

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DANIEL CORRÊA TUCUNDUVA

MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: LINHA HISTÓRICA

**CURITIBA
2010**

DANIEL CORRÊA TUCUNDUVA

MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: LINHA HISTÓRICA

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Luís Kanayama

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL CORREA TUCUNDUVA

MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: LINHA HISTÓRICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Orientador



FABRICIO RICARDO TOMIO
Primeiro Membro

ENEIDA DESIREE SALGADO
Segundo Membro

RESUMO

O “constituente militar” que elaborou a Carta de 1967, a partir de clara inspiração na Constituição italiana de 1947 criou o instituto do “Decreto Com Fôrça De Lei”, convertido em 1969 no “Decreto-Lei”, numa espécie de transplante do instituto italiano para o nosso ordenamento, de forma isolada e sem maiores cuidados, com o evidente propósito de concentrar amplos poderes nas mãos do Chefe do Executivo, sendo possível a utilização desse instituto inclusive em matéria tributária. No entanto, já aquele nosso ordenamento constitucional era muito distinto do italiano, tanto em seus princípios quanto em seus mecanismos de controle. Com a promulgação da Carta de 1988, substituiu-se o Decreto-Lei pela Medida Provisória, figura jurídica cuja redação original representou claro avanço no sentido da democracia e compatibilizou o instrumento com nosso sistema constitucional e subsistema tributário a partir dali vigentes, não mais acolhendo seu uso para tributação. Mas sua aplicação prática instalou-se de forma fortemente deficiente, pautada no regime anterior, inclusive admitindo-se o seu inconstitucional uso em matéria tributária. Em 11 de Setembro de 2001 foi promulgada a Emenda Constitucional n° 32, que deu redação quase inteiramente nova ao instituto e trouxe para dentro do texto constitucional atual a possibilidade expressa de tributação por meio de medida provisória, elemento absolutamente inconstitucional, porque contrário às cláusulas pétreas de nossa Carta Magna.

Palavras-chave: medida provisória em matéria tributária, histórico, cláusulas pétreas

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	7
2 – DIREITO COMPARADO	9
2.1 - SUBSÍDIOS NECESSÁRIOS.....	9
3 – HISTÓRICO: O <i>DECRETO-LEGGE</i>	14
4 – HISTÓRICO: DO DECRETO-LEI BRASILEIRO À CONSTITUIÇÃO DE 1988 ...	20
5 –PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DETERMINADOS PELA CARTA DE 1988	29
5.1 – SEGURANÇA JURÍDICA.....	31
5.2 – SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	33
5.3 – REPÚBLICA.....	37
5.4 – LEGALIDADE.....	38
6 – HISTÓRICO: MEDIDAS PROVISÓRIAS ORIGINAIS	42
6.1 – NATUREZA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	42
6.2 – URGÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	43
6.3 - RELEVÂNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	45
6.4 – PRESSUPOSTO TÁCITO DA EFICIÊNCIA, E SÍNTESE	46
6.5 – LEGALIDADE E CONCLUSÕES	46
7 – EMENDA CONSTITUCIONAL N° 32: NOSSA REDAÇÃO ATUAL.....	48
8 – CONCLUSÃO.....	59
ANEXO 1 – Resolução nº 1 de 08.05.2002 do Congresso Nacional. D.O.U.: 09.05.2002	61
ANEXO 2 – RE 138284-8 CE, de 01 de julho de 1992.	67
ANEXO 3 – ADIn 939-7 DF, de 15 de dezembro de 1993	69
9 – REFERÊNCIAS.....	71
10 – DOCUMENTOS CONSULTADOS	75

1 – INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta o resultado dos estudos que realizamos a respeito do tema das medidas provisórias em matéria tributária, com os olhos voltados especificamente para suas origens históricas, chegando até seu regramento presente, determinado pela Emenda Constitucional número 32, de 11 de Setembro de 2001.

Já que nos propomos a um estudo pautado na linha cronológica do instituto, temos por bem também sob esse viés iniciar esse trabalho e explicar sua origem e razão de ser. Numa leitura ocasional do texto constitucional vigente, o neófito no estudo do Direito Tributário, tendo a pouco adquirido suas primeiras noções a respeito da matéria e seus princípios norteadores, depara-se com a atual redação do artigo 62. De pronto alguma inquietação, que resulta em uma análise mais detida.

Logo surgem questionamentos a respeito da compatibilidade entre esse dispositivo e o subsistema constitucional tributário. Percebe-se que a redação atual não é a original, e que foi determinada por Emenda à Lei Maior. Daí recorre-se à doutrina especializada, e descobrem-se amplos ataques à presunção de constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 32.

Enfim, afirmações convincentes de flagrante inconstitucionalidade, e uma aparente falta de resposta de cada um dos Poderes do Estado diante desses questionamentos: o Legislativo é o próprio autor da Emenda, e nada diz sobre os argumentos levantados; o Executivo continua a fazer uso do instituto como bem entende, dentro dos “limites” determinados pela EC 32 e ignorando o restante da Constituição, e o Judiciário se omite no controle da própria Emenda e das medidas provisórias com base nela editadas. Está nascido o interesse acadêmico.

