p. 90-91;

2.5 - Garantismo e democracia:

O professor Juan Ramón Capella¹¹¹ ao analisar a época contemporânea e os desequilíbrios sociais e políticos nela presentes, resultantes em grande parte dos assombros e desajustes econômicos, faz considerações relativas a mudanças necessárias e legítimas no âmbito da sociedade. Talvez expressando um otimismo excessivo, talvez exprimindo muito mais um desejo do que propriamente um futuro próximo provável, afirma o que segue:

“O novo sistema social, capitalista, que num processo secular se sobrepõe ao feudalismo, espolia a aplicação da razão ao âmbito produtivo. Da racionalidade produtiva nascerão o maquinismo e a grande indústria, o que chegará a chamar-se, com as sucessivas ‘revoluções industriais’, a racionalidade tecnológica. A nova sociedade recorrerá à razão para dar uma legitimação profana ao poder no âmbito político; o Estado laico, o soberano popular, depois de um longo processo em que o ‘demos’ pugna pela conquista de sua própria existência política, por seus ‘direitos’ políticos. Dessas mudanças nasce uma nova concepção do tempo, a crença na possibilidade de um sentido profano da história – não já um sentido escatológico sagrado – sentido que se vê precisamente em progredir, em melhorar gradualmente, por passos, a situação do ser humano no mundo.”

De fato, os tempos presentes são marcados por muitos fatos que atentam contra a dignidade humana, contra a cidadania, contra a legitimidade do exercício do poder político. Inúmeros conceitos tradicionais da política talvez devam ser revistos, tais a soberania, a democracia, o poder. Obviamente não constitui o escopo do presente trabalho fazer elucubrações quanto a questões tão complexas e de tão difícil solução. Todavia, a relação entre a democracia e a proposta garantista passa por análises cuidadosas sobre aspectos relativos à representatividade, ao desenvolvimento e

¹¹¹ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 23;

aprimoramento da democracia e também aos limites impostos ao Poder Público, seja pelas próprias normas emanadas do Estado, seja pela Constituição e os direitos e garantias inerentes à cidadania nela previstos, tanto de cunho social quanto de cunho liberal. Atualmente referidos limites estão um tanto obscuros em muitos Estados face às intensas e crescentes reivindicações corporativistas, à interdependência econômico-financeira entre os países e à atuação de grandes grupos capitalistas.

2.5.1 - *A representatividade como instrumento democrático:*

Da transcrição de uma passagem do professor Sérgio Cademartori¹¹² é possível iniciar a identificação da relação entre a democracia e a proposta garantista:

“Aos direitos de liberdade (direitos de) correspondem garantias negativas (proibições de fazer) ou limites ao poder normativo infraconstitucional; aos direitos sociais (direitos a) correspondem garantias positivas consistentes em prestações individuais ou sociais. O garantismo consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais, que representam os alicerces do Estado e do direito; que os justificam e que propiciam a base substancial da democracia.”

Os direitos fundamentais – individuais e sociais – constituem então o substrato, a marca característica do Estado de direito democrático, aquele em que o poder é limitado, decorrendo tal limitação de normas aprovadas pelos próprios cidadãos, ainda que de modo indireto mediante um sistema coerente e legítimo de representação popular, consubstanciado na escolha de representantes que venham a atender os anseios e a vontade dos eleitores.

¹¹² Ob. Cit., p. 159;

Contudo, em que pese a importância da democracia para a efetivação da proposta garantista, há que se definir o aspecto substancial da democracia, aquele relativo ao respeito aos direitos individuais e sociais, ou seja, àquela parcela de valores consagrados sob a forma de direitos fundamentais que não estão disponíveis ao legislador infra-constitucional vale dizer, que não podem ser objeto de atuação legislativa seja para reduzir-lhes o âmbito de aplicação seja para regrá-los de forma contrária ao disposto pela norma fundante do ordenamento jurídico: a Constituição.

Em que pese a **democracia formal** ser definida como o ‘estado político representativo’ nas palavras de Sérgio Cademartori¹¹³ ou seja, aquele no qual as decisões que regem a vida dos cidadãos deverem ser definidas por representantes para isto eleitos, a verdade é que esta visão meramente formalista da democracia é muito pobre e não garante de fato a realização do ideal democrático e o respeito à igualdade, à liberdade e à segurança.

É claro que, seguindo o pensar de Ferrajoli¹¹⁴:

“... os direitos fundamentais vêm a configurar-se como outros tantos vínculos substanciais normativamente impostos. (...) A forma universal, inalienável, indisponível e constitucional destes direitos se revela, em outras palavras, com a técnica – ou garantia – prevista para a tutela de todo aquele que no pacto constitucional considera-se constitucional. (...) Nenhuma maioria política pode dispor das liberdades e dos demais direitos fundamentais. (...) Substância ou conteúdo das decisões (ou seja, o ‘que’ não é lícito decidir ou não decidir). Resulta assim desmentida a concepção corrente da democracia como sistema político fundado numa série de regras que asseguram a onipotência da maioria.”

¹¹³ Ob. Cit., p. 161;

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías*. Madrid: Trotta, 2000, p. 51;

Democracia substancial significa então defender acima de tudo, os direitos individuais e sociais, ainda que subjugados por uma maioria eventual. Além da análise quanto à forma, e do respeito à regra segundo a qual as decisões do Estado sob a forma de normas jurídicas impositivas devem ser previamente aprovadas por um órgão com legitimidade para tanto, composto por representantes eleitos pelos cidadãos, é necessária ainda e principalmente a adequação substancial deste produto normativo – leis – aos limites materiais ou substanciais consagrados em normas e princípios constitucionais, os quais expressam valores maiores tidos como fundantes do Estado e oriundos do próprio seio da sociedade.

Na lição de Luiz Henrique Cademartori¹¹⁵:

“... o regime democrático surge, fundamentalmente, para confirmar que certos deveres e até mesmo direitos não são negociáveis e discutíveis ao ponto de serem tão importantes para a convivência social, que o Estado dispõe de força organizada a ser aplicada para garantir o seu respeito e realização.”

Aprofundando a análise sobre o tema há que se observar que a democracia, ou o regime democrático, não se limitam a uma questão simplista e sem um significado substancial. Sem a pretensão de lançar conceitos inquestionáveis, que mantenham maior coerência com esta ou aquela forma de pensar, quer parecer que a democracia não pode ser vista como a simples redução do respeito incondicional à decisão tomada por uma maioria eventual, revestida sob as vestes formais de um texto legislativo aprovado mediante o rito procedimental previsto na Constituição pelo órgão eleito pelo Constituinte como o competente para tanto. Não. Parafraseando o professor mencionado no parágrafo anterior, a limitação do direito pelo direito – limites impostos ao legislador – o que traz à luz a chamada “crise de representatividade” expressa por

¹¹⁵ Ob. Cit., p. 68;

maiorias eventuais é analisada no sentido de que há concepções equivocadas da democracia e que:

“...decorrem de uma incorreta compreensão do que, em realidade, significa democracia, já que, correntemente, se entende que ela se reduz ao respeito incondicional da decisão da maioria. (...) a democracia se desintegrará caso venha a ser concebida como simples critério de legitimação de quaisquer decisões do poder, sempre que sejam elas majoritárias ou sempre que o representante do poder político tenha sido eleito pelo voto majoritário.”

Neste pensar, é preciso visualizar a chamada “democracia substancial” como sendo a adequação do Estado e das normas por ele produzidas não apenas aos parâmetros formais, mas sim aos valores supremos consagrados na Constituição, sob a forma de princípios, tais como no atual Brasil – para o fim de delimitar a observação – a igualdade, a liberdade, a vida, o direito de não ter seu patrimônio ou sua renda confiscados, o direito a contribuir para o Estado mediante o pagamento de tributos na exata medida de sua capacidade econômico-contributiva, o uso da propriedade à vista de seu fim social, o direito de participação no processo democrático, o direito de associação, a prerrogativa de expressar opiniões, a liberdade de culto religioso, a garantia da segurança jurídica bem como aqueles outros de cunho social tais como a saúde, a educação, a assistência social e a previdência social.

Norberto Bobbio¹¹⁶ ao tratar da democracia substancial lembra que a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 157: “O discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte).”

caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera, havendo aí a necessidade de adentrar em questão muito mais complexa que supera a simples questão formal da democracia, chegando até a análise do conteúdo do produto resultante do processo democrático: as decisões tomadas pelas maiorias sob a forma de normas jurídicas, expressas através dos mais diferentes instrumentos: leis, medidas provisórias, resoluções etc. Princípios e valores como a igualdade assumem então papel fundamental, verdadeiros parâmetros. O autor lembra que não se trata da simples igualdade jurídica, mas sim da igualdade social e econômica, diferenciando-se a partir daí a **democracia formal, que diz respeito à forma de governo, da democracia substancial, relativa ao conteúdo desta forma, ou seja ao conteúdo do modo e dos instrumentos pelos quais se exercita a forma de governo dita democrática.**

São justamente estes aspectos inerentes à democracia substancial que deságuam na proposta garantista, impondo limites ao legislador infra-constitucional, aquele que está vinculado às disposições constitucionais sobretudo porque o produto de seu labor – as normas jurídicas – encontram seu fundamento de validade na própria Constituição, em suas normas e princípios consagradores dos valores mais caros à sociedade. Tais limites são de duas ordens, consoante exposto na seqüência.

2.5.2 - Os limites do legislador: liberdades e direitos sociais:

Como já mencionado em outra passagem, os direitos fundamentais do cidadão consagrados na Constituição, sejam eles direitos individuais ou sociais, impõem ao Estado parâmetros que devem pautar sua atuação e a de qualquer órgão que o integre, porquanto os direitos fundamentais constituem verdadeiras barreiras erguidas em defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito. Observe-se novamente, não terem sido tais direitos atribuídos pelo Estado ao cidadão, o que poderia dar margem a argumento no

sentido de que, assim como o Estado os atribui, pode limitá-los, revogá-los ou suspendê-los, o que não é verdade.

2.5.2.1 - *Limites negativos ao legislador - campo a ele vedado:*

Ao tratar dos limites negativos impostos ao legislador, é conveniente transcrever a lição de Alexandre Morais da Rosa¹¹⁷ ao interpretar Ferrajoli, quando define as limitações oriundas dos direitos fundamentais:

“Assim é que os Direitos Fundamentais, por um lado indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da ‘democracia material-constitucional’. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espraiando efeitos aos Governos futuros.”

Quer isto dizer o seguinte: a simples existência dos direitos fundamentais, sua declaração em nível constitucional, importa em limitações negativas ao Estado, impedindo-o de atuar em certo sentido. Em tema tributário, a fim de proceder a uma aproximação do tema central do presente trabalho a ser desenvolvido no capítulo terceiro, o simples fato de haver uma declaração no sentido de que o contribuinte não pode ser confiscado em seu patrimônio quando se dá o exercício da competência tributária estatal, a qual eventualmente institua um novo tributo ou majore algum outro já existente, impede que o Poder Público edite ato normativo contrário a tal direito

¹¹⁷ Ob. Cit., p. 38;

fundamental do contribuinte, ainda mais se tal ofensa se der por ato editado pelo Executivo, decreto ou medida provisória por exemplo.

Há por assim dizer uma barreira que impede a atividade estatal e, em sendo ultrapassada, garante-se ao contribuinte uma série de instrumentos de ordem constitucional, verdadeiras garantias cuja existência se deve justamente para a pronta e eficaz defesa contra ataques do Estado. Poder-se-ia entendê-las como garantias liberais, positivas, dirigidas a assegurar a tutela dos direitos de liberdade, técnicas de invalidação dos atos que violem as liberdades, como já se afirmou noutro momento.

2.5.2.2 - Limites positivos ao legislador – obrigação de legislar:

Já os limites positivos impõe uma determinada forma de agir por parte do legislador no sentido de efetivar direitos fundamentais titularizados pelo cidadão, mas cujo gozo depende de atividade estatal, consubstanciada em norma de caráter regulamentar ou de execução. Se os limites anteriores são equiparados a barreiras impeditivas, metaforicamente poder-se-ia entender os limites positivos como verdadeiras molas propulsoras a provocarem a atuação estatal e em caso de permanência de omissão por parte dos órgãos legitimados a agir, abrir-se-á a possibilidade de garantir o desfrute dos direitos fundamentais em questão mediante outras medidas profiláticas apresentadas pela Constituição: no exemplo brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Novamente contextualizando em matéria tributária, a fim de aproximar o raciocínio do tema central do presente trabalho, se há norma constitucional, sob a forma de princípio inclusive, que prevê tratamento favorecido para as empresas de

pequeno porte¹¹⁸ ou de estímulo à atividade cooperada¹¹⁹ em não advindo o ato normativo instrumentalizador de tais princípios, quer parecer possível àqueles que se sintam prejudicados pela omissão do Poder Público em editar as competentes normas que viabilizem a efetivação dos mencionados princípios expressos da Constituição, propor as medidas cabíveis no âmbito do Poder Judiciário, buscando assim o atendimento às determinações do legislador Constituinte e, acima de tudo, o gozo de seus direitos.

Ao tratar do tema, Canotilho¹²⁰ amplia a compreensão da omissão legislativa com a mácula de inconstitucionalidade, criticando a idéia de que referida omissão só teria relevo prático quando implicasse a violação de direitos fundamentais. Parafraseando o respeitável professor, a omissão legislativa inconstitucional ocorre sempre que o legislador não executa ou cumpre apenas parcialmente uma imposição constitucional concreta. Ocorre que nem todos os direitos servem para fundamentar ações por omissão legislativa, posto que em relação a eles há que ser demonstrada a existência de um dever de ação concretamente imposto ao legislador infra-constitucional. Para o mesmo professor,

“... o problema da omissão legislativa, na perspectiva da presente investigação, insere-se no problema mais vasto do cumprimento das imposições constitucionais e da atualização da Constituição dirigente, ultrapassando o restrito âmbito dos direitos fundamentais.”

Voltando à lição de Alexandre Morais da Rosa e acompanhando seu ponto de vista, os direitos fundamentais, tanto os individuais quanto os sociais, fazem as vezes de elementos ou índices limitadores do Poder Estatal, sendo o grau de garantia desses direitos o parâmetro de mensuração da legitimidade e qualidade de uma

¹¹⁸ Conforme artigo 170, IX da Constituição Federal de 1988;

¹¹⁹ Conforme artigo 174, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988;

¹²⁰ Ob. Cit., p. 336;

democracia. As garantias assumem a posição de técnicas de tutela dos direitos, de instrumentos à disposição do cidadão que se sinta lesado pela impossibilidade de deles gozar, exercitáveis em face do Estado e contra os órgãos e autoridades omissos, ou nalguns casos atuantes em sentido contrário aos mencionados direitos.

2.6 - Legitimação garantista das normas jurídicas:

No Estado Democrático de Direito em que garante-se a efetivação dos direitos fundamentais contra abusos e agressões, inclusive e principalmente aqueles oriundos dos órgãos públicos, não basta o respeito á legalidade e todo o significado formal deste princípio constitucional. É necessária ainda a adequação da atuação deste mesmo Estado às premissas legitimadoras residentes no seio da sociedade, é premente que suas condutas além de legais sejam legítimas, encontrem respaldo perante os cidadãos. Contudo, a visão garantista sobre a legitimação das normas jurídicas e, conseqüentemente, sobre a atuação dos órgãos públicos, é bastante particular. O fato ganha relevo na época contemporânea em que interesses de diversa natureza contrapõem-se ao ideal democrático e os seus significados.