A criação ou majoração de tributos via medida provisória é um daqueles temas que acaba não sendo esmiuçado na nossa graduação da forma mais desejável, pela dura impossibilidade material de encontrar tempo para tanto, diante da carga horária raquítica atribuída à disciplina de Direito Tributário, e nesses motivos está a explicação para a nossa escolha por este tema e a justificativa para este estudo.

Na tentativa de compreender o estranho estado de coisas em que nos encontramos - em que é possível ao Presidente *de per si* apenas tributos - logo

surge a natural pergunta: mas “de onde veio” essa figura jurídica? Como chegamos à Emenda Constitucional nº 32, e à autorização expressa da tributação via medida provisória?

É dessa interrogação que partimos. Pretendemos desvelar o perfil histórico das medidas provisórias em matéria tributária, para – esperamos – melhor poder trabalhar no presente. A compreensão buscada deverá permitir argumentação mais sólida no manejo do Direito Tributário, nos temas afeitos a nosso objeto de estudo.

A “Medida Provisória da EC 32 de 2001” (assim chamamos, com a devida licença, porque pouco tem de semelhante com o instituto mencionado a seguir) é a sucessora da figura de igual nome presente na Lei Magna de 1988.

Já a “Medida Provisória Original” buscou sua inspiração distante no “Decreto-Lei” da Emenda Constitucional número 1 de 1969, que a seu tempo é, de forma geral, reiteração do “Decreto com Fôrça de Lei” da Constituição outorgada de 1967.

Revelado o tronco da árvore de que a EC 32 é fruto, deparamo-nos com sua raiz plantada em território estrangeiro, no instituto do *Decreto Legge* italiano de 1947. Interessa-nos a compreensão do histórico do instituto pátrio, e portanto enquanto brasileiro. Damo-nos por satisfeitos e paramos aí nossa viagem ao passado, realizando o recorte de nosso objeto de estudo.

Salta aos olhos, é claro, o fato de os limites brasileiros da origem histórica do instituto repousarem numa Constituição militar e outorgada. Seria o fruto - que a doutrina exclama *envenenado* - da tributação via medida provisória estabelecido pela EC 32, assim caracterizado porque resultante de uma *árvore histórica envenenada*?¹ Teríamos, aqui, uma demonstração de que o revés militar de 1964 **ainda** nos assombra?² Com estes pensamentos iniciamos nosso estudo do tema, **cujo** resultado cristalizamos neste singular trabalho.

¹ Aludimos, é claro, à célebre metáfora de igual raciocínio, aplicada principalmente na questão da aceitação ou não de prova ilícita, e que tem origem na Suprema Corte estadunidense, no julgamento de *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920.

² Propomo-nos, nesse trabalho, a uma observação do viés jurídico do tema, e não sociológico, é bom deixar claro.

2 – DIREITO COMPARADO

Realizamos a opção de encadearmos nosso estudo de forma cronológica (que nos parece ser também a ordem *lógica*), iniciando pelo delineamento do perfil histórico mais distante da medida provisória atual.

É notório³ que a medida provisória brasileira tem inspiração inicial em instituto italiano, da Constituição Italiana de 1947, conforme ficará demonstrado adiante. Portanto, devemos buscar subsídios primeiramente no Direito Comparado, e daí então passarmos a nosso próprio passado e presente.

Alguns apontamentos, especialmente os mais iniciais, poderão parecer carecer de justificativa para figurarem em nosso estudo quando de sua leitura, mas logo adiante serão resgatados e ficará evidenciada sua necessidade.

2.1 - SUBSÍDIOS NECESSÁRIOS

O Direito Comparado teve seu caráter científico e sua relevância amplamente questionados no decorrer do século passado, sendo considerado hora de forma utópica, hora com total descrédito.

Uma das características de nosso mundo é a utilização de uma mesma solução jurídica em diversos ordenamentos, mas ressalva-se que é inviável simplesmente transportar-se um instituto sem considerar as características próprias de cada sociedade⁴. Foi somente na segunda metade do século XX que o Direito Comparado alcançou real desenvoltura e aperfeiçoamento metodológico, a partir daí chegando aos nossos dias⁵.

Isso decorre naturalmente do fato de que somente neste século passado os ordenamentos nacionais alcançaram um nível de separação suficiente para ensejar

³ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**, p. 33.

⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória: a "constitucionalização" do equívoco**, p. 112.

⁵ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilnárias Brasileiras**, p. 93

a necessidade de sua comparação⁶. Contudo, não é pacífico o entendimento a respeito da existência ou não da autonomia científica do Direito Comparado.⁷

Há quem sustente que se trata tão somente de um *método científico*, não de uma Ciência em si.⁸ Vallarta Plata afirma que o Direito Comparado nada mais é senão a aplicação do método comparativo às ciências jurídicas, empregado por juristas com capacitação para o manejo desse método.