Juan Ramón Capella¹²¹ lembra da crescente contenção do processo de democratização, conseqüência direta do fato de que as exigências feitas perante o Estado pelas estruturas capitalistas dominantes são incompatíveis e quase inconciliáveis com as pulsações democráticas da população. Segundo o mencionado autor:

“...essa involução do processo de democratização se manifesta na limitação dos âmbitos políticos abertos à intervenção ‘normal’, nos sistemas representativos, da ‘soberania popular’; na progressiva subordinação das liberdades e garantias individuais à segurança do

¹²¹ Ob. Cit., p. 109-110;

funcionamento dos aparelhos de poder; na perda da centralidade do parlamento no sistema político; no crescente caráter político das decisões administrativas ou estatalmente subalternas.”

Aliás, a referida “perda da centralidade do parlamento no sistema político” tem como efeito a preponderância da força impositiva sobre a discussão democrática, a supremacia da vontade singular do Executivo sobre as vozes coletivas representadas no âmbito do Legislativo enfim, a prevalência de decisões tomadas unilateralmente sobre a reflexão, o amadurecimento de idéias e projetos e sua aceitação legítima pela sociedade ou sua reprovação, também legítima, por aqueles que sofrerão a atuação de referidas decisões e projetos.

Uma grande dúvida suscitada refere-se ao seguinte: Tratar-se-ia de uma ofensa a princípios políticos que inspiraram justamente o aparecimento do Estado Moderno como forma de ataque e combate à concentração de poder vigente no período anterior e causa direta de inúmeros atentados à igualdade e à segurança jurídica, ou tratar-se-ia de uma tendência inevitável à luz dos novos tempos e das novas necessidades despertadas na sociedade contemporânea?

Dalmo de Abreu Dallari¹²² analisa a questão frisando o aparecimento de vários elementos de influência, inclusive de ordem econômica, os quais alteraram profundamente a posição do Estado na sociedade, o que resulta em alterações nas formas de governo. Em que pese as mudanças não se darem de modo uniforme e ao mesmo instante em todos os países, deságuam sim numa dinâmica jurídico-política muito peculiar. Uma observação atenta mostra que as formas tradicionais de governo estão sendo abandonadas, ainda que com certo vagar. Novas necessidades, novas formas de pressão, novas reivindicações e mesmo novas oportunidades e novos desafios não

¹²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 247 à 251;

encontram respaldo em formas antigas de governo. Algumas tendências se apresentam na visão do autor:

“Duas são as tendências que já podem ser consideradas e que, salvo algum imprevisto de grande significação, deverão incorporar-se aos novos regimes atualmente em elaboração: a racionalização do governo e o fortalecimento democrático do governo..”

A racionalização do governo consiste no uso dos recursos modernos de comunicação e organização para auxiliar o governo na tomada de decisão, tornando mais eficaz sua ação. O fortalecimento democrático do governo decorre do aumento de demandas sociais e do crescimento das atribuições do Estado daí decorrentes, as quais exigem um governo forte, porém baseado em práticas e instrumentos democráticos, tais como o orçamento participativo e a formação de comitês e conselhos consultivos do governo, integrados por representantes da sociedade civil, com vez e opinião nas grandes decisões políticas e funcionais do Estado.

Para a teoria geral do garantismo proposta por Ferrajoli¹²³, a adequação do Estado mediante uma conduta legítima, através de normas legítimas pressupõe uma visão particularmente diferente. Além do garantismo caracterizar um modelo ideal de ordenamento dotado de meios de invalidação de todo exercício do poder contrário às normas superiores que visam preservar os direitos fundamentais – ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, com ou sem redução de texto, interpretação conforme, mandado de injunção etc – ele, o garantismo, constitui também uma teoria jurídica que possibilita a crítica e a deslegitimação interna das normas vigentes inválidas e a deslegitimação externa das instituições jurídico-positivas.

¹²³ Ob. Cit., p. 880;

Sobre o ponto de vista externo, há que se destacar a prevalência da pessoa sobre o Estado. Este existe para servi-la. Neste sentido, Estado e Direito constituem simplesmente instrumentos para a vida em sociedade. Não são, pois, fins em si mesmos. É justamente para preservar os indivíduos e garantir a supremacia da pessoa enquanto pessoa que se deve garantir preferencialmente e acima de tudo os direitos fundamentais, quer individuais quer sociais. **Tais direitos e suas correspondentes garantias são os mecanismos de que o ordenamento jurídico dotou o Estado para o fim de preservar a vida e a igualdade. Estes direitos correspondem a valores e a necessidades vitais das pessoas. Como verdadeiras formas protetoras deste arcabouço há dois princípios, segundo Ferrajoli¹²⁴, “...dotados de um alcance garantista geral...”. São: a) a legalidade enquanto marco para a segurança; b) a jurisdicionalidade no sentido de tornar possível o questionamento de toda postura e todo ato estatal contrário aos direitos fundamentais.**

Num Estado de direito, ou que ao menos pretende sê-lo, os direitos exigem ser tutelados. O direito deve respeitar ao direito. Desta forma, se um ato normativo com eficácia vinculante de lei – como a medida provisória no regime constitucional brasileiro atual – trata de matéria que de alguma forma esteja relacionada a direitos fundamentais do cidadão, por exemplo matéria tributária, e de alguma forma ofenda ou desprestige direitos e garantias individuais do contribuinte tais como a isonomia, a capacidade contributiva, o não-confisco etc, será absolutamente possível numa perspectiva garantista, exercitar um controle sobre este veículo normativo, posto que o mesmo enquanto “lei” em sentido amplo, enquanto direito, deve respeitar e submeter-se ao direito, no caso aos direitos individuais do cidadão-contribuinte, sob pena de invalidação material.

¹²⁴ Ob. Cit., pp. 917-918;

Ferrajoli¹²⁵ lembra que a legitimação dos poderes do Estado a fim de tutelar os direitos fundamentais é dúplice no seguinte sentido:

- a) *legitimação formal*: assegurada pela legalidade e pela sujeição do intérprete e do juiz à lei;
- b) *legitimação substancial*: outorgada pela função judicial e sua capacidade de tutelar e garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O Estado não exige dos cidadãos nenhuma obrigação política; tão só a obrigação jurídica de obedecer suas leis. Para Ferrajoli¹²⁶:

“...A função garantista do Direito em geral consiste na minimização do poder, tanto do poder privado (uso da força física, abuso do poder econômico etc) quanto do poder público (arbitrariedades políticas e abusos ao poder administrativo). A técnica a ser utilizada é a igual garantia e maximização dos direitos fundamentais e a correlativa limitação e instrumentalização das situações jurídicas de poder.”

É necessário superar a mera legalidade. As normas e ações do Estado devem se adequar ao aspecto formal, estar em consonância com a lei, mas também precisam ser legítimas. Neste contexto são oportunas as palavras de Sérgio Cademartori¹²⁷ para quem:

“...a legalidade somente permite o controle formal de validade das normas estatuídas, e, por conseqüência, implica um certo conformismo perante o direito objetivo. Se este pudesse ser avaliado e criticado internamente, seria necessário contar com critérios aptos para julgar a legalidade a partir de um ponto de vista não formal.”

¹²⁵ Ob. Cit., p. cit.;

¹²⁶ Ob. Cit., p. 931;

¹²⁷ Ob. Cit., p. 144;

Em atenção ao mesmo Cademartori¹²⁸ em relação à análise dúplice: garantismo e democracia substancial, há que se observar que o garantismo redefine o que se costuma conceituar como democracia, talvez qualificando-a, como democracia substancial ou social no sentido de um Estado de Direito munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais, ao passo que o conceito tradicional de democracia, ao qual poder-se-ia adjetivar de democracia formal ou política é o Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legitimidade.

Todavia é necessário relembrar aqui as chamadas garantias negativas e positivas, as quais, respectivamente, protegem os direitos de liberdade (direitos de) e os direitos sociais (direitos a) no sentido de que limitam a conduta do legislador e também dos demais órgãos públicos, conforme já exposto anteriormente. Isto posto, em que pese a grande importância normalmente atribuída à discricionariedade do legislador, na verdade não se trata de uma liberdade absoluta, sobretudo porque em face das referidas garantias – negativas e positivas – nem todas as matérias estão livres e abertas à atuação legislativa – **nem tampouco, é claro, ao poder normativo dos órgãos executivos sob a forma de medidas provisórias, decretos, portarias e congêneres** – vez que há matérias sobre as quais não é possível dispor seja para o fim de limitá-las, suspendê-las ou mesmo regulamentá-las de modo a comprimir o gozo de direitos fundamentais individuais do cidadão. De outra sorte, noutras situações o legislador – ou mesmo o agente normatizador no âmbito do Executivo – não dispõe da discricionariedade em atuar ou não, posto que está compelido a tanto por força de determinação, **não meramente programática**, da Constituição no sentido de que o Estado deve efetivar direitos sociais, sob pena de responsabilização por sua omissão.

¹²⁸ Ob. Cit., p. 159;

Nova referência a Ferrajoli¹²⁹ é oportuna, agora em outra de suas obras:

“Com a submissão do próprio poder legislativo da maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos, o modelo do Estado de direito se aperfeiçoa a se completa no Estado Constitucional de direito, e a soberania interna como ‘potestas absoluta’ em razão de já não existirem poderes absolutos, pois todos se encontram submetidos ao direito, se dissolve de maneira definitiva.”

Neste sentir e fazendo uma aproximação com a classificação das doutrinas *autopoiéticas* e *heteropoiéticas*, a teoria garantista propõe um sistema jurídico-político assentado sobre bases sociais, portanto não fundamentado sobre si mesmo. O Estado de direito para o garantismo é então um modelo de ordenamento heteropoiético, posto que fundamentado em fins externos a ele, de natureza social, fins estes que servem como critérios de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento dos modelos e instituições jurídicas vigentes, questionando-lhes a validade, não só formal mas também e principalmente material.

Estas as observações que se faziam necessárias, ainda que tênues e sem a pretensão de serem conclusivas, sobre a legitimação garantista das normas jurídicas, pelo que agora é possível adentrar ao tema central do trabalho qual seja, aquele relativo ao regime jurídico das medidas provisórias e sua aplicação em matéria tributária à luz da teoria garantista.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi (2001). *Derecho y garantías*. Madrid: Trotta. 2ª ed, p. 141;

CAPÍTULO 3

O REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM FACE DO GARANTISMO JURÍDICO: SEU USO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

3.1 – Considerações introdutórias:

Finalmente após percorrer um longo, porém necessário, caminho chega-se ao tema central do presente trabalho qual seja, aquele relativo ao regime jurídico-constitucional das medidas provisórias no Brasil, no período compreendido entre os anos de 1994 à 2002, à luz da teoria garantista, particularmente em se tratando da utilização de tal veículo normativo para tratar de matéria tributária, seja para instituir ou aumentar tributos ou mesmo para impor maiores ônus ao cidadão contribuinte, seja para beneficiar-lhe mediante a ampliação de direitos e garantias ou a concessão de outros quaisquer benefícios fiscais, o que enseja inclusive a pergunta formulada sob a forma de hipótese para a pesquisa ensejadora deste trabalho: **Será válida – formal e materialmente – uma medida provisória atributiva de direito ou ampliadora de prerrogativas do contribuinte?**

A trilha percorrida até o momento conduziu a pesquisa no sentido de analisar o Estado contemporâneo e sua crise, após uma análise da evolução histórica da organização política da sociedade, tendo como marco inicial a Antigüidade grega e romana. Referida crise do Estado conduziu a doutrina e os teorizadores do Direito a uma profunda análise quanto às causas do momento histórico vivido, bem como quanto a eventuais caminhos a seguir. Neste contexto inseriu-se a teoria garantista, cujo desenvolvimento deve muito ao professor Ferrajoli, tantas vezes referenciado neste trabalho, mas também às reiteradas reflexões surgidas a partir daí. Superada a análise acerca da proposta garantista e dos fundamentos sobre os quais esta se assenta, ainda que

sem a pretensão de fazê-lo de modo completo e inquestionável, respeitando-se sempre as considerações e posições divergentes, é chegado o momento de particularizar o resultado da pesquisa em direção à uma aplicação direta e imediata da perspectiva garantista, ou seja, sua aplicação na aferição da validade ou invalidade de medidas provisórias que versem matéria tributária no regime brasileiro compreendido entre 1994 e 2002, consideradas inclusive as alterações oriundas do Poder Constituinte Derivado, responsável pela alteração do regime constitucional da medida provisória no Brasil.

São oportunas aqui, considerações a respeito da atividade legislativa do Poder Executivo, a qual se expressa não somente mediante a edição de medidas provisórias, competência esta restrita ao Presidente da República nos termos do que dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A referida atividade legislativa do Poder Executivo estaria presente em muitas e incontáveis situações, ainda que fosse desconsiderada a medida provisória. Ela surge, por exemplo, na fase inicial do processo legislativo em face da apresentação de projetos de lei por parte do Executivo, os quais são encaminhados mediante mensagem aos órgãos legislativos – Parlamento Federal ou num Estado Unitário, Assembléias Legislativas em Estados-membros ou Províncias, Câmaras de Vereadores ou Comunas em Municípios e por aí à fora, dependendo é claro da forma de Estado e do regramento constitucional e da conseqüente atribuição de competências por parte da Constituição de cada país. Para os fins de delimitação, necessários ao escopo do trabalho, no Brasil, em se tratando de Governo federal, será o Congresso Nacional integrado pelo Senado e pela Câmara de deputados o responsável pela análise, apreciação, discussão e votação de projetos de iniciativa do Executivo. Observe-se inclusive que a Constituição Federal de 1988 atribui competência privativa ao Presidente da República para iniciar o processo legislativo, apresentando os respectivos projetos de lei, nas matérias enumeradas em seu artigo 61, parágrafo 1º, tais como a criação de cargos ou funções públicas na

Administração direta e indireta, matéria orçamentária e assuntos de natureza tributária tais como a instituição ou aumento de tributos ou a concessão de isenções.

Todavia a atividade legislativa do Executivo no regime constitucional brasileiro não se limita à iniciativa. Mesmo após discutido e votado o projeto de lei pelo Legislativo, faz-se necessária a anuência do Executivo expressa mediante a sanção do Presidente da República, o que não significa a preponderância de sua vontade sobre a dos legisladores, posto que estes podem revogar o veto mediante nova votação, exigindo-se porém quórum qualificado para tanto. Em que pese não haver preponderância do Executivo, ao menos sob este aspecto, há que se entender, contudo, que a sanção pode representar um certo controle sobre a atividade do órgão legislativo. Sancionado o projeto de lei, é ainda necessária a autenticação da lei expressa pelo ato de promulgação, também a cargo do Executivo sobre o que manifesta-se Clèmerson Merlin Clève¹³⁰ da seguinte forma:

“A promulgação, pelo menos no sistema jurídico brasileiro, não constitui propriamente um direito ou um poder, mas, antes, uma imposição constitucional. Revela, pois, uma ‘obrigação imposta sucessivamente ao Presidente da República, ao Presidente do Senado e ao Vice-Presidente deste.(...) A promulgação atesta a existência de uma lei já perfeita, conforme salienta Michel Temer. Compõe, juntamente com a publicação, uma fase de integração da eficácia da lei. A autoridade constitucionalmente competente, com a promulgação, declara a existência da lei e atesta a validade e a obrigatoriedade do ato.”

Obviamente há ainda vários outros instrumentos de participação do Executivo na atividade legislativa, tanto diretos quanto indiretos, formais e informais, seja através da atuação de representantes do Legislativo ligados ao Executivo e que viabilizam a defesa dos interesses do Governo perante o Parlamento, seja mediante pressões de

¹³⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 118;

diversas naturezas promovidas pelo Chefe do Executivo e seus Ministros como é natural na barganha política, particularmente num regime presidencialista como o brasileiro. Tal participação e tais influências, contudo, não são particularidades do Brasil, nem tampouco do período objeto de análise neste trabalho, ou seja os anos de 1994 a 2002. Neste aspecto são novamente oportunas as palavras do mesmo Clèmerson Merlin Clève¹³¹:

“Em maior ou menor grau, a interferência, direta ou indireta, formal ou informal, do governo sobre a atividade do Legislativo parece ser uma constante na prática constitucional contemporânea, manifestando-se, entre outros lugares, em Portugal, na Espanha, na Itália e na Alemanha. Nestes países, dotados de sistemas de governo parlamentarista ou misto, a simples possibilidade de dissolução do corpo legislativo identifica eficaz instrumento de aproximação governo/parlamento.”

Entretanto, em que pese a importância de todas as formas e instrumentos que expressam a atividade legislativa do Executivo e mais os diversos atos normativos afetos aos diferentes órgãos integrantes da Administração Pública, assim os decretos regulamentadores, as portarias, as instruções normativas etc – guardadas sempre as devidas diferenciações especificadas pela doutrina do Direito Administrativo, os quais embora não podendo impor deveres não determinados pela lei nem conferir direitos não atribuídos por esta, cumprem um papel importante enquanto atos normativos, ainda que infra-legais, são as medidas provisórias os “instrumentos legislativos” – ampliando-se aqui o significado do termo “legislativos” – que despertam maiores discussões e que merecerão atenção especial neste capítulo, com base no que, faz-se mister um estudo mais detido sobre suas origens e aplicações no regime jurídico brasileiro.

¹³¹ Ob. cit., p. 123;

3.2 - Origem das mp's e distorção de seu uso no regime presidencialista:

Ao aprofundar a exposição sobre o tema referente às medidas provisórias, não seria correto omitir a fonte de inspiração do legislador Constituinte brasileiro ao veiculá-las no artigo 59, V da Constituição de 1988 e depois regrá-las no artigo 62. Assim, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo italiano, o qual prevê a possibilidade de o Governo adotar, **sob sua responsabilidade**, o que deve ser frisado em face das implicações disto naquele regime e sua conseqüente distorção no regime brasileiro conforme será mencionado mais à frente, os chamados *provvedimenti provvisori com forza de legge*.

Na Itália as “medidas provisórias” são veiculadas através de decretos de competência do Primeiro-Ministro, em razão do que são chamadas de “decretos-lei” ou “decretos com força de lei”. Em que pese a inspiração no direito italiano, o Constituinte brasileiro houve por bem atribuir às medidas provisórias o caráter de **espécie normativa autônoma**, consoante se interpreta pela análise da enumeração taxativa do artigo 59 da Constituição de 1988.

Clélio Chiesa¹³² ao discorrer sobre o tema da fonte de inspiração do Constituinte brasileiro transcreve o dispositivo constante da Constituição italiana e o enuncia nos seguintes termos:

“A similitude do texto italiano com o das medidas provisórias evidencia a identidade do paradigma. A Constituição italiana no artigo 77 prescreve que: O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emitir decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando em caso extraordinário, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-lo, para conversão às Câmaras que, ainda que dissolvidas, serão expressamente convocadas e se

¹³² CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: o regime jurídico constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 20;

reunirão dentro de cinco dias. Os decretos perderão eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras poderão, todavia, regular em lei as relações jurídicas constituídas com base nos decretos não convertidos.”

Ao comparar-se o texto italiano com o disposto no artigo 62 da Constituição Federal do Brasil de 1988 parece correto reconhecer grande similitude, em que pese os meios através dos quais são veiculadas as normas constantes de uma e outra espécie serem distintos na medida em que, conforme já mencionado acima, na Itália há um decreto que viabiliza a vigência e eficácia das normas contidas no *provvedimenti provvisori* ao passo que no Brasil as medidas provisórias se constituem em instrumento normativo próprio e autônomo, o qual não demanda veiculação mediante decreto.

Considerar a medida provisória como um ato normativo decorre da própria realidade posta no contexto jurídico-político nacional, tanto no presente como no período 1994-2002, objeto de análise no presente estudo. Neste sentido são importantes as referências a Brasilino Pereira dos Santos¹³³, o qual seguindo o entendimento de Marco Aurélio Greco¹³⁴, entende ser a medida provisória um ato administrativo com força provisória de lei por determinação constitucional. Não se trata de lei propriamente, sobretudo porque a própria Constituição atribui à ela eficácia de lei, devendo porém ser convertida posteriormente em lei sob pena de perder tal eficácia.

¹³³ SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994, p. 297-298: “O raciocínio de Marco Aurélio parte das seguintes premissas: o ato legislativo é emitido pelo Poder Legislativo, como o próprio nome está a indicar, enquanto o ato judicial é emitido pelo Poder Judiciário. Logo, o ato expedido pelo Poder Executivo é um ato administrativo. Por uma especial deferência constitucional é que este ato administrativo, eventualmente, reunidos certos requisitos, pode ter força de lei, e depois deve ser convertido em lei. É exatamente isto, aliás, que se extrai do art. 62, parágrafo único, da atual Constituição. Ora, argumenta Marco Aurélio Greco, se deve ser convertido em lei, é porque não é lei. Se é necessário dizer que tem força de lei, é porque é outra coisa que não uma lei.”

¹³⁴ GRECO, Marco Aurelio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991;

Mas há uma observação a ser feita, cuja relevância não pode ser desconsiderada. Os sistemas ou regimes de Governo nos dois países são distintos. Enquanto a Itália opera mediante o regime parlamentar com a atribuição das funções inerentes à condução da política de atuação e gerência do Governo a um gabinete chefiado pelo Primeiro-Ministro escolhido entre os próprios parlamentares, restando ao Presidente da República apenas as funções de Chefe de Estado responsável pela representação nas relações de natureza diplomática, no Brasil vige o regime presidencialista no qual são concentradas na figura singular do Presidente da República as funções de Chefe de Governo e de Chefe de Estado, aparecendo mais nítida – ao menos em princípio – a separação das funções ou de “Poderes” do Estado entre os integrantes dos órgãos executivos, legislativos e judiciários.

Isto equivale a dizer que para uma realidade jurídico-política distinta adotou-se o mesmo instrumento. Num regime parlamentarista de Governo é perfeitamente aceitável a colocação à disposição do Primeiro-Ministrito, do *Premier* ou de quem lhe faça as vezes, de um instrumento normativo com eficácia imediata a fim de efetivar as políticas e decisões mais importantes e urgentes do Estado, submetendo contudo, o veículo por meio do qual se expressam as normas jurídicas condutoras de tais políticas ao crivo do Legislativo. E mais importante que isto: **em não havendo aprovação do ato normativo no seio do Legislativo, há responsabilização política do Chefe de Estado no sentido de que o mesmo perde o voto de confiança a ele atribuído pelo Parlamento quando de sua escolha para a direção das funções executivas do Governo, pelo que cai o Primeiro-Ministro e seu gabinete de modo quase que automático.** Há por assim dizer, uma rejeição tácita da política governamental, o que leva o Parlamento a escolher um sucessor. Isto, ressalte-se, num regime parlamentarista como o existente na Itália. Logo, perfeitamente aceitável e cabível, até necessário um provimento de urgência à disposição do Governo, até como forma de legitimar sua atuação perante os representantes da sociedade presentes no Parlamento, o qual exerce um controle efetivo e permanente sobre os atos executivos do Estado.

No Brasil, porém, vige o regime presidencialista, o qual como já mencionado linhas acima, é caracterizado pela concentração das funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo na pessoa do Presidente da República. Como não há responsabilização deste no caso de rejeição de uma medida provisória pelo Congresso Nacional, os efeitos da desaprovação do texto normativo veiculados pelo Chefe do Executivo são distintos daqueles ocorridos no sistema italiano, o que torna questionável a vantagem e os benefícios da utilização da medida provisória, isto sem se falar no desequilíbrio de forças entre os “Poderes” – na verdade, funções – estatais, com flagrante e crescente predomínio do Executivo sobre os demais, o que advém de inúmeros fatores já tratados no item “1.4” e novamente expostos na seqüência.

Corroborando tal exposição, conveniente nova transcrição da lição de Clélio Chiesa¹³⁵:

“... Há também uma diferença de regimes de governo. Na Itália, o regime é Parlamentarista e a rejeição da medida pode acarretar a responsabilização política do governo, culminando com a queda do gabinete. No Brasil não existe queda de gabinete. Portanto, a responsabilidade do Presidente da República em razão da expedição de medidas provisórias é restrita, cinge-se à reparação de eventuais danos causados pelas medidas. Não há uma responsabilização política imediata.”

Clèmerson Merlin Clève¹³⁶ noutra obra de importância ímpar para o tema sob comento, também aborda as nuances da medida provisória no Brasil e sua matriz italiana, apontando as mesmas diferenças de peso que decorrem da distorção de sua utilização no regime brasileiro, conforme transcrito a seguir, **em que pese a ressalva quanto ao tempo da eficácia, posto que o texto foi extraído de obra publicada antes**

¹³⁵ Ob. cit., p. 21;

¹³⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad., 1999, p. 41;

da edição da Emenda Constitucional 32 que alterou a redação do artigo 62 da Constituição Federal de 1988:

“No que pertine à disciplina constitucional do ato normativo de urgência, no Brasil e na Itália, as diferenças mais significativas resumem-se (i) ao tempo de eficácia, (ii) à definição dos pressupostos habilitantes, (iii) à atuação normativa do Parlamento na hipótese de não conversão em lei formal (livre ou vinculada), (iv) à caracterização do momento da apresentação da medida ao Legislativo para efeito de conversão e, finalmente, (vi) ao órgão constitucional dotado de competência para adotá-la.”

Sem dúvida, da aplicação de instituto típico e até necessário num regime parlamentarista de Governo em outro de tipo presidencialista, resultam problemas de variada ordem. Há por assim dizer uma distorção que pode levar, como de fato levou no caso brasileiro durante o período 1994-2002, a um desequilíbrio entre os órgãos do Estado ou entre os “Poderes” conforme preferem muitos, desequilíbrio este expresso pela avalanche de medidas provisórias e a conseqüente supremacia do Executivo sobre o Legislativo, o que só agrava a chamada crise de legalidade consubstanciada na inflação legislativa vigente não só no Estado Brasileiro, mas em quase todos ditos democráticos, fenômeno este muito bem observado por Ferrajoli ao preparar o desenvolvimento de sua teoria garantista, consoante também já foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho. Tal situação foi agravada no Brasil no período em referência por alguns fatores: a) omissão e acomodamento dos órgãos legislativos; b) reedições sucessivas e abusivas de medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional, facilitadas pelo regramento jurídico-constitucional que vigia antes da alteração do artigo 62 da Constituição pelo Poder Constituinte derivado; c) equívoco do órgão de cúpula do Judiciário – Supremo Tribunal Federal – em não declarar a inconstitucionalidade das referidas re-edições das medidas provisórias; d) maior agilidade do Executivo, em relação ao Legislativo, em perceber as mudanças e atuar em meio às dinâmicas jurídica, política, econômica e social. Desta

forma, é claro que há que se fazer uma releitura da Teoria da Separação dos “Poderes” em face do novo contexto presenciado no mundo contemporâneo, caracterizado por carências e reivindicações crescentes sob a forma de demandas sociais e pressões corporativas, crise do Estado como um todo e particularmente de representatividade, além da crescente desigualdade reinante no mundo.

Sobre o tão discutido tema das reedições no período anterior à Emenda Constitucional 32 o professor Toshio Mukai¹³⁷ expressava a opinião da grande maioria da doutrina nos termos que seguem:

“... se não houver a conversão dentro do prazo de trinta dias, não se terá completado o requisito constitucional indispensável para a formação do consenso entre o Executivo e o Legislativo sobre a ocorrência da relevância e a urgência, único elemento capaz de assegurar a validade da medida provisória. Configura-se então um ato constitucional complexo em que a falta de um dos elementos formadores da vontade legislativa constitucional basta para impregná-lo de insuperável inconstitucionalidade. Daí ser a medida provisória incompatível com a sua reiteração por longo período, posto que essa prática lhe retira seu caráter de etapa provisória na formação da vontade legislativa, pressuposto constitucional de sua validade.”

Disto decorre a impossibilidade de entender possível e correta a rígida separação de “Poderes” mediante uma divisão absoluta e clara de funções, particularmente legislativas e executivas. Contudo, há que se proceder com cuidado ao analisar-se o exercício de competências normativas por parte do Executivo, particularmente em regimes presidencialistas, à vista inclusive de eventuais – por vezes nem tão eventuais assim na medida em que freqüentes – abusos no uso de tais

¹³⁷ MUKAI, Toshio. A Constituição e a reedição de medidas provisórias. *Geocities*. (Capturado em 28 abr 2000). Disponível www.geocities.com.br. São Paulo, 1.998;

competências, abusos esses que têm como reflexo ofensas e atentados aos direitos fundamentais, inclusive aqueles dos cidadãos enquanto contribuintes.

A situação vivenciada no Brasil durante o íterim 1994-2002 foi muito peculiar, recheada de fatos curiosos, sobretudo pela enorme gama de assuntos tratados e normatizados mediante medidas provisórias, as quais acabavam não sendo analisadas, discutidas e votadas pelo Legislativo, situação que levou o Poder Executivo a reeditá-las sucessivamente, posto que no regime anterior à Emenda Constitucional 32 a vigência da medida provisória era de trinta dias, findos os quais em não havendo deliberação do Congresso Nacional, perdiam a eficácia. Ocorre que em meio à interpretação do Supremo Tribunal Federal¹³⁸ no sentido da possibilidade de reedições subseqüentes da medida provisória não votada, e aproveitando a lacuna deixada pelo Legislativo omissivo, o Chefe do Executivo promoveu uma verdadeira avalanche de reedições, restabelecendo desta forma a eficácia dos textos anteriores que não haviam sido objeto de votação no âmbito do Congresso Nacional. Algumas medidas provisórias chegaram a ser reeditadas mais de oitenta vezes o que resultou em sua eficácia contínua durante quase sete anos até que fossem finalmente objeto de deliberação pelo Legislativo, sendo aprovadas mediante algumas alterações.