Choca-se com esta posição o entendimento de que a utilização do método comparativo não reduz o Direito Comparado a este, posto que a comparação é somente o *ato final*, precedida pela coleta e interpretação de fatos e dados, realizada sob a batuta de outros métodos que não o comparativo⁹.

Ademais, ainda que se entenda que o Direito Comparado maneja-se especificamente pelo método comparativo, deve-se reconhecer no mínimo que tem não somente um método específico, mas igualmente um objeto próprio, qual seja, um conjunto de ordenamentos jurídicos considerados e compreendidos face uns aos outros¹⁰.

Daí Carlos Ferreira de Almeida afirmar sua autonomia científica, dividindo-o nos ramos da *macrocomparação* e *microcomparação*¹¹, categorias que nos importa emprestar para nosso estudo.

O reconhecimento dessa autonomia, nos termos que indicamos, é o entendimento doutrinário predominante e aquele a que acompanhamos, não obstante a existência de posições contrárias. Ressalva-se novamente, no entanto, que

A mera justaposição de direitos estrangeiros não atende ao objeto do direito comparado. Não bastam citações de direito estrangeiro, com a sua posterior justaposição, para que se esteja diante de um trabalho de direito comparado, uma vez que ele pressupõe não a justaposição de sistemas jurídicos, mas a comparação entre eles para fins de apontar as semelhanças e distinções existentes.¹²

⁶ DAVID, René; **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 2

⁷ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 119.

⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de; Direito Comparado, sua realidade e suas utopias, **Revista Forense** vol. 152, p. 17.

⁹ *Apud* OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p.120.

¹⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; **Introdução ao Direito Comparado**, p. 26.

¹¹ *Idem*, p. 27.

¹² OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 114.

O Direito Comparado, portanto, diz respeito essencialmente à atividade de compreensão das similitudes e diferenças entre dois ou mais sistemas jurídicos. É o trabalho de relato e explicação dos contrastes dessas realidades jurídicas distintas¹³, realizado de forma sistemática.

Carlos Ferreira de Almeida sugere a distinção em *macrocomparação* e *microcomparação*. A primeira constitui-se numa comparação global entre sistemas jurídicos, conceituados como “*conjuntos coerentes de instituições e de normas jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou certa comunidade*”. A segunda numa comparação entre institutos jurídicos similares, especificamente considerados, existentes no seio de ordenamentos jurídicos distintos¹⁴.

Naturalmente, a *microcomparação* tende a ser mais freqüente. Serão mais numerosos os estudos acerca de institutos específicos do que acerca de ordenamentos como um todo, posto que a cada ordem jurídica corresponde um sem número de institutos¹⁵.

No entanto, as *microcomparações* em geral não podem ser feitas isoladamente. Quase sempre têm como requisito necessário algum nível de estudo *macrocomparativo*, quer anterior, como referência de fundo, quer em seu próprio interior, se necessário, sob pena de isolar-se o instituto do contexto do qual brota, ficando gravemente prejudicado seu cotejo com similar estrangeiro. Isso se demonstra de forma especialmente clara em relação ao Direito Constitucional de cada ordem jurídica, de estudo quase sempre indispensável para a razoável apreensão de qualquer de seus institutos constitucionais ou infraconstitucionais. Daí a hodierna pujança do chamado *Direito Constitucional Comparado*¹⁶.

O estudo de Direito Comparado encontra sua utilidade na medida em que propicia possíveis progressos legislativos e de aplicação do direito, permitindo a determinado país considerar a experiência legislativa e jurídica alheia para então configurar seu próprio ordenamento¹⁷. É nesse viés que se assenta de forma mais especial o estudo *microcomparativo*.

¹³ MENDES, João de Castro; **Direito Comparado**, p. 24

¹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; **Introdução...**, *op. cit.*, p. 7

¹⁵ ANCEL, Marc; **Utilidade e Métodos de Direito Comparado**, p. 66

¹⁶ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 118.

¹⁷ ASCARELLI, Tullio; Premissas ao Estudo do Direito Comparado, **Revista Forense** vol. XC, p. 295.

Pode, ainda, permitir uma melhor coordenação da sociedade internacional, subsidiando a regulação de suas relações, bem como pode auxiliar no esclarecimento sobre *o que é e para que serve* o Direito, a partir de sua compreensão em várias nações¹⁸. Dessa forma pode contribuir também para o crescimento do jurista enquanto tal¹⁹.

Mas é, sobretudo, a primeira função apontada, a de possível avanço interno – também a mais pragmática delas - a que irá nos interessar nesse estudo. É precisamente aí que se encontra a real justificativa de recorrermos ao Direito Comparado para nosso estudo.

Essa função pode ser compreendida como dotada de três aspectos, expressos nos seguintes termos:

- (i) um melhor conhecimento do sistema jurídico “interno” e dos seus institutos; (ii) o aperfeiçoamento da interpretação das proposições normativas, especialmente quando elas tenham sido inspiradas no direito estrangeiro ou em estudos comparativos; (iii) como instrumento de política legislativa²⁰.

O critério específico de estudo a se utilizar é o da aproximação funcional, para o qual preponderam as funções sociais e econômicas de determinada figura jurídica, mas necessariamente somado às balizes trazidas por Carlos Ferreira de Almeida, que assevera também a importância do enquadramento jurídico dos institutos que estiverem sob análise, como complemento aos demais fatores, resultando que serão comparáveis os institutos que *“intervenham na resolução de questões jurídicas semelhantes através de instrumentos de natureza semelhante”*²¹.

Portanto o estudo de Direito Comparado certamente não se limita ao estudo dos direitos positivos em cotejo. É relevante a consideração também da jurisprudência e doutrina correspondentes, enfim, do ambiente em que os enunciados normativos se encontram.

¹⁸ DAVID, Rene; **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 14.

¹⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; **Introdução...**, *op. cit.*, p. 16

²⁰ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 125.

²¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de; **Introdução...**, *op. cit.*, p. 22

Com estas considerações em mente, podemos passar ao estudo específico do histórico dos institutos que nos trouxeram até nossas medidas provisórias conforme configuradas hoje.

3 – HISTÓRICO: O *DECRETO-LEGGE*

Prosseguindo, primeiramente cabe considerar o *Decreto-Legge* italiano em face de nossas medidas provisórias, uma vez que - conforme apontamos ficaria demonstrado - lá se encontra sua “inspiração direta”²², sendo mesmo possível afirmar que a medida provisória é a “versão nacional”²³ daquele instituto.

Vale trazer a literalidade dos dispositivos em trato:

<p>Constituição Italiana de 1947:</p> <p>Art. 77</p> <p>O governo não pode, sem a delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, providências provisórias com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem a eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular com leis as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.²⁴</p>	<p>Constituição Brasileira de 1988:</p> <p>Art. 62</p> <p>Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.</p> <p>Parágrafo único.</p> <p>As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.²⁵</p>
--	---

Salta aos olhos a semelhança entre os enunciados normativos, conforme amplamente apontada pela doutrina pátria.

²² VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 216

²³ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 33.

²⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 126.

²⁵ Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_62_.shtm Capturado em 05 de Março de 2010.

Mas, tendo em vista as considerações já feitas a respeito do Direito Comparado, claro está que seu estudo implica em, além de justapor dispositivos normativos, atentar na medida do necessário para o sistema global de que brotam (*macrocomparação*) e para como se inserem em seu ambiente jurídico concreto, especialmente o jurisprudencial e doutrinário.

Assim considerando-se, rapidamente perceber-se-á que se a literalidade dos institutos é muito similar, seus ordenamentos são absolutamente distintos.

Tal atenção de forma geral faltou à doutrina e jurisprudência pátrias, que tendo em vista a semelhança da literalidade dos dispositivos, buscaram *no sistema italiano* os parâmetros para balizamento da medida provisória, chegando mesmo ao ponto de afirmá-los como tendo diferenças “meramente acidentais”²⁶.

Certamente não é o que se passa. Os sistemas jurídicos são absolutamente distintos. Em primeiro lugar, o ordenamento constitucional brasileiro alberga numerosos princípios que não encontram semelhante no sistema italiano de 1947, entre eles o Pluralismo Político, a Separação de Poderes²⁷, o princípio Democrático Representativo, a Cidadania e o Estado Democrático de Direito, dispostos já nos artigos 1º e 2º de nossa Carta Magna, portanto basilares²⁸.

Já aí se tem a evidência de que não é possível um simples “transplante” do decreto-lei italiano para o ordenamento brasileiro, e é possível compreender-se parte da justificativa para o quadro em que vivemos, onde freqüentemente o Poder Executivo mais “legisla” que o Poder Legislativo²⁹.

Mais claro ainda é o fato de naquela Itália ter-se um sistema de governo parlamentarista, que sofre um impacto absolutamente diverso pelo decreto-lei daquele experimentado pelo sistema presidencialista do Brasil em virtude da medida provisória.

No parlamentarismo, o gabinete deve responsabilidade ao parlamento, devendo por obrigação demitir-se caso não obtenha seu voto de confiança, não obstante seja nomeado pelo chefe de estado³⁰.

O sistema parlamentarista, portanto, é caracterizado por uma muito maior proximidade e interpenetração relativamente ao Poder Legislativo e ao Poder

²⁶ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 215

²⁷ Que se fundamenta numa *tripartição de funções*, como veremos adiante.

²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 34.

²⁹ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 126.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 584.

Executivo, que colaboram sob um prisma de fidúcia – contrariamente à “separação forte” característica do presidencialismo³¹.

Ademais, é possível a dissolução do parlamento por iniciativa do gabinete (executada pelo chefe de estado, mas sob responsabilidade política do gabinete), a quem compete propô-la; e ainda a eleição “*do presidente da república pelo parlamento, sem relevantes funções de direcção política mas com um estatuto constitucional de responsabilidade política perante o mesmo.*”³²

Dessas configurações decorre que a edição de decreto-lei no sistema italiano, caso este reste rejeitado pelas Câmaras, pode resultar na dissolução do próprio Governo, uma vez que cada Câmara dispõe da prerrogativa de revogar seu voto de confiança no Governo – de que este depende -, desde que de forma fundamentada³³.