O já mencionado Toshio Mukai¹³⁹ afirma imperativamente:

“... a reiteração excessiva de medida provisória constitui abuso de poder por afrontar as funções exclusivas de legislar, e de inovar a ordem jurídica de acordo com os parâmetros constitucionais, próprias do Congresso Nacional, pois tais medidas provisórias, reeditadas indefinidamente, configuram o exercício de função

¹³⁸ A justificativa do STF baseou-se no fato de que a redação original do artigo 62, parágrafo único da CF/88, antes da EC 32/01 impunha a necessidade do Congresso Nacional dispor sobre as situações jurídicas constituídas durante o período em que a medida provisória não aprovada produziu efeitos. Contudo, como o Congresso se omitia em estabelecer tal regulamentação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a re-edição supriria a ausência da regulamentação não efetivada pelo Legislativo Federal.

¹³⁹ Ob. cit.;

legislativa pelo Poder Executivo contrariamente aos preceitos constitucionais pertinentes.”

O levantamento extraído do banco de dados da própria Presidência da República¹⁴⁰ atesta que foram editadas 263 medidas provisórias, as quais somadas às 5035 reedições totalizam 5268 medidas provisórias, das quais pelo menos 228 referem-se de uma forma ou de outra à matéria tributária, seja para o fim de alterar sistemáticas de apuração e recolhimento de tributos, seja para instituir benefícios fiscais e parcelamentos de dívidas ou ainda para tratar de questões referentes à deveres instrumentais do contribuinte ou mesmo, pasme, à criação de tributos.

Necessário ressaltar que as mais variadas matérias foram objeto de normatização pelas medidas provisórias. Desde a estruturação de quadros de carreiras de servidores públicos até a atribuição de verbas para fins diferentes daqueles previstos na lei orçamentária aprovada no exercício anterior. Programas de saúde, concessões de anistias, reestruturações da Administração Pública Federal, extinção de secretarias, criação de programas, autorizações para doação de bens públicos, instituição de nova modalidade de licitação, atribuição do regime do FGTS para empregados domésticos, política energética nacional, concessão de serviços públicos, autorizações para privatizações de empresas estatais, regulamentação de patentes e propriedade industrial, empréstimos públicos, criação de agências reguladoras de serviços públicos e a dispensa do regime de licitação para as mesmas, emissão de títulos da dívida, disposições sobre salário mínimo, enfim, tudo foi regulamentado por medidas provisórias durante o período sob análise neste trabalho.

Mesmo temas afetos à efetivação de direitos fundamentais acabaram sendo objeto de normatização por meio de medida provisória, por exemplo, a

¹⁴⁰ Disponível no site [www.presidenciadarepublica.gov.br/legislação/medidas provisórias](http://www.presidenciadarepublica.gov.br/legislação/medidas%20provisórias), capturado em 20 fev 2003;

impossibilidade da concessão de liminares contra o Poder Público e o aumento do prazo de prescrição para que a Administração Pública promova ações rescisórias contra decisões a ela contrárias e favoráveis a cidadãos que buscassem o atendimento e o gozo de direitos individuais contra o Estado.

Em que pese o entendimento consubstanciado no sentido de que algumas matérias não poderiam ser objeto de normatização por meio das medidas provisórias, ainda que a redação anterior à Emenda 32 do artigo 62 da Constituição de 1988 não fosse expressa, o Executivo avançou sobre tais temas, inclusive o tributário, concedendo isenções, criando tributos tais como a taxa para o financiamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – *ANVISA* –, conforme Medida Provisória 1791/98 instituidora da referida taxa. Outras tiveram por escopo o aumento dos valores de tributos já existentes, além de disporem sobre muitos aspectos concernentes à relação entre Fisco e contribuinte, conforme levantamento passível de ser constatado na fonte já referenciada antes.

Analisando a questão relativa à reedição da medida provisória antes da mudança no seu regime jurídico constitucional promovida pela Emenda 32, portanto aquele período objeto de análise no presente trabalho, Clèmerson Merlin Clève¹⁴¹ afirma:

“Em determinadas situações excepcionalmente graves, se o Congresso Nacional mantém-se inerte e os pressupostos de edição renovam-se, de maneira autônoma, poderá ser inevitável a reedição da providência de urgência. Retirar este instrumento do Presidente da República autorizaria, ocorrente re-emergência do estado de necessidade, manifestação de paralisia do Estado ou da insuficiência dos instrumentos postos à disposição do Executivo para enfrentar eventual demanda normativa atípica. O que não é possível, entretanto, é a transformação de ato normativo excepcional em meio ordinário de legislação, inclusive mediante a reedição multiplicada de medidas dotadas de conteúdo que, por

¹⁴¹ Ob. cit., p. 119;

sua natureza, poderiam perfeitamente suportar o procedimento legislativo ordinário.”

É justamente esta a observação crítica que tem cabimento, sobretudo ao se deparar com questões controvertidas, tais como: Qual a urgência em proceder a reestruturação de carreiras do Executivo sem que se possa aguardar o trâmite legislativo ordinário, o qual pode ser efetivado inclusive em regime de urgência? Qual a necessidade de autorização para venda imediata de bem público, sem o crivo prévio do Legislativo? Por que tratar da reposição do valor do salário mínimo por medida provisória e não por ato oriundo da vontade colegiada do Legislativo como determina a Constituição, ainda mais em tema tão sensível aos direitos fundamentais como este? A instituição de novo tributo mediante medida provisória não ofenderia direitos individuais básicos do cidadão contribuinte, como a estrita legalidade, a anterioridade e a segurança jurídica?

Tais perguntas não cessaram durante o período objeto de análise neste trabalho – 1994 à 2002 – espaço de tempo no qual o Executivo preponderou sobre os demais Poderes, instrumentalizado a tanto pelas medidas provisórias cuja utilização foi constante e ininterrupta, o que sujeita-se a críticas em face do sistema presidencialista. Quer parecer tratar-se em verdade, de uma distorção no uso de um instrumento típico de regime parlamentarista no qual não são nítidos os limites entre as funções e competências normativas e executivas, até porque o Chefe da Administração Pública – seja em Estado unitário seja em Estado federal – advém dos quadros do próprio Legislativo: é o chamado Primeiro-Ministro ou Chefe de Gabinete.

Neste ponto, há que se reconhecer que com o advento da reforma constitucional consubstanciada na Emenda 32, publicada em 11.09.2001, houve a imposição de limites à atuação abusiva e descontrolada do Executivo relativamente às edições e reedições de medidas provisórias, posto que a vigência das mesmas não mais se

estende por trinta dias, mas sim por sessenta, à exemplo do que ocorre no regime italiano. Quanto às reedições as discussões cessaram na medida em que, também a exemplo do que ocorre na Itália, é possível uma única reedição do texto não votado pelo Congresso Nacional, não havendo mais espaços para reedições sucessivas pelo Executivo, nem tampouco para a omissão do Legislativo, porquanto ao final dos cento e vinte dias – sessenta após a edição e mais sessenta após a reedição – em não havendo deliberação favorável ou contrária aos termos da medida provisória, resta trancada a pauta de votações do Congresso Nacional nos termos da disposição constante do parágrafo 6º do artigo 62, emendado, da Constituição Federal.

Todavia, no ínterim 1994-2002 as reedições foram a regra geral e a consequência foi um grave desequilíbrio entre os Poderes, o que resultou em reiteradas lesões a direitos individuais, particularmente aqueles do cidadão enquanto contribuinte em face do uso reiterado e abusivo das medidas provisórias para tratar de assuntos afetos à matéria tributária.

3.3 - Competência regulamentadora e limites materiais das medidas provisórias:

Atualmente vige um sistema bem delimitado de controle e limites em relação às matérias passíveis de serem veiculadas por medida provisória, o que não ocorreu contudo, durante o período 1994-2002, sobretudo à vista da grave omissão do Legislativo em proceder às competentes discussões e deliberações, o que, por sua vez, deu margem à contínua utilização do instrumento normativo extraordinário – nem tão extraordinário assim – pelo Presidente da República.

Hoje o artigo 62 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001 permite em seu parágrafo 2º a edição de medida

provisória para os fins de instituir ou majorar impostos, **ao contrário do que ocorria no período delimitado para os fins deste trabalho**, observando-se apenas que a eficácia de referida medida provisória deve adequar-se ao chamado Princípio da Anterioridade, conforme expresso no dispositivo mencionado, sendo ainda conveniente lembrar que mesmo agora, após o advento da Emenda 32, o uso das medidas provisórias em matéria tributária não é absoluto, porquanto o parágrafo 1º do mesmo artigo 62 veda seu uso em tema reservado à lei complementar, como é o caso por exemplo, da instituição de empréstimos compulsórios (artigo 148 da Constituição de 1988), impostos residuais (artigo 154, I da Constituição de 1988) e contribuições sociais residuais (artigo 195, parágrafo 4º da Constituição de 1988).

Além das limitações de natureza formal e dos requisitos de urgência e relevância, os quais demandam um juízo em certo grau discricionário, para que seja editada uma medida provisória, há previsão expressa na atual redação do artigo 62 da Constituição de 1988 no sentido de que é vedada a reedição de medida provisória relativa à: a) nacionalidade, cidadania, direitos e partidos políticos, direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares; e) matéria reservada à lei complementar; f) matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Além disso, a Emenda Constitucional 32 ainda possibilitou expressamente que as medidas provisórias passassem a veicular matéria tributária, inclusive para o fim de instituir ou aumentar tributos desde que da espécie “imposto”, com a ressalva da necessidade de adequar-se ao Princípio da Anterioridade tributária, o que, em princípio, teria feito cessar as dúvidas e questionamentos que pairavam sobre o assunto. Mas, tudo isto para o período posterior à publicação da mencionada Emenda.

Todavia em relação ao período anterior não havia a menção clara e expressa de todas estas limitações. Quais seriam então os limites materiais para a edição de medidas provisórias? Ou acaso inexisteriam tais limites, havendo ampla e irrestrita discricionariedade para o Presidente da República tratar das matérias que lhe aproovessem, sem a necessidade de anuência prévia do Legislativo posto que a eficácia da medida provisória era – e continua sendo – imediata? Em que pese eventuais entendimentos em sentido contrário, quer parecer que limites sempre houve, até por força da própria estruturação do Estado Federal Brasileiro e da nítida divisão de atribuições entre os órgãos ou “Poderes” públicos, inclusive com a reserva privativa de competências, consoante estabelecido pela Constituição.

Assim, assuntos relativos ao exercício e garantia de gozo dos direitos fundamentais não podem – e já não podiam antes – ser veiculados por medida provisória para o fim de sofrerem limitação ou redução de seu campo de aplicação. Ora, se mesmo o legislador ordinário, aquele que titulariza a função de editar atos normativos, não apenas excepcionalmente, mas sim ordinariamente, sujeita-se a uma série de limitações formais e matérias – relembre-se aqui os itens 2.4.2 e seus sub-itens nos quais se tratou dos limites negativos e positivos impostos ao legislador em face dos direitos liberais e sociais do cidadão, também e principalmente o agente normativo excepcional, posto só funcionar nos casos de urgência e relevância, terá sua atividade contida pelos mesmos direitos individuais e sociais, aqueles impedindo sua ação no sentido de vedar o tratamento por via de medida provisória que deságüe em limitação de tais direitos, e estes impondo nalgumas situações, desde que presentes a urgência e a relevância, a ação pelo Executivo, instrumentalizada inclusive por medida provisória.

Mas não é só. Em diversos outros casos deparar-se-ia o Presidente da República já no regime anterior à Emenda Constitucional 32, inclusive no período entre 1994 a 2002, com uma gama considerável de limites materiais, tais como a impossibilidade de utilizar a medida provisória para tratar de matéria afeta à

regulamentação por lei complementar, até porque a medida provisória, se aprovada, o será sob a forma de lei ordinária, com quórum de aprovação simplificado, ainda que em votação única reunindo as duas Casas – Câmara de Deputados e Senado Federal, em que pesem posições contrárias como as de Hugo de Brito Machado por exemplo.

De outra sorte, assuntos relacionados e vinculados às chamadas “cláusulas pétreas” enumeradas no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição de 1988 também já não podiam ser objeto de tratamento por medida provisória, até por força de uma interpretação lógica, porquanto nem mesmo Emenda à Constituição poderia dispor sobre tais temas com o condão de excluí-los ou limitá-los. Ora, se nem a Emenda Constitucional o pode, quer parecer ilógico corroborar a tese de que isto seria possível mediante medida provisória.

Assim também todas aquelas matérias cuja delegação ao Presidente da República está vedada. Se este não pode tratar do assunto mediante lei delegada em que o Legislativo o autoriza previamente a regradar a matéria, claramente não poderá fazê-lo por medida provisória, cuja autorização do Legislativo, se é que ocorrerá, será posterior. Observe-se ainda a impossibilidade também existente já antes do advento da Emenda 32 do Presidente da República dispor através de medida provisória de assuntos cuja iniciativa seja de competência privativa dos demais poderes: Judiciário, Legislativo e Ministério Público, além de também ser impossível o tratamento normativo por via de medida provisória de matérias cuja competência total – e não apenas a iniciativa – seja privativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, conforme enumeração constante dos artigos 48 a 52 da Constituição Federal. Neste sentido, observe-se a lição de Clèmerson Merlin Clève¹⁴², abordando inclusive o tema relativo à Teoria da Separação dos Poderes.

¹⁴² Ob. cit., p. 82: “De outro ângulo, é certo que a medida provisória não é o instrumento adequado para veicular assunto de iniciativa privativa dos demais Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. De modo que a legislação emergencial apenas incidirá sobre conteúdo sujeito à iniciativa privativa do Presidente da República e à iniciativa comum ou concorrente. Nesta medida, é impensável a criação de cargos públicos no Judiciário ou de

Aliás, observe-se que no artigo 48 da Constituição, cujo objeto são justamente as matérias em relação às quais a análise é da competência privativa do Congresso Nacional enumera logo em seu início o sistema tributário, a arrecadação e a distribuição de rendas, pelo que, embora a iniciativa do processo legislativo sobre tais assuntos seja atribuição do Executivo, a discussão, análise e decisão sobre estes projetos cabe ao Congresso Nacional, o que de certa forma conduz à interpretação no sentido de que antes da Emenda Constitucional 32, a qual passou a permitir a instituição de tributos por medida provisória, não era possível sua criação através de referido instrumento normativo, à vista não só do Princípio da Estrita Legalidade Tributária, de conotação assecuratória do contribuinte, destacado no artigo 150 da Constituição, mas também e principalmente em face do referido artigo 48. Isto tem uma importância considerável à luz da teoria garantista, pano de fundo da questão relativa ao uso das medidas provisórias em matéria tributária, embora haja espaço para uma interpretação diferente em se tratando da concessão de benefícios ao contribuinte quando veiculadas por medida provisória, mesmo no período anterior à publicação da Emenda 32.