Já no presidencialismo³⁴, a seleção e composição do Legislativo e do Executivo são independentes e distintas, importando, portanto, em eleições separadas. O exercício das funções é também marcadamente separado, com a função legislativa podendo se desenvolver inteiramente no interior do Parlamento. Os tempos de mandato são fixos, sem que exista a possibilidade de interrupção proveniente de outro Poder: Parlamento e Presidente não dispõem da prerrogativa de dissolverem um ao outro. O Presidente goza de liberdade na composição de sua mesa de auxiliares, que devem fidúcia única e diretamente ao próprio Presidente, sendo dele dependentes hierarquicamente. E há “*radical incompatibilidade*” entre o exercício de funções do Parlamento e os ocupantes do Poder Executivo, sendo impossível a estes o desempenho das funções típicas daquele³⁵.

Ainda, de forma absolutamente diversa do parlamentarismo, no sistema presidencialista o chefe do governo e de Estado fundem-se em figura única e unipessoal, impulsionadora e catalisadora da atividade política e ponto de encontro das instituições, enfim, o próprio representante do Estado; sua “*personificação*”, portador do comando do Poder Executivo e da liderança do Estado. Exerce o

³¹ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 132.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional...** *op. cit.*, p. 584.

³³ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 134.

³⁴ Referimo-nos, aqui, ao presidencialismo “puro”, ausentes as medidas provisórias

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio; **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 122.

“vínculo moral do Estado”, sendo a um só tempo seu representante e chefiando o Poder Executivo³⁶.

Daí poder-se entender, segundo alguns, existir um simples “*gabinete de secretários*”, e não um gabinete de Ministros de Estado em sentido real, uma vez que seus membros estão subordinados ao Presidente. Não havendo um colégio de governo verdadeiro, cabe unicamente ao Presidente a definição de políticas públicas e o estabelecimento de programas. Essas características aparecem de forma ainda mais acentuada nos sistemas latino-americanos, em que o Presidente concentra poderes sobressalentes àqueles do sistema estadunidense, adentrando inclusive a atividade legislativa, ficando prejudicados os *checks and balances*, enfim, o controle institucional, chegando-se a falar em “*cesarismo representativo*”³⁷.

Nessas linhas, a separação de poderes no sistema presidencialista tem “*categoria axiologicamente diferente*” daquela do sistema parlamentarista, postulando entre os Poderes uma maior independência, que experimenta flagrante ruptura pela medida provisória³⁸. Por essas razões é imprescindível que a medida provisória seja tratada como o instituto brasileiro que é, dentro de seu próprio ambiente jurídico³⁹.

A partir dessas considerações e subsídios pode-se compreender a sustentação de que a Constituinte de 1988⁴⁰ albergou instituto que seria típico de sistemas parlamentaristas, não obstante tenha optado pelo sistema presidencialista.⁴¹ Afinal, no sistema italiano o abuso do instituto do decreto-lei permitiria a responsabilização direta de seu autor, com conseqüente possível perda de seu cargo, enquanto no sistema presidencialista não há semelhante mecanismo, ensejando, a princípio, maior possibilidade de abusos. O Constituinte nacional não

³⁶ ATALIBA, Geraldo; **República e Constituição**, p. 51.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Direito Constitucional...** *op. cit.*, p. 583.

³⁸ A *ruptura* indicada não tem já de plano de caráter necessariamente negativo e desagregador. Esse dependerá justamente do tratamento que seja dispensado à Medida Provisória, que deveria estabelecer *freios e contrapesos* adequados a nosso sistema.

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Medidas Provisórias**, p. 42.

⁴⁰ É bom deixar claro: a Constituinte da qual resultou a Carta de 1988 certamente não encontra seus limites no próprio ano de 1988. Foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, como resultado de debates e discussões ainda muito anteriores a essa data. Trata-se de um *processo* jurídico e social, que ocorreu ao longo de anos, e não de um acontecimento pontual adstrito a 1988.

Portanto, sempre que utilizarmos, ao longo desse trabalho, a expressão “Constituinte de 1988” ou similar, leia-se *a Constituinte da qual resultou a Constituição de 1988*.

Optamos pela expressão reduzida por uma questão de brevidade e fluidez de leitura. Ao dizer Constituinte *de 1988*, a indicação do ano serve tão somente para identificar *a qual* Constituinte fazemos referência, a partir do ano da *Constituição resultante*. **O ano diz respeito à Carta resultante, e não ao processo constituinte.**

⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes; **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**, p.75.

teria tido qualquer rigor na utilização do método comparativo [sic]⁴², tendo importado um típico instituto de Estado parlamentarista diretamente para a Constituição de um Estado presidencialista, incorrendo naquele erro de que já tratamos, de “transplantar” um dispositivo ou conjunto de dispositivos sem “*tomar ciência das diferenças culturais, institucionais e de controle existentes*”⁴³. A Constituição configura um sistema, um feixe uno e ordenado, de relações recíprocas, não sendo possível isolar qualquer de suas normas das demais; “*um enunciado constitucional específico jamais pode receber exegese correta se interpretado de modo isolado, sem levar na devida conta os princípios e demais enunciados que dão corpo ao sistema constitucional*”⁴⁴.

As particularidades do presidencialismo, de forma mais especial ainda deste que albergamos, devem apresentar-se refletidas no regime jurídico aplicado às medidas provisórias, posto que por um lado o Executivo não corre o risco de sofrer responsabilização política pela edição de tais medidas, sendo sua mera rejeição o único resultado de sua reprovação pelo Legislativo, e por outro está ausente qualquer discussão anterior a respeito das medidas editadas, já que a análise do cumprimento de seus requisitos e a determinação de seu conteúdo competem unicamente ao Presidente, que não é órgão colegiado como o Governo do parlamentarismo, mas sim unipessoal⁴⁵.

Cabe a ressalva, no entanto, de que parte da doutrina aponta ser possível um entendimento no sentido da responsabilização do Presidente por medida provisória atentatória a princípio constitucional, ou se desprovida dos requisitos de relevância e urgência, não obstante essa responsabilização não figurar expressa no artigo 62. Essa compreensão seria aferida por meio de uma interpretação sistemática da Constituição, com especial amparo no artigo 85 e incisos⁴⁶.

Feitas essas considerações, primeiro a respeito do Direito Comparado, e em seguida sobre sua aplicação enquanto ferramenta para compreensão da “*inspiração*”

⁴² Ressalva-se, aqui, que em nosso entendimento trata-se da aplicação do Direito Comparado, não do mero exercício do método comparativo - em que aquela ciência certamente não se esgota -, conforme já esclarecemos de início. O que a Constituinte de fato fez foi justamente limitar-se ao método comparativo, de mera justaposição de textos normativos, enquanto deveria ter utilizado todo o instrumental inerente ao Direito Comparado. Mantemos a expressão tão somente para preservar a idéia original, que não é de nossa autoria, e que feita essa ressalva, de resto nos interessa.

⁴³ *Idem*, p. 76

⁴⁴ *Ibidem*, p. 77

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Medidas Provisórias**, p. 43.

⁴⁶ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 135.

italiana do instituto brasileiro da medida provisória, podemos agora passar ao estudo do histórico efetivamente brasileiro da figura jurídica, desde o “Decreto com Fôrça de Lei”.

4 – HISTÓRICO: DO DECRETO-LEI BRASILEIRO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1967 trouxe a possibilidade da expedição de “decretos com força de lei”, pelo Presidente da República.

Evidentemente, trata-se de Carta outorgada em consequência do golpe militar de 1964, que excluiu a democracia do ordenamento pátrio, bem como a separação de poderes. O Executivo assumiu a quase totalidade da atividade legislativa, utilizando-se do Decreto-Lei sem qualquer limitação razoável.

É interessante observar que o referido artigo 58 encontra-se no capítulo VI daquela Constituição, que dispõe sobre o Poder Legislativo. Não obstante, isso não implica de nenhuma forma que tenha já em si força de lei, ou natureza ou qualidade de lei. Constitui possibilidade excepcional, e é somente nessa condição que deveria ser exercido e acolhido pela ordem jurídica brasileira, uma vez que a atribuição de competência (*qualquer competência*) implica tanto a dimensão de *poder*, quanto a dimensão de *limitação inerente a esse poder*⁴⁷.

Muito embora aquela Constituição acolhesse o princípio da Legalidade em seu artigo 150⁴⁸ – e, portanto, ficando vedada a utilização do decreto como meio de criação ou aumento de carga tributária - a Emenda Constitucional nº1 de 1969 alargou a abrangência e possibilidade de utilização do instituto, trazendo expressiva alteração⁴⁹, e referindo-se ao instrumento agora como “decreto-lei”, em substituição à expressão “decreto com força de lei”.

Vale trazer a literalidade do dispositivo original e daquele resultante da Emenda, em forma comparativa:

⁴⁷ ATALIBA, Geraldo; **O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, p. 18.

⁴⁸“Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

⁴⁹ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 140.

<p>Constituição Federal de 1967:</p> <p>Art. 58</p> <p>O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesas, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:</p> <p>I – Segurança nacional;</p> <p>II – Finanças públicas.</p> <p>Parágrafo único: Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo. Se, nesse prazo não houver deliberação, o texto será tido como aprovado.⁵⁰</p>	<p>Após a Emenda nº1 de 1969:</p> <p>Art. 55</p> <p>O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-lei sobre as seguintes matérias:</p> <p>I – segurança nacional;</p> <p>II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e</p> <p>III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.</p> <p>§ 1º - Publicado o texto que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º, do art. 51.</p> <p>§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.⁵¹</p>
---	--

Também o regime jurídico do decreto-lei estabelecido pela Emenda nº1 de 1969 deve ser considerado em seus dois momentos. O texto pós-Emenda faz uma remissão ao artigo 51, §3º. Este dispositivo teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982. Seguem as duas redações em quadro comparativo:

⁵⁰ Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm Capturado em 09 de Março de 2010.