Corroborando o exposto aqui, o professor Clèmerson Merlin Clève¹⁴³, sempre à vista do regime constitucional anterior à Emenda 32, dentro portanto do aspecto temporal compreendido na delimitação deste trabalho, corrobora a tese segundo a qual as mencionadas matérias seriam insuscetíveis de disciplina por meio de medida provisória. São elas:

Tribunais inferiores mediante medida provisória. O Executivo também não está autorizado a interferir no funcionamento dos demais Poderes, tratando, por exemplo, de questões próprias de regimento interno, ou disciplinando assunto de natureza processual, ou desconstituindo decisão judicial, ou aprovando contas reprovadas pelo órgão competente. O princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Lei Magna, vincula o intérprete, orientando a compreensão do campo de incidência da atuação normativa excepcional do Executivo. Se é certo que a competência normativa primária do Presidente da República concilia-se com o princípio da tripartição do poder concretizado na Carta Constitucional de 1988, não é menos certo que o Executivo está impedido de valer-se do expediente para interferir nos demais órgãos constitucionais, sob pena de grave ofensa aos postulados do Estado Democrático de Direito.”

¹⁴³ Ob. cit., p. 84;

“(i) as matérias que não reclamam tratamento legislativo; (ii) as que se satisfazem com o tratamento normativo secundário; (iii) aquelas que não admitem delegação; (iv) as exigentes de eficácia diferida; (v) aquelas que desafiam eficácia normativa que, por sua natureza, inadmitem desconstituição; (vi) as sujeitas à iniciativa legislativa privativa dos demais poderes (inclusive o Ministério Público e o Tribunal de Contas); (vii) as residentes no campo de competência concorrente e privativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios e as (viii) interferentes no exercício da atividade ordinária conferida aos demais poderes e órgãos.”

Não se esqueça também das limitações inerentes à matéria criminal, sobretudo em se tratando da definição de tipos penais e das respectivas penas. Sobre o assunto são indispensáveis as palavras de Brasilino Pereira dos Santos¹⁴⁴:

“É do conhecimento comum que a liberdade é tida como a regra fundamental entre os direitos individuais. O impedimento ou seccionamento desse direito à liberdade é a exceção. E a exceção à liberdade há de ser explícita. Já se disse que é o Direito um contínuo de licitudes, isto é, de condutas facultadas, e um descontínuo de ilicitudes, ou seja, de condutas proibidas. Assim, apenas quando houver proibição, imposta pelo Parlamento, não há faculdade de agir, de pôr em prática certa conduta. A regra geral é a conduta ser lícita. A exceção é ser ilícita. Se uma norma tenta suprimir certos valores vigentes tradicionalmente, ela encontrará obstáculos.”

Quanto à matéria tributária, em que pese a autorização expressa veiculada pela Emenda Constitucional 32 constante do agora vigente artigo 62, parágrafo 2º da Constituição de 1988, a verdade é que muitos questionamentos existiam no período anterior, particularmente aquele delimitado para os fins do presente trabalho, assunto aliás a ser explorado com maior profundidade no item 3.6 à frente. Todavia, algumas observações fazem-se necessárias por ora. Assim, em se tratando de assuntos de natureza

¹⁴⁴ Ob. cit., p. 736;

tributária que demandem tratamento mediante lei complementar, não era possível antes da Emenda 32 – como continua não sendo agora – sua regulamentação via medida provisória. Assim por exemplo, a instituição de empréstimos compulsórios nos termos do disposto no artigo 148 da Constituição, cuja letra é clara ao impor a veiculação de lei complementar, portanto com um quórum de aprovação qualificado. Não há como validar formalmente também, medida provisória instituidora de impostos residuais cuja competência está regradada no artigo 154, I da Constituição de 1988 ou ainda disposições relativas à resolução de conflitos de competência em assuntos de natureza tributária ou o estabelecimento de normas gerais sobre direito tributário, inclusive no que se refere à prescrição e decadência, posto que o artigo 146 do Texto Constitucional impõe novamente aqui a premissa de lei complementar. Ainda que a medida provisória relativa a alguma destas matérias fosse aprovada e convalidada pelo Congresso, mesmo que com maioria absoluta, e respeitando posicionamentos em sentido divergente, tratar-se-ia de disposição formalmente inconstitucional, sobretudo porque mesmo assim a conversão em lei dar-se-ia sob a forma de lei ordinária.

Estes os parâmetros materiais limitadores do uso das medidas provisórias no regime constitucional anterior à publicação da Emenda 32 e, portanto, de interesse direto e imediato para o período delimitado na análise procedida neste trabalho de pesquisa.

3.4 - Risco para o processo democrático x necessidade de agilidade do processo normatizador (perspectiva funcionalista: necessidade de funcionamento sistemático ou prevalência da lógica garantista?):

Atualmente o mundo assiste a uma dinâmica sem precedentes, a constantes mudanças e inovações nas mais diferentes áreas do atuar, tanto no âmbito

social quanto no político. As novas descobertas científicas, as inovações em diferentes áreas do saber, o progresso da humanidade, a indescritível velocidade na transmissão de informações, agilizada pelo implemento e expansão da informática e da telemática impulsionada pelos meios de comunicação – individuais e coletivos – e pela internet têm acarretado sucessivas e importantes situações e demandas. A situação econômica altera-se a passos largos de modo muito veloz, o capital financeiro flutuante desloca-se de modo incontrolado, grandes mercados interpenetram-se e influenciam-se mutuamente, grandes impérios econômicos avançam nas mais diferentes partes do planeta, bens, produtos e serviços são objeto de processos de troca a todos os momentos e em todos os lugares, enfim, a sociedade está em meio a um ritmo nunca antes observado. Milton Santos¹⁴⁵ retrata de modo muito feliz o contexto atual.

É claro que tal dinâmica influencia a atuação do Estado enquanto organização política responsável pela normatização da vida em sociedade e por responder às demandas sociais, sempre crescentes e em grande parte urgentes, conforme inclusive já considerado no item 1.1.4. Tal pressão sobre os poderes estatais se reflete na necessidade de maior agilidade, de maior velocidade das respostas a serem dadas por estes. Desta forma, o Estado se vê numa situação difícil qual seja, utilizar recursos limitados e uma estrutura muitas vezes incompatível com as demandas da sociedade para atender às carências despertadas no seio da comunidade. Num Estado democrático de direito, a questão ganha um relevo particular à vista da participação popular – ou ao menos, a expectativa de – no processo decisório quanto à escolha das políticas públicas a serem

¹⁴⁵ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 83: “Hoje vivemos um mundo da rapidez e da fluidez. Trata-se de uma fluidez virtual, possível pela presença dos novos sistemas técnicos, sobretudo os sistemas da informação, e de uma fluidez efetiva, realizada quando essa fluidez potencial é utilizada no exercício da ação, pelas empresas e instituições hegemônicas. A fluidez potencial aparece no imaginário e na ideologia como se fosse um bem comum, uma fluidez para todos, quando, na verdade, apenas alguns agentes têm a possibilidade de utilizá-la, tornando-se, desse modo, os detentores efetivos da velocidade. O exercício desta é, pois, o resultado das disponibilidades materiais e técnicas existentes e das possibilidades de ação. Assim, o mundo da rapidez e da fluidez somente se entende a partir de um processo conjunto no qual participam de um lado as técnicas atuais e, de outro, a política atual, sendo que esta é empreendida tanto pelas instituições públicas, nacionais, intranacionais e internacionais, como pelas empresas privadas.”

implementadas. O controle exercido, ou pretendido, também ganha destaque nos regimes que pretendem ser qualificados como democráticos.

Com isso impõe-se ao Estado a difícil missão de resguardar a ordem e a segurança públicas e, concomitantemente, desenvolver ações que venham de encontro às expectativas e necessidades sociais, tudo de modo rápido, sem delongas e sem resultar em agravamento do estado de crise vivenciado no presente. Este quer parecer ser um argumento palpável para a agilização do processo normativo, cujo produto consubstanciado em normas declarativas, impositivas e/ou coativas tenta consubstanciar em resultados práticos os anseios da coletividade.

Entretanto, há uma certa divergência entre tal demanda pela agilidade e o tempo necessário para o amadurecimento de idéias e as discussões e análises próprias de um processo decisório democrático. Diferentes grupos de opinião querem, precisam e devem expressar suas posições, diversas correntes políticas presentes no âmbito social querem se fazer ouvir, inúmeros interesses divergentes também entram em conflito – um conflito até saudável dentro da lógica democrática – e disputam a supremacia. Isto tudo sem se falar nos movimentos sociais, organizados ou não, bem como na atuação da mídia através de diferentes meios como jornais, revistas, televisão etc, os quais também exercem o papel de agentes de influência sobre as ações estatais, muitas vezes críticas, outras persuasivas. É claro que tais divergências, expressas sob diferentes formas de pensar e agir, demandam tempo para que se chegue a um produto acabado, à aprovação de uma norma jurídica pelo Legislativo, palco no qual estão representados os mencionados grupos, para onde são levados os diversos e conflitantes pontos de vista sobre os mais variados temas passíveis de normatização e que, ao final do processo, consubstanciam-se em textos de leis.

Ora, como conciliar o tempo para o desenvolvimento de tais discussões e a urgência pelas decisões e ações do Estado? É sabido que este só pode agir

nos termos do que autorizam as leis, assim entendidas como atos normativos privativos do Legislativo em face dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade de dita supremacia, verdadeiros panos de fundo do princípio da estrita legalidade. Neste sentir, a atuação do Estado é quase sempre vinculada aos termos da lei, restando pouco espaço para a atuação discricionária do agente público. Ao contrário do particular que está autorizado a fazer tudo aquilo que não lhe seja vedado pelas normas jurídicas integrantes do ordenamento, o Estado – inclusive a Administração Pública integrante do Executivo – só pode agir nos estritos termos da lei.

A resposta a tal indagação talvez esteja na necessidade premente de uma releitura do princípio da separação dos poderes, conforme já analisado no item 1.4 deste trabalho. É certo que hoje não há mais o rigorismo tradicional de dita separação, até porque as diferentes funções – ou “Poderes” – do Estado se interpenetram e se vinculam, particularmente em sistemas parlamentaristas de governo. Daí a conveniência, e até mesmo a necessidade de provimentos de urgência para o atendimento de situações excepcionais que demandam uma resposta quase imediata por parte da Administração Pública, consubstanciada na maioria das vezes sob a forma de uma norma jurídica regradora de direitos e interesses divergentes.

Todavia, a situação ganha novas cores ao tratar-se de um regime presidencialista como o brasileiro, o qual prevê também um instrumento para ser utilizado pelo Chefe do “Poder” Executivo em situações extraordinárias, desde que presentes os requisitos indispensáveis concernentes à urgência e relevância da matéria a ser objeto de normatização: a medida provisória. Torna-se necessário analisar até que ponto seu uso põe em risco o processo democrático, em que pese sua premência, à vista da necessidade de agilidade do processo normatizador nalgumas situações. E mais, sob uma perspectiva funcionalista, tratar-se-ia de uma necessidade do sistema jurídico-político funcionar eficientemente ou de um atentado à lógica garantista defendida por Ferrajoli e seus seguidores?

Quer parecer que todas as mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas bem como a eclosão de carências e problemas das mais variadas ordens impõem um novo ponto de vista sobre a atuação do Estado e seu papel diante do contexto formado, o que leva inclusive à uma revisão de conceitos tradicionais tais como a soberania, a separação bem demarcada e inflexível de funções legislativas e executivas e a representatividade dos cidadãos.

No que se refere à implementação de políticas públicas e à efetivação de programas sociais, econômicos e estruturais – alguns inclusive emergenciais – é necessário sim prover os órgãos estatais de meios e instrumentos mais ágeis que facilitem o desenvolvimento de ditos programas. Ao deparar-se o Estado com problemas das mais variadas espécies, não seria crível corroborar a idéia de que padrões e formas seculares deveriam ser respeitados rigorosamente, sob pena de invalidade das ações jurídico-políticas. Ora, assim como o homem influencia o meio e por este também é influenciado, o direito, enquanto instrumento de normatização da sociedade e das relações ocorridas no seio desta, a influencia, mas por ela também é influenciado. Há entendimentos inclusive no sentido de que o direito não passaria de uma forma de perpetuação do poder e do *status quo*. Em que pese o radicalismo desta última afirmação, com a qual talvez não seja conveniente anuir, ao menos integralmente, é importante ter presente a importância da interdependência entre o meio sócio-político-econômico e os institutos jurídicos criados e vigentes em dado ordenamento.

Neste contexto, em que pesem as diferenças entre sistemas de governo parlamentaristas e presidencialistas, a utilização de um instrumento normativo de emergência como a medida provisória parece útil em casos extraordinários que demandam, justamente em face de sua excepcionalidade e importância, urgência na efetivação de ações do Estado. Todavia, cabem aqui algumas considerações.

Diante de riscos à saúde pública tais como o surgimento e disseminação de uma epidemia de doença que ponha em risco a vida de centenas ou mesmo milhares de pessoas, justificar-se-ia a edição de uma medida provisória que destinasse recursos e meios para o combate a tal praga, por exemplo: a) criando equipes médicas, farmacêuticas, imunologistas etc para vacinar e atender os casos urgentes; b) destinando verbas para uma campanha emergencial até então não orçadas por falta de planejamento e/ou previsão; c) transferindo recursos e material humano de outros órgãos e entidades em face da urgência relativa à necessidade em questão; d) regulamentando outros problemas e peculiaridades inerentes à criação de um plano de combate ao transmissor da doença.

Em tema tributário, portanto mais relacionado ao objeto do presente trabalho, mesmo no período compreendido a partir de 1994, antes portanto da EC 32/01 seria possível entender cabível a edição de medidas provisórias nalgumas situações em que estivessem presentes os requisitos afetos à urgência e relevância, tais como a implementação emergente de uma política tributária extrafiscal que tivesse por objetivo a canalização de recursos do mercado financeiro para o investimento direto na indústria, a qual poderia por exemplo, ser expressa não só pela elevação de alíquotas do imposto sobre operações financeiras e redução das alíquotas dos impostos que gravam a produção tais como o imposto sobre importações e o imposto sobre produtos industrializados – desde que acima dos limites máximos de alíquotas previstos na lei, já que em caso contrário bastaria simples decreto¹⁴⁶ - mas também por vários outros elementos integrantes de um plano mais elaborado consistente em: a) destinação de recursos da arrecadação tributária para o financiamento de exportações; b) instituição de isenções tributárias para algumas espécies de indústrias; c) criação de inúmeros benefícios fiscais tais como créditos presumidos de impostos, diferimentos e moratória no pagamento de outros tributos etc. Todas estas matérias, relacionadas de modo direto ao tema tributário, em face de sua relevância e no caso de também estar presente a urgência na

¹⁴⁶ Cf. artigo 153, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988;

implementação do plano governamental em razão, por exemplo, dos enormes ganhos financeiros oriundos de especulações com operações de cambito e demais derivativos próprios do mercado de risco em detrimento da falta de recursos para investimento na produção com endividamento crescente das indústrias, aumento assustador dos índices de desemprego etc, poderiam ser veiculadas por medida provisória, cuja eficácia seria imediata, em que pese a necessidade de análise posterior pelo Legislativo.