⁵¹ Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm Capturado em 09 de Março de 2010.

Redação pela Emenda n°1 de 1969:	Após a Emenda n°22 de 1982:
Art. 51	Art. 51
(...)	(...)
§3° - Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafos anteriores, considerar-se-ão aprovados os projetos. ⁵²	§3° - Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado. ⁵³

Nota-se que a Emenda Constitucional n° 22 de 1982 alterou apenas o aspecto procedimental da manifestação quanto à aceitação ou rejeição do decreto-lei. Não modificou a opção fundamental do Constituinte, que escolheu por acolher a possibilidade de *aceitação tácita* do decreto-lei pelo Legislativo (ao invés da opção pela *rejeição* em caso de silêncio do Congresso Nacional). O §2° do art. 55 também permaneceu inalterado, e com ele a determinação da preservação da validade dos atos praticados na vigência do decreto-lei, em caso de sua rejeição⁵⁴.

Muito embora a Constituição possa ter imantado ao instituto força de lei, suas características denunciam aspectos absolutamente distintos. Sua *produção* muito difere daquela destinada às leis: não é sob nenhum aspecto lei em sentido formal. Ademais, a lei vige por tempo indeterminado, independe de pressupostos para sua edição, e reveste-se de caráter geral. Enquanto isso o decreto-lei *condiciona-se* à verificação de pressupostos e tem caráter *excepcional*⁵⁵.

Não obstante esse caráter excepcional, o decreto-lei passou a figurar como o protagonista entre as ferramentas legislativas, em evidente contrariedade à finalidade do instituto constitucional, sendo uma das ferramentas utilizadas para

⁵² Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Capturado em 09 de Março de 2010.

⁵³ Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc22-82.htm Capturado em 09 de Março de 2010.

⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, op. cit., p. 33.

⁵⁵ ATALIBA, Geraldo; **O Decreto...** op. cit, p. 25.

concentrar de forma extrema os poderes do Estado sob o condão do Presidente da República.⁵⁶

Reiteramos que estamos tratando de uma Constituição fruto de um golpe militar, e que foi outorgada; elementos que demonstram seu ânimo prescindindo de maiores explicações. Daí aquilo que foi concebido em tese como exceção ter-se tornado o padrão e a regra⁵⁷.

Esse estado de coisas terá reflexos pelas décadas seguintes, atingindo-nos até o presente, como ficará evidenciado adiante⁵⁸, de forma especial em relação à matéria tributária. Seu fruto imediato é a criação da medida provisória pelo Constituinte de 1988⁵⁹.

Muito embora tanto o decreto-lei de nossa Carta de 1969 quanto a medida provisória de nossa Constituição de 1988 tenham ambos clara inspiração no “*decreto-legge*” italiano de 1947⁶⁰, conforme esclarecido logo na introdução desse estudo, corresponde a cada instituto um regime e ordenamento próprio.

Entre as diferenças mais essenciais estão a penetração do princípio da legalidade, o *status* dado ao Congresso Nacional pela sistemática constitucional e, especialmente, o regramento da própria competência do Poder Executivo em si para atuar em caráter excepcional⁶¹.

Já realizamos, no início desse estudo, um comparativo entre a norma da Constituição italiana e a da medida provisória brasileira. E a pouco contrastamos os dispositivos do decreto-lei brasileiro, em suas redações de 1967 e 1969. Precisamos, agora, para facilitar e avançar em nossa compreensão diacrônica e comparativa, efetuar nova visualização, dessa vez relativa ao decreto-lei (de 1969) e à medida provisória (de 1988) brasileiros:

⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, op. cit., p. 62.

⁵⁷ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** op. cit., p. 141.

⁵⁸ Referimo-nos, especificamente, à disciplina atual da medida provisória, dada pela EC 32, que embora seja o último elo na linha histórica da matéria, traz muito do primeiro, como veremos

⁵⁹ Reiteramos: trata-se da *Constituinte da qual resultou a Constituição de 1988*, que é anterior àquele ano, conforme explicamos em nota anterior. O mesmo vale para todas as menções posteriores ao conceito, neste trabalho.

⁶⁰ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, op. cit., p. 216

⁶¹ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, op. cit., p. 27.

<p>Decreto-lei, após a Emenda nº1 de 1969:</p> <p>Art. 55</p> <p>O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-lei sobre as seguintes matérias:</p> <p>I – segurança nacional;</p> <p>II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e</p> <p>III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.</p> <p>§ 1º - Publicado o texto que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º, do art. 51.</p> <p>§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.</p>	<p>CF de 1988, texto original:</p> <p>Art. 62</p> <p>Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.</p> <p>Parágrafo único: As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.⁶²</p>
--	---

Salta aos olhos de imediato o fato de que para a edição de medida provisória o Constituinte de 1988 entendeu por bem exigir *tanto* o requisito da relevância *quanto* o da urgência, contrariamente ao Constituinte de 1967/69, que optou por contentar-se em exigir *um ou* o outro. Nesse aspecto, pode-se afirmar seguramente que a medida provisória tem um caráter de excepcionalidade mais intenso que aquele do decreto-lei⁶³; diferença possivelmente atribuível ao ambiente político vigente em cada momento histórico.

Logo adiante, vemos que era defesa a utilização do decreto-lei de forma a implicar em aumento de despesas, não encontrando essa limitação espelho no

⁶² Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_62_.shtm Capturado em 12 de Março de 2010.

⁶³ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 144.

disposto sobre a medida provisória. Nesse ponto, portanto, é o decreto-lei o instituto mais restrito.

A Constituição de 1967/69 limitava expressamente as matérias que poderiam ser objeto de regramento via decreto-lei, enquanto que a Carta de 1988 silenciava sobre quais matérias poderiam ser objeto de medida provisória. Parece-nos acertado o entendimento de que, apesar do silêncio, fica implícito um controle em concreto, *in casu*, fundado em compreensão sistemática do texto Constitucional.⁶⁴ A diferença entre os institutos nesse ponto seria, então, a de limitar expressamente, em abstrato e *a priori*, ou implicitamente e *in casu*.

O prazo de eficácia inicial dos institutos é distinto. O decreto-lei tem eficácia de sessenta dias, enquanto que a medida provisória somente é eficaz por trinta dias. Novamente, destaca-se o caráter de excepcionalidade mais forte atribuído à medida provisória, valendo aqui as mesmas considerações já tecidas a respeito dos requisitos de edição correspondentes a um e outro instituto. Além disso, o prazo para aceitação ou rejeição expressa do decreto-lei pelo Congresso Nacional começava a correr do seu recebimento pelo próprio Congresso. Diversamente, os trinta dias de eficácia inicial máxima da medida provisória iniciavam da sua publicação. Mais uma vez evidencia-se a possibilidade de uma maior limitação e controle na medida provisória, uma vez que seu prazo inicia independentemente da vontade do Executivo, enquanto que era comum a protelação do envio do decreto-lei ao Congresso, para que gerasse efeitos pelo maior tempo possível antes de eventual rejeição⁶⁵.

No caso do decreto-lei não era possível a realização de emendas pelo Congresso Nacional, quando de sua aceitação ou rejeição, ao passo que quanto à medida provisória não fica estabelecida essa vedação. Reitera-se aqui o empréstimo de menores poderes ao Presidente da República na medida provisória, em relação ao regramento do decreto-lei. Afinal, pode o Congresso Nacional emendá-la, suprimindo ou corrigindo eventuais abusos, ou mesmo melhor ajustá-la ao interesse público, enquanto que no decreto-lei correções não eram possíveis.

Como uma das diferenças mais expressivas, temos que no caso do decreto-lei, exigia-se sua rejeição expressa para que perdesse sua eficácia. Ou seja: o silêncio do Congresso importava *aprovação tácita*. Para a medida provisória de 1988

⁶⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 143

⁶⁵ *Idem*, p. 144

vale justamente o contrário: a não apreciação implica a *rejeição* tácita. O Constituinte de 1988 valorou o silêncio do Congresso de forma contrária ao Constituinte de 1967/69. Ainda, no caso de rejeição (obrigatoriamente expressa no decreto-lei, e expressa ou tácita na medida provisória), os atos praticados na vigência do decreto-lei permanecem válidos por expressa disposição constitucional, enquanto que na medida provisória cabe ao Congresso disciplinar as relações jurídicas decorrentes. Portanto também nestes pontos a Carta de 1967/69 inclinava-se a blindar ao máximo as determinações emanadas do Poder Executivo, enquanto que a Constituição de 1988 impõe maior equilíbrio entre Executivo e Legislativo.

A partir dessas observações nos é possível afirmar que o regime jurídico configurado pelos dois institutos é deveras distinto, tanto pelas normas tomadas em si, quanto, especialmente, pelo ambiente constitucional e social em que se inserem. Daí ser natural a conclusão de que a interpretação e aplicação de cada um deve necessariamente levar em conta essas diferenças, sob pena de anacronismo.⁶⁶

Ainda, concordamos com o entendimento de que a “*teleologia que norteia os sistemas constitucionais*” em questão, como elemento chave que é, é absolutamente díspar, uma vez que:

O decreto-lei foi concebido para vigorar durante um período de governo militar, onde imperava a repressão e, por conseguinte, a inobservância aos direitos individuais; já a medida provisória, em sua redação original, foi criada como uma competência excepcional do Poder Executivo para editar atos normativos primários, numa constituição que foi promulgada para fins de fazer da República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Isso se comprova de forma aguda nas observações feitas a respeito das próprias regras (texto constitucional) dos dois institutos, conforme realizamos acima.

Não obstante essas distinções, a jurisprudência, após a Carta de 1988, com freqüência entendeu por dispensar às medidas provisórias aplicação e parâmetros *semelhantes aos do decreto-lei*⁶⁸. Limitou-se a *transplantar* o tratamento dado ao