É verdade que o uso da medida provisória não poderia ter sido tão extenso e amplo como o foi no período 1994-2002, inclusive em matéria tributária, de modo que o que deveria ser a exceção – o uso de medidas provisórias somente em situações relevantes e urgentes – acabou tornando-se a regra, sobretudo porque o Executivo assumiu como função típica e característica sua, a legislativa, consistente na elaboração de normas jurídicas a serem postas em prática e executadas por ele próprio em detrimento das prerrogativas do “Poder” Legislativo federal, representado pelo Congresso Nacional, o qual assistiu inerte a tal fenômeno. O resultado foi uma verdadeira preponderância da tese consistente na necessidade de agilidade do processo normatizador em detrimento do desenvolvimento, aprimoramento e perpetuação do processo democrático em que a comunidade de cidadãos eleitores participa, ainda que de modo indireto, através de seus representantes, por ela mesma eleitos, recebendo estas sugestões e sendo objeto de outras formas de persuasão oriundas de entidades, organizações não-governamentais, grupos políticos etc, formas estas inerentes a um regime democrático representativo.

Não, ao invés disto o que se assistiu no período referido foi a um verdadeiro desequilíbrio de forças, com a supremacia quase imbatível da vontade unitária e avassaladora do Poder Executivo, o qual simplesmente desconsiderou o debate político e a prévia anuência da sociedade e da opinião pública, muitas vezes ausente em razão da manipulação e omissão da mídia e, principal e particularmente do próprio Legislativo, o

qual renunciou ao exercício de suas funções típicas: legislar e controlar os órgãos executivos.

Ainda que sob uma perspectiva funcionalista, assistiu-se no período em referência a um desprestígio à lógica garantista na medida em que sobre tudo e todos o Executivo legislou através das medidas provisórias, tratando de assuntos muitas vezes sequer urgentes e outras, ainda que presente o aspecto da urgência, relativos à matéria afeta a direitos fundamentais dos cidadãos, quer individuais (como a liberdade, a isonomia, o não-confisco, a capacidade contributiva), quer sociais (como os reajustes anuais do salário mínimo, a implementação de políticas de segurança pública e ações nas áreas da saúde e educação). Sob a justificativa da imperiosidade do sistema jurídico-político funcionar bem, o que somente seria possível mediante ações rápidas de aplicação quase instantânea sob a responsabilidade do Estado, a lógica garantista de defesa absoluta dos direitos fundamentais mediante uma crítica ao positivismo tradicional ou paleopositivismo aliada a uma análise rigorosa quanto à validade das normas postas – validade material conforme exposto no subitem 2.3.2.2 – acabou por ser desconsiderada.

Aliás, sequer foi objeto de consideração, nem mesmo pela doutrina jurídica do país. Os argumentos utilizados pelos críticos do uso desenfreado das medidas provisórias, apesar de uma lógica correta, quase sempre foram superficiais e repetitivos. Embora muito se tenha escrito a respeito do assunto, o enfoque quase sempre foi o mesmo: entender inconstitucional a medida provisória sem analisá-la à luz do garantismo.

A verdade é que no período 1994-2002 o uso abusivo de competências normativas pelo “Poder” Executivo, em especial aquelas expressas sob a forma de medidas provisórias, teve um efeito avassalador sobre os postulados da teoria garantista, colocando em xeque o próprio regime democrático, cuja crise de representatividade no sistema brasileiro é particularmente grave. Com a reiterada justificativa funcionalista, a apregoada necessidade premente do sistema funcionar, o

referido instrumento normativo de urgência foi utilizado reiteradas vezes inclusive em matéria tributária, configurando vários atentados aos direitos individuais do cidadão contribuinte, inclusive aqueles relativos ao não-confisco, à isonomia tributária, à capacidade contributiva, à anterioridade da norma tributária etc. Tais atentados são indicativos, senão conclusivos, da invalidade de referidas medidas provisórias.

3.5 - Invalidade substancial das medidas provisórias veiculadoras de obrigações e deveres em matéria tributária: ofensa aos direitos fundamentais:

Em que pese a omissão do Legislativo em se manifestar sobre as medidas provisórias editadas e reeditadas no período anterior ao advento da Emenda Constitucional 32, e também pela posição dos órgãos integrantes do Judiciário brasileiro – juízes e tribunais – os quais nem sempre estiveram dispostos a analisar as matérias veiculadas por tais instrumentos normativos de modo a efetivar e fazer respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, não há como deixar de proceder neste ponto a uma análise referente à validade substancial ou material de tais medidas provisórias, ainda que tal análise seja passível de críticas por não ser completa ou por enfatizar aspectos não unânimes no seio da doutrina.

Durante o período em referência foram diversas as medidas provisórias que veicularam matéria tributária impondo obrigações e deveres aos contribuintes e, com isto, ferindo direitos fundamentais destes, consubstanciados muitas vezes sob a forma de princípios, os chamados *Princípios Constitucionais Tributários* ou *Garantias do Contribuinte*, expressos na Constituição Federal de 1988, particularmente em seu artigo 150, com o escopo de evitar abusos por parte do Estado em detrimento dos sujeitos destinatários das normas impositivas de natureza tributária.

Assim é que, o Constituinte previu inúmeros destes princípios, considerados verdadeiras barreiras limitadoras ao poder de tributar do Estado, todos eles sob a forma de normas plenamente eficazes ou de eficácia imediata e ilimitada como querem alguns¹⁴⁷. Dentre os principais estão o *princípio da estrita legalidade tributária* com roupagem especial e reiterando para o tema tributário os termos do princípio da legalidade já presente no artigo 5º, II da Constituição. Segundo ele, não é possível o contribuinte sofrer novos ônus resultantes da instituição de tributo, seja ele qual for, ou do aumento dos valores de outros já existentes, a menos que tal inovação se dê mediante os termos de lei, entendida esta como ato normativo privativo dos órgãos legislativos ordinários. Obviamente, com a inovação trazida pela Emenda Constitucional 32, tal princípio ganhou nova roupagem em tema tributário, à vista da autorização, agora expressa, do artigo 62 da Constituição emendada.

Como corolários da *estrita legalidade tributária* há dois outros princípios complementares quais sejam, o da *irretroatividade da lei tributária* e o da *anterioridade da lei tributária*, segundo os quais a norma veiculadora de novas obrigações para o contribuinte não pode retroagir vale dizer, ter eficácia em relação a fatos anteriores a sua publicação além do que, referida eficácia é diferida na medida em que aplicar-se-á, regra geral, a fatos ocorridos somente a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se der sua publicação. As exceções a esta última regra são os chamados impostos extrafiscais ou seja, aqueles cujos objetivos principais de sua instituição ou aumento não são de natureza arrecadatória, posto terem outros fins como o desenvolvimento da atividade econômica, o combate ao desemprego, o estímulo ou desestímulo às importações, a canalização de recursos do mercado financeiro para à atividade produtiva, a regulamentação do mercado de câmbio etc. Logo em relação ao imposto sobre produtos industrializados, ao imposto sobre operações financeiras, ao imposto sobre importações e ao imposto sobre exportações não se aplica a regra da anterioridade. Também uma observação quanto às contribuições sociais tem cabimento

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da (1998). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 15ª ed, 827p.

em razão de que às mesmas não se aplica o *princípio da anterioridade genérica*, mas sim a *anterioridade específica ou nonagesimal*, por força da qual a norma que cria uma nova contribuição social pode produzir efeitos em relação a fatos ocorridos no mesmo ano de sua publicação, sem a necessidade de aguardar até o início do exercício seguinte, devendo contudo, mediar um prazo de noventa dias entre sua publicação e sua eficácia. Considere-se também a hipótese de empréstimo compulsório baseado no artigo 148, I da Constituição de 1988, última exceção ao princípio mencionado.

Há ainda outros princípios constitucionais tributários que visam resguardar e garantir os contribuintes, todos tidos como direitos ou garantias fundamentais destes. Tais são, por exemplo, o da *isonomia tributária* e o da *capacidade contributiva*. Segundo aquele, os contribuintes devem receber um tratamento isonômico e equitativo por parte do legislador o que não significa que devam estar sujeitos a tratamento idêntico, mas sim que devem ser tratados – e portanto, tributados – de modo diferente na exata medida de suas desigualdades. O tratamento diferenciado à pequenas e médias empresas e ao ato cooperativo determinados pelo Constituinte, conforme já observado antes, são formas de diferenciar os contribuintes com o objetivo de efetivar a isonomia entre os mesmos. Tratar-se-ia de garantias sociais dos contribuintes na classificação garantista, conforme visto no item 2.2 deste trabalho e que impõem uma forma de ação ao Estado; são instrumentos de coerção que obrigam o exercício da atividade legislativa no sentido de efetivá-las. A idéia de capacidade contributiva está diretamente vinculada à isonomia, porquanto o legislador ao exercitar sua competência no sentido de criar obrigações e instituir deveres de natureza tributária, deve atentar para as diferentes capacidades econômicas dos contribuintes e adequar o sistema normativo a tais nuances. Ao limitar direitos de créditos tributários inerentes à sistemática não cumulativa de impostos como o IPI e o ICMS o legislador ofende à capacidade contributiva, já que impõe a incidência de tais tributos sob o efeito cascata. Ao não discriminar os acréscimos de renda para fins de IRPF em número maior de faixas de alíquotas, o legislador também ofende à isonomia e à diferente capacidade de contribuir dos cidadãos. Ao determinar

através de medidas provisórias que os valores dedutíveis com saúde e educação do contribuinte e seus dependentes devem ficar “congelados” durante longo período, sem atentar para a facticidade da desvalorização da moeda e dos crescentes gastos com tais fins, o legislador – no caso, o Chefe do Executivo – também desconsidera os referidos princípios constitucionais, representativos de verdadeiras garantias dos contribuintes.

Pois bem, todas estas são formas e maneiras utilizadas pelo “Poder” Executivo no Brasil durante o período 1994-2002 para ofender os direitos fundamentais do cidadão contribuinte e, portanto, desprestigiar os princípios constitucionais tributários e as garantias dos direitos individuais em tema afeto à matéria tributária.

Isto tudo sem se adentrar nas questões relativas às diferentes formas de confisco sobre o patrimônio e a renda do contribuinte efetuadas pelo Executivo através do mesmo instrumento normativo: a medida provisória. Assim, por exemplo, a medida provisória que instituiu o chamado *Plano Real* em junho de 1994 e que determinou dentre outras coisas a mudança da moeda corrente no país e a desconsideração de índices reais de depreciação da moeda (inflação) durante o curto período de transição. Ocorreu neste momento e por força de tal medida provisória, aliás reeditada durante mais de seis anos (portanto, por mais de setenta vezes) até ser convertida em lei por votação atrasada e imperdoável do Congresso Nacional, verdadeiro expurgo inflacionário e imposição de ônus aos contribuintes posto que houve efetivamente inflação durante os meses de junho e julho de 1994 mas referida medida provisória impediu a correção monetária das demonstrações financeiras das pessoas jurídicas, o que resultou em aumento da carga fiscal relativa ao imposto de renda-pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido.

Exemplos como este e os demais mencionados no parágrafo anterior dão conta de reiteradas ofensas aos direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, decorrentes da edição de medidas provisórias versando matéria tributária no

período de tempo delimitado para os fins da presente análise. Mesmo que se entendesse formalmente válida a normatização destes temas mediante medida provisória, como aliás possibilitou a redação do novo artigo 62 da Constituição Federal de 1988 resultante da aprovação da Emenda Constitucional 32, ainda assim restariam graves e importantes vícios de validade sob o aspecto material ou substancial na medida em que efetivamente desprestigiados os direitos fundamentais ao tratamento isonômico, à adequação da imposição tributária às diferentes capacidades contributivas dos destinatários legais, ao não-confisco de patrimônio sob a forma disfarçada de aumento da carga tributária decorrente de expurgo inflacionário e, também e principalmente, ao atentado à anterioridade da lei tributária, questão esta que mesmo na atual redação do artigo 62, posterior à Emenda 32, deve ser respeitada e que, em face da vigência anterior da medida provisória por trinta dias e suas reedições sucessivas, jamais foi respeitado. Como exemplo interessante, observe-se o caso da medida provisória 1.212/95 que tratou da alteração na sistemática de arrecadação da *contribuição social para o PIS*, bem como da alteração de suas alíquotas e bases de cálculo, agravando consideravelmente a situação dos contribuintes, assunto este inclusive, objeto de consideração pelos tribunais pátrios.

Assim sendo, e à vista das considerações acima procedidas bem como à luz da teoria garantista exposta ao longo de todo o capítulo 2 deste trabalho, é defensável a afirmativa no sentido de que, sob o ponto de vista material, várias medidas provisórias impositivas de deveres, obrigações e ônus ao cidadão contribuinte foram materialmente inválidas. Tal invalidade decorreu da ofensa direta ou indireta a um ou mais direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, expressos no mais das vezes sob a forma de princípios constitucionais tributários constantes de maneira expressa na Carta Fundamental de 1988, particularmente em seu artigo 150.

Defensável também a afirmativa de que tais máculas de invalidade dariam margem a questionamentos quanto à constitucionalidade dos novos deveres impostos pela legislação de emergência, ainda que formalmente o intérprete concordasse

com a veiculação de matéria tributária através de medidas provisórias, mesmo quando instituíam ou aumentavam tributos no período anterior à Emenda 32.. Isto se deve ao fato de que, para a Teoria Geral do Garantismo, a norma jurídica deve estar de acordo não só com os trâmites, procedimentos e regras de competência autorizativas ou impositivas previstas no sistema, mas também manter adequação à substância mesma da matéria veiculada, sem restar qualquer vício material relativo à ofensa a direitos fundamentais e suas garantias, quer sejam direitos individuais quer sejam direitos sociais – aqueles impedindo ações normativas que ataquem ou flexibilizem o gozo das prerrogativas do cidadão, estes impondo coercitivamente um dever de agir por parte do Estado através da edição de normas que venham a possibilitar a efetivação dos direitos sociais.

Oportuna a lembrança do já afirmado no item 2.3.2.2 deste trabalho, ainda que possa parecer insistência, no sentido de que todas as normas jurídicas, inclusive aquelas veiculadas através de medidas provisórias, serão materialmente válidas sempre que não atentarem contra algum direito ou garantia fundamental atribuídos ao cidadão. Ao serem mencionados os direitos fundamentais, também denominados de liberdades fundamentais, é mister observar que os mesmos não são conferidos aos cidadãos pelo Estado. Trata-se de direitos que os indivíduos já possuem; o Estado simplesmente os declara mediante atos enunciativos próprios como as declarações de direitos, as quais no caso brasileiro estão incorporadas no texto da Constituição. Se houvesse dúvidas quanto à não taxatividade da enumeração constante do artigo 5º da Constituição de 1988, o parágrafo segundo do mesmo artigo arrebataria a incerteza, posto afirmar textualmente que o rol de direitos fundamentais, previstos ao longo dos incisos do dispositivo constitucional, não excluem outros que podem constar da própria Constituição ou serem resultado de tratados e acordos firmados pelo Estado brasileiro.

Em que pese a aparência repetitiva, observe-se vez mais que o tema da validade das normas jurídicas relaciona-se diretamente com a questão atinente à legitimidade, a qual significa adequação da norma aos interesses daqueles aos quais a

mesma se destina - os cidadãos. Por certo que o interesse destes passa necessariamente pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, inclusive do cidadão enquanto contribuinte. É a chamada “legitimidade substancial” na lição de Ferrajoli¹⁴⁸, como já observado antes.

O que pode ser afirmado conclusivamente é que as medidas provisórias em geral podem ser materialmente inválidas, inclusive aquelas que tratam de matéria tributária impondo deveres e obrigações novos aos contribuintes.

3.6 - *Crise de representatividade: crise legislativa e crise de legitimidade:*

Ao longo das linhas anteriores bem como à vista do contexto jurídico-político atual vivenciado no país, é possível constatar uma verdadeira crise de representatividade, inerente à atual crise do próprio Estado contemporâneo enquanto forma de organização política. Tal crise se expressa de modo muito particular no atual regime constitucional brasileiro, especialmente no período 1994-2002 em que o uso abusivo de competências normativas pelo “Poder” Executivo causou um desequilíbrio de dimensões consideráveis entre os demais órgãos integrantes do Estado: Legislativo e Judiciário, principalmente em matérias de natureza tributária.

Referido desequilíbrio chegou ao ponto de, nalgumas situações, o Executivo tentar limitar o uso de competências constitucionalmente deferidas a outros órgãos, tais como o Ministério Público, cuja atuação é indispensável para a realização da justiça e manutenção do Estado democrático de direito. Possivelmente incomodados pela atuação crescente dos integrantes do *parquet*, sempre atentos a abusos e ofensas à ordem constitucional e legal posta, o Chefe do Poder Executivo federal não mediu esforços no

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2000;

sentido de regradar e limitar o exercício da função fiscalizatória do Ministério Público através da edição de uma medida provisória com tal escopo. Apesar da consideração a interpretações em sentido oposto, também possíveis à vista da inovação normativa, quer parecer viável entender a iniciativa do Executivo como um ataque às prerrogativas asseguradas constitucionalmente ao Ministério Público.

Mas este é só um aspecto da questão, ou se for possível assim entender, apenas um módico exemplo das ofensivas promovidas pelo Executivo no uso de suas competências normativas, em particular através das medidas provisórias. Desejando sobre tudo legislar, regradando condutas, regulamentando dispositivos constitucionais, impondo ônus e obrigações, dispondo sobre a sistemática de muitos tributos e promovendo alterações em aspectos jurídico-tributários, particularmente em relação às chamadas contribuições sociais, quer discretamente quer de modo mais alardeado sob a denominação inclusive de “mini-reformas”, o Executivo alargou seu espaço no cenário jurídico-político do país no íterim 1994-2002, afogando os órgãos legislativos – Câmara dos Deputados e Senado Federal – com um número crescente de medidas provisórias, em meio a uma certa omissão dos órgãos de divulgação e informação em transmitir as conseqüências para as quais a boa doutrina e os operadores do Direito alertaram desde a criação do instituto da medida provisória, o que se deu numa Constituição estruturadora de regime presidencialista de governo.

Tal fenômeno aliado à morosidade característica dos órgãos legislativos, até mesmo em face da complexidade inerente ao processo de análise e discussão de propostas normativas, além da omissão de muitos de seus integrantes e dos acordos e pactos “de inação” firmados no âmbito do Legislativo resultou em crescimento questionável das funções do Executivo.

Resultou daí uma profunda crise de representatividade passível de consideração sob dois aspectos: a) uma crise de legalidade oriunda da avalanche

normativa; b) uma crise de legitimidade, cujos resultados foram amplamente negativos para a sociedade brasileira.

De fato, a crise de legalidade ressaltada por tantos autores como Bobbio e Ferrajoli, conforme já enunciado no capítulo 2, ganhou no Brasil uma característica toda peculiar: a edição da quase totalidade das novas normas jurídicas advieram de medidas provisórias, fruto portanto, da vontade unilateral do Executivo. Pior que isto: medidas provisórias não analisadas pelo Legislativo e reeditadas reiteradas vezes ao longo de meses e até anos, conforme demonstrado nos anexos ao final do trabalho. Tal fato, particularmente em matéria tributária, enseja inúmeras críticas, sobretudo à vista da instabilidade jurídica provocada, cujo impacto reflete-se na falta de segurança dos contribuintes, a todo momento sujeitos a alterações decorrentes do bel prazer do Executivo.

Quer parecer um risco grave à segurança jurídica, bem como ao próprio funcionamento do Estado, a veiculação de um número excessivo de normas jurídicas, particularmente quando decorrentes de sucessivas medidas provisórias. A crise de legalidade se expressa assim através de uma voracidade no legislar tamanha, que se passa a legislar sobre tudo e sobre todos, não havendo qualquer parâmetro de razoabilidade que faça cessar tal atividade legiferante.

As normas vão se sucedendo no tempo e no espaço, umas sobrepondo-se às outras, umas especificando as demais, algumas repetindo outras anteriores, já existentes e plenamente vigentes. Com isto o sentido de generalidade da lei vai se perdendo pelo caminho, o ordenamento jurídico nacional vai se transformando num conjunto de normas específicas e baseadas no casuísmo, dispondo e regrido cada situação em particular. Trata-se de uma verdadeira “inflação legislativa”. Para agravar a situação, a maior parte destas normas muito específicas, muito casuísticas foi veiculada por medidas provisórias, cuja natureza é precária, posto que sujeitas à perda da vigência

em caso de não apreciação pelo Congresso Nacional, devendo então este dispor sobre aquelas relações jurídicas constituídas durante o lapso de tempo em que produziram efeitos. É bem verdade que na quase totalidade dos casos isto não se deu em face das sucessivas reedições, o que também não deixa de ser um sintoma de crise do ordenamento jurídico do país.

Em tema tributário o problema agrava-se ainda mais à vista da natureza das relações jurídicas que vinculam o Fisco – sujeito ativo, credor da obrigação tributária – e o contribuinte – sujeito passivo, devedor da obrigação referida. Em que pese a precariedade das disposições constantes das muitas e reiteradas medidas provisórias publicadas durante o período 1994-2002, a verdade é que em bom número de oportunidades, senão na maioria, estabeleceram ônus aos contribuintes: a) aumentando os valores a serem dispendidos pelos mesmos de modo direto mediante o pagamento dos tributos objeto de normatização; b) alterando a sistemática de recolhimento dos tributos, implicando aumento indireto de gastos, sobretudo porque à vista das mudanças promovidas, o contribuinte se viu obrigado a alterar sistemas de controle contábil e movimentação financeira, criando e desenvolvendo novas rotinas procedimentais que acarretam ônus de variada ordem; c) tendo custos financeiros consideráveis em face de mudanças no prazo de apuração e recolhimento da receita tributária junto ao Fisco, como no caso da Medida Provisória 1212/95, relativa à Contribuição Social para o PIS; d) desmobilizando estruturas antes impostas como necessárias pela máquina arrecadadora; e) fazendo constantes consultas aos órgãos de fiscalização sobre procedimentos a serem adotados à vista de dúvidas e contraditoriedade das normas, incorrendo muitas vezes em erros involuntários aos quais foi conduzido pela própria contraditoriedade das inúmeras e divergentes normas jurídico-tributárias, alteradas constantemente pelas sucessivas medidas provisórias.

Observe-se que tudo isto foi feito sem o crivo do Legislativo, sem a anuência deste, sem portanto qualquer discussão a respeito e pior ainda, sem a concessão

de um prazo por mínimo que fosse, para que os contribuintes se adaptassem às solicitações e sucessivas imposições de ônus determinadas pelas medidas provisórias.

Tudo isto veio em sentido contrário ao fundamento mesmo da imposição do chamado “Princípio da Estrita Legalidade Tributária”, com origens históricas na Magna Carta inglesa de 1215, quando os barões e lordes ingleses impuseram ao rei João Sem Terra, a necessidade de que este os consultasse previamente sempre que intentasse criar novos tributos ou impor novas obrigações aos barões. Vem daí a idéia de que a legalidade em tema tributário expressa um importante instrumento de legitimação das obrigações criadas, as quais só produzem efeito quando aprovadas pelos próprios contribuintes, indiretamente através dos legisladores, num regime de democracia representativa.

Ora, em havendo ofensa a tal princípio durante reiterados anos – quase todo o período delimitado para análise neste trabalho – quer parecer gritante a crise não só de legalidade, mas, também e principalmente, de legitimidade do sistema constituído, o qual desprestigiou não só a estrita legalidade, mas sim todo o arcabouço de direitos fundamentais dos contribuintes expressos sob a forma de princípios constitucionais tributários, conforme exposto no item 3.4.

A crise de legitimidade é patente à vista da flagrante discordância dos contribuintes em relação, não propriamente a esta ou aquela mudança pontual efetuada no sistema tributário, mas sim na constância das mudanças e na sua falta de discussão com os maiores interessados, os quais constituem justamente aqueles que são destinatários das normas.

Ressalte-se vez mais, que não se trata de uma crítica meramente formal, ou seja, dirigida ao procedimento por meio do qual foram veiculadas as referidas mudanças constantes do sistema tributário. Trata-se sim de um raciocínio mais

qualificado, cujo escopo é proceder a uma análise global da situação vivenciada, situação na qual o contribuinte deixou de ser considerado um dos sujeitos da relação jurídico-tributária e passou a ser tratado simplesmente como um objeto, amorfo e sem direitos, sem a prerrogativa sequer de anuir, ainda que indiretamente mediante o voto de seus representantes no Legislativo, às mudanças e alterações efetivadas, as quais num Estado em que se atende efetivamente ao requisito da legitimidade das normas jurídicas, deveriam ser apenas propostas pelo Executivo, demandando análise profunda e criteriosa do Legislativo, possibilitando assim, a devida oportunização de tempo para que os contribuintes se preparassem para as referidas mudanças em valores, prazos de pagamento, critérios de apuração, formas de controle etc.

Mas, como dito anteriormente, talvez esta crise de representatividade decorrente do uso abusivo de medidas provisórias expresse uma crise maior, mais complexa, de solução difícil, a crise de representatividade dos regimes democráticos contemporâneos, resultantes talvez, da própria crise do Estado contemporâneo, perdido em meio à demandas crescentes e à escassez de recursos e de tempo.

3.7 - Medidas provisórias atributivas de direitos ou ampliadoras de prerrogativas ao contribuinte:

Do que restou exposto nos itens acima, contata-se que a utilização constante e ininterrupta de medidas provisórias em matéria tributária, particularmente a partir de 1994, cujos objetos foram a instituição de deveres, a alteração de formas e sistemáticas de apuração, recolhimento e controle de tributos e questões afins, resultou em atentado aos direitos e garantias do contribuinte, consubstanciados sob a forma de princípios constitucionais tributários, a maior parte dos quais lesionados vez ou outra, ou

mesmo rotineiramente, pelo uso da prerrogativa normatizadora dos órgãos executivos, nem sempre bem controlada e regrada.

Flagrantes as ofensas à anterioridade, à irretroatividade da norma tributária impositiva, à capacidade contributiva, à isonomia e particular e primordialmente à segurança jurídica do contribuinte, reiteradamente maculada por força de normas repentinas, quase sempre veiculadas por medidas provisórias de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sem espaço para a prévia discussão no seio do Legislativo, representante dos interesses e palco de debate entre as diversas correntes de pensamento e opinião política, discussão aliás, de fundamental importância em tema que afeta tão de perto os cidadãos.

Desta forma, quer parecer defensável a afirmação no sentido de que medidas provisórias restritivas de direitos do cidadão contribuinte editadas principalmente a partir de 1994, marco temporal delimitador do presente trabalho, contêm profundas restrições quanto à sua validade material, sobretudo por atentarem contra os princípios antes referidos. Em que pesem as conseqüências de tal constatação, bem como a possibilidade de entendimentos divergentes, aos quais se devota desde já o respeito devido, a verdade é que esta resposta a uma primeira hipótese formulada nesta pesquisa encontra amparo na doutrina e nas referências apontadas da teoria do direito e do direito constitucional, ou seja, são criticáveis, sob o ponto de vista da validade material, as medidas provisórias instituidoras de deveres e obrigações de natureza tributária destinadas aos contribuintes veiculadas no período em referência, as quais não foram previamente discutidas e aprovadas no âmbito do Legislativo, tendo produzido eficácia imediata, prolongada por repetidos meses e até anos em face de sua não aprovação pelo Congresso Nacional.

Contudo, mais difícil e mais discutível é a resposta a uma segunda hipótese formulada quando da proposta do presente trabalho de pesquisa qual seja: **À luz**

da teoria garantista, são válidas as medidas provisórias editadas e reeditadas durante o período em referência que tenham atribuído direitos ou ampliado prerrogativas ao contribuinte?

Observe-se que a discussão é nova e enseja análise mais segura. Trata-se nesta hipótese não de medidas provisórias instituidoras de deveres e obrigações novas que por ventura houvessem onerado ou dificultado a situação do contribuinte, mas sim de **medidas provisórias benéficas ou “favoráveis” ao cidadão contribuinte**, à vista de condições mais interessantes relativas aos deveres e encargos de natureza jurídico-tributária.

Exemplos abundam para ilustrar o que se pretende. Atente-se para as medidas provisórias instituidoras de remissões e anistias, responsáveis pela extinção total ou parcial de débitos tributários e multas decorrentes do não-cumprimento de obrigações principais ou acessórias. Obviamente neste caso, tratar-se-á de norma que beneficia o contribuinte em particular, posto que o desonera perdendo débitos incorridos por ele. Também eventuais medidas provisórias instituidoras de isenções fiscais, as mais variadas e diferentes tais como a que beneficia contribuintes residentes ou instalados em dada região, a que se destina a desonerar contribuintes exercentes de dado tipo de atividade econômica ou aquela que se dirige a contribuintes com determinadas características, pessoais inclusive, tais a idade, o tamanho da renda, o volume de gastos com educação e saúde etc. Poderia ser visualizado o caso dos programas de refinanciamento de dívidas fiscais – o REFIS federal e similares estaduais e municipais, através dos quais contribuintes inadimplentes com débitos inscritos ou não em dívida ativa, executados ou não, com garantia de juízo (penhora) efetivada ou não puderam re-parcelar o montante do débito em condições muito favoráveis, geralmente com juros módicos e ainda mediante a exclusão das multas.

Os exemplos não cessam, sobretudo em razão dos inúmeros benefícios fiscais que poderiam ser veiculados – aliás, muitos deles o foram – por medidas provisórias, de modo a tornar mais vantajosa a situação do contribuinte. É o caso do diferimento no pagamento de tributos, consubstanciado sob a forma de um prazo maior para o adimplemento dos débitos tributários, uma espécie de carência em favor do contribuinte. Também os diversos instrumentos de financiamento estimulado tais como a concessão de créditos presumidos, créditos concedidos “gratuitamente” ao contribuinte para que o mesmo os utilize na apuração e pagamento dos débitos tributários, criados geralmente como medidas de estímulo, apoio e incentivo a algumas atividades específicas, particularmente importantes para o Estado como um todo, sob os mais diferentes aspectos: econômico, social, político etc. É o caso de créditos concedidos aos contribuintes que exportam mercadorias implementando o saldo da balança comercial do país ou, no caso específico da pessoa física, daquela que eventualmente contribua com alguma instituição de caridade e receba para tanto estímulos de natureza fiscal sob a forma de créditos e demais benefícios, em nossa análise eventualmente deferidos por força de medida provisória.

Enfim, qual a resposta para a questão suscitada: medidas provisórias instituidoras de tais benesses seriam válidas ou inválidas sob o ponto de vista material, levada em consideração a teoria geral do garantismo e os fundamentos expostos ao longo do presente trabalho? – Obviamente a resposta não é tão simples, porquanto demanda considerações de variada ordem, em particular a respeito dos objetivos do próprio garantismo e de seu significado à vista das liberdades fundamentais, especificamente aquelas dirigidas ao cidadão contribuinte.

O Estado de Direito foi criado para desenvolver o controle das ações e dos agentes públicos, submetendo o próprio Estado ao parâmetro de garantia da ordem e segurança: a lei. Com o passar do tempo e o desenvolvimento de teorias e vivência de experiências de variada ordem, entendeu-se num determinado momento que havia

necessidade de dividir poderes e atribuições, sempre à vista do ideal de combate ao abuso e concentração de poderes. Foi amadurecida e tratada de modo mais científico a *teoria da separação dos poderes*, cujas referências históricas decorriam de Aristóteles. O choque de interesses, a percepção de situações e contextos particulares, o desencadear de forças políticas o amadurecimento das reflexões levou ao Estado democrático de direito, aquele no qual não só havia a submissão do próprio Estado à lei bem como a divisão de competências, de poderes e de deveres em seu âmbito, mas principalmente, a definição das normas e regras de conduta pelos próprios cidadãos, ainda que de modo indireto mediante um regime representativo com a eleição pelos cidadãos dos responsáveis pela criação das normas jurídicas.

Ocorre que este Estado de democrático de direito está em crise, conforme já narrado e reiterado no primeiro capítulo. Tal crise se aprofunda e se desenvolve, tornando-se talvez uma verdadeira crise de identidade do Estado, fruto talvez do reconhecimento de seu fracasso ou da impossibilidade fática e contextual de responder aos anseios e demandas sociais. Analisando o tema e sobre ele refletindo, a teoria geral garantista busca trazer alguma luz a questão tão nebulosa, desenvolvendo certa crítica ao positivismo jurídico tradicional, também chamado de *Paleopositivismo*, conforme já exposto antes. O que o garantismo pretende é a submissão do direito ao direito, ou seja, a necessidade de que as normas jurídicas ordinárias, aquelas decorrentes da atividade diária do legislador, estejam adequadas às normas fundamentais estruturadoras do Estado, estas veiculadas pela Constituição sob a forma de normas e princípios, tais a igualdade, a liberdade, a vida, a segurança, o bem comum.

Referida adequação decorre de análise não meramente formalista, mas sim apreciando o próprio conteúdo das normas produzidas no âmbito do Estado. Daí a diferenciação ressaltada pela teoria garantista e já abordada no lugar próprio, entre validade formal e validade material, a primeira ocupando-se com o respeito aos requisitos e parâmetros de competência e de procedimento definidos pela Constituição, em atenção

aos quais chegar-se-á à conclusão de que a norma objeto de análise é formalmente válida ou formalmente inválida. Já sob o enfoque da validade material, o contraste é feito entre o conteúdo da norma objeto de consideração e as prescrições positivas e negativas constantes da Constituição, particularmente aquelas relativas aos direitos do cidadão: a) normas que obrigam a ação do Estado num determinado sentido a fim de efetivar o gozo de direito fundamental; b) normas que impedem a ação do Estado em determinada direção, cujo escopo é a proteção de direito também fundamental do cidadão.

Destas considerações, extrai-se que a grande preocupação, o grande mister, o escopo mesmo do garantismo é a defesa ampla e irrestrita dos direitos fundamentais do cidadão, incluídos aí aqueles inerentes ao cidadão contribuinte. O garantismo parte da idéia segundo a qual as ações e medidas estatais tendem a ofender o gozo dos mencionados direitos fundamentais, seja limitando-os, seja desconsiderando-os, seja mesmo se omitindo e fazê-los respeitados mediante ações próprias do Estado, as quais não tem a nota meramente programática no sentido de serem “sugestões” dirigidas ao legislador.

Pois bem, para defender os direitos fundamentais, o garantismo propõe a submissão do direito ao próprio direito, conforme já referido e reiterado. Significa isto a necessidade de controle constante quanto à validade do conteúdo e da forma das normas resultantes da atividade legislativa. Ora, como tal atividade no Brasil vem sendo exercida de modo marcante pelos órgãos executivos, principalmente através de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, em particular no período em referência – 1994-2002 – é claro que também o produto da atividade normatizadora do Executivo deve ser objeto de análise e controle à luz da proposta garantista.

Ocorre que, nalgumas situações pode dar-se situação distinta qual seja, ser veiculada norma jurídica que não ofenda direitos fundamentais do cidadão, em especial do cidadão contribuinte, que não invada campo restrito à atividade

normatizadora. Efetivamente o legislador ordinário, ou mesmo o Chefe do “Poder” Executivo exercitará competência legiferante, no caso deste último através de medida provisória, sem contudo, desprestigiar ou limitar o gozo de direitos e garantias como a isonomia, a capacidade contributiva, a irretroatividade, a segurança jurídica, o não-confisco tributário etc. Ao contrário, a norma veiculada pelo legislador estará ampliando o leque de direitos do contribuinte, aumentando o patrimônio jurídico do mesmo, estendendo vantagens e concedendo inúmeras prerrogativas novas, até então não titularizadas pelo conjunto de cidadãos contribuintes.

À vista de tal situação não haverá que se falar em ofensa aos direitos fundamentais, em limitação, restrição ou mesmo impedimento ao gozo de prerrogativas individuais da mais alta importância, vitais inclusive ao cidadão e inerentes ao ideal democrático. Estarão então atendidos os princípios característicos e identificadores dos direitos fundamentais: a igualdade em suas mais variadas formas, a liberdade em todas as suas expressões – liberdade de iniciativa, liberdade de pensamento e de expressão, liberdade e autonomia contratual, liberdade de comércio etc – a capacidade contributiva diferenciada de contribuinte para contribuinte, a vedação ao confisco por meio de instrumento tributário, a anterioridade da lei tributária impositiva (não aplicável à lei benéfica), a vedação ao efeito retroativo de norma impositiva, a segurança jurídica como corolário mesmo dos demais princípios constitucionais tributários.

Ora, em não havendo ofensa aos direitos fundamentais do cidadão contribuinte em decorrência de medidas provisórias atributivas de direitos ou ampliadoras de prerrogativas ao contribuinte, quer parecer injustificável questionamento quanto a sua validade material, na medida em que plenamente válido o conteúdo de tais instrumentos normativos à luz do regime constitucional e dos princípios consubstanciadores dos direitos fundamentais do cidadão contribuinte. É bem verdade que deve-se fazer uma ressalva especial aqui a casos pitorescos e particulares, os quais podem eventualmente ensejar discussão, levando a consideração de sua invalidade sob o ponto de vista material.

Trata-se de situações características em que parece gritante a ofensa ao princípio da igualdade exemplificativamente. Observe-se à título ilustrativo uma medida provisória que concedesse um benefício qualquer, que conferisse uma isenção de imposto de renda apenas a alguns indivíduos em que pese haver vários outros enquadrados na mesma situação fática e jurídica: isenção de imposto de renda-pessoa física para os indivíduos portadores de síndrome da imuno-deficiência adquirida em fase terminal, à vista justamente da eminência de sua morte. Eventuais outros contribuintes, vítimas de outras enfermidades incuráveis que restringissem a tempo exíguo sua sobrevivência, talvez até mais exígua que no caso contemplado pela medida provisória em referência, poderiam talvez questionar a invalidade da medida provisória suscitada à vista de eventual e aparente ofensa ao princípio da isonomia. A ressalva que talvez tenha lugar aqui, refere-se à legitimidade do contribuinte que se sinta lesado a requerer a extensão da isenção para si, mas não a extinção da mesma para o portador da outra doença em fase terminal de vida.

Estas considerações, ainda que sujeitas a críticas e demais comentários de variada natureza, ilustram a complexidade da questão, porém podem levar ao entendimento aqui defendido no sentido de que, **em princípio**, salvo peculiaridades próprias e perfeitamente passíveis de ocorrerem, as medidas provisórias atributivas de direitos ou ampliadoras de prerrogativas ao contribuinte não são materialmente inválidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou descrever algumas das implicações resultantes do uso de medidas provisórias em matéria tributária à luz da teoria garantista, particularmente no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão contribuinte, no sistema jurídico brasileiro dentro do período compreendido entre 1994 e 2002. Em que pese o desafio inerente a um trabalho como este, bem como as limitações de variada ordem, as quais não podem ser utilizadas como álibi para as críticas decorrentes do resultado apresentado, a verdade é que o escopo quer parecer alcançado, ao menos à vista dos objetivos propostos.

Partiu-se de uma revisão bibliográfica no capítulo preliminar relativa ao Estado, sua evolução histórica, a crise contemporânea vivida por tal forma de organização política oriunda de uma revisão de conceitos e teorias importantes tais como a separação de poderes e a imposição de limites para a atuação de órgãos públicos, bem como as conseqüências oriundas de uma crise de legalidade sentida particularmente nas chamadas democracias representativas.

Em seguida procedeu-se a uma análise relativa à teoria geral do garantismo jurídico, passando-se pelas constatações emanadas da mesma e sua proposta no sentido de propor um novo conceito de validade para as normas jurídicas produzidas no âmbito do Estado, diferenciando-se para tanto os conceitos de vigência, validade (formal e material) e eficácia normativas. Dentro ainda da teoria garantista, observou-se que sem a completude ideal, o referente aos direitos e garantias fundamentais bem como à necessidade de legitimação das normas jurídicas que venha a dispor sobre tais direitos, afetando-os direta ou indiretamente.

Finalmente, no capítulo derradeiro o trabalho confronta a utilização de medidas provisórias em matéria tributária no regime presidencialista brasileiro com os direitos e garantias fundamentais do cidadão contribuinte, expressos mediante princípios constitucionais tributários, bem como os riscos e ofensas sofridos pelos mesmos durante o período delimitador do presente trabalho, o que enseja críticas em face dos primados garantistas. Ainda que sem o objetivo de apor um ponto final e estabelecer respostas conclusivas e inquestionáveis, apresentam-se considerações relativas às hipóteses propostas no seguinte sentido:

a) as medidas provisórias em matéria tributária editadas durante o período objeto de delimitação para os fins deste trabalho, em especial no período anterior à Emenda Constitucional 32/2001 que criaram deveres aos contribuintes, ainda que meramente instrumentais, alteraram sistemáticas de apuração de tributos mediante mudanças na forma de cálculo, alteração de datas de pagamento e regimes contábeis etc, bem como todas aquelas que tenham de uma forma ou de outra imposto novos ônus aos cidadãos-contribuintes ofenderam a efetividade dos direitos fundamentais destes seja através do desprestígio da isonomia e seus corolários – capacidade contributiva diferenciada, progressividade e não-cumulatividade – seja através de atentado ao não-confisco, à estrita legalidade e à segurança jurídica, pelo que foram – e são, posto que se perpetuaram com o advento da Emenda Constitucional 32/2001 – inválidas sob o ponto de vista material, ainda que formalmente pudessem ser entendidas válidas.

b) as medidas provisórias que dispuseram sobre matéria tributária durante o período em referência, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 32/2001 que tenham atribuído direitos ou ampliado as prerrogativas do contribuinte não podem ter sua validade questionada à luz da teoria garantista, nem sob o ponto de vista formal tampouco sob o ponto de vista material, na medida em que não lesam ou sequer ameaçam de lesão a efetivação de direitos fundamentais do cidadão contribuinte, mas, ao contrário, ampliam o

rol de prerrogativas inerentes a tais direitos, pelo que estão adequadas ao ideal e à proposta garantistas.

Em linhas gerais, eram estas as observações conclusivas que se faziam necessárias sobre o tema relativo ao uso de medidas provisórias em matéria tributária no regime jurídico-político brasileiro durante o período 1994-2002 à luz do garantismo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 6.ed. São Paulo: Ícone, 1989;

ALVES JR., Luís Carlos Martins. *A teoria da separação de poderes na concepção Kelseniana*. Monografia (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1996;

ANDRADE, Maria Margarida de. *Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação – noções práticas*. São Paulo: Atlas, 1995;

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo. RT, 1985;

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986;

BARROS, Marcelo de Carvalho. *Medidas provisórias - dinâmica política e inconstitucionalidade de suas reedições*. Busca Legis. (capturado em 15 mar 2000). Disponível: www.ufsc.br/ccj . Florianópolis, 1999;

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Bastos, 1996;

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varrialle. 5. ed. Brasília: UnB., 2002;

_____. Estado, governo e sociedade. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001;

_____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000;

_____. *O positivismo jurídico – lições de filosofia*. São Paulo: Ícone, 1999;

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UnB, 2000;

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995;

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

_____. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000;

BRASIL, Constituição (1988). *Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001*. Dá nova redação ao artigo 62 da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2002;

CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discrecionabilidade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2002;

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991;

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed Coimbra, 1994;

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Medidas provisórias*. Revista de Direito Público. São Paulo, RT, n. 97, 37-42, jan./mar, 1991;

CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias – O regime jurídico constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996;

CLÉVE, Clemerson Merlin. *tividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

_____. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001;

_____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997;

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001;

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon*. Madri: Trotta, 1995;

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001;

_____. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2000;

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. *Constituição brasileira: modelo de Estado, Estado democrático de direito, objetivos e limites jurídicos*. Busca Legis (capturado em 25 abr 2000). Disponível: www.ufsc.br/ccj .Florianópolis, 1999;

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

FIGUEIREDO SANTOS, Marcelo de O. F. *A medida provisória na Constituição: doutrina, decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991;

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: RT, 1999;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989;

HOBBSAWM, Eric. *O novo século – entrevista concedida à Antonio Polito*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000;

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 2001;

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariade administrativa e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução: Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

MOREIRA, Marcelo Silva. *A teoria da separação dos poderes e suas perspectivas no Brasil atual*. Busca Legis (capturado em 25 abr 2000). Disponível em www.ufsc.br/ccj Florianópolis, 2.000;

MUKAI, Toshio. *A Constituição e a reedição de medidas provisórias*. Geocities. (Capturado em 28 abr 2000). Disponível em www.geocities.com.br. São Paulo, 1.998;

OLIVEIRA, Francisco José R. de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2000;

OLGA, Maria B. de Aguiar. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 2. ed. Florianópolis: Síntese, 2001;

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Tradução Rita Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000;

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999;

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000;

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis. Habitus, 2002;

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTR, 1994;

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record. 2000;

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia*. Madrid: Trota, 1999;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: RT, 1997;

WEBER, Max. *Economia e sociedade* – vols. 1 e 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2000;

WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

_____. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense. 3. ed, 2002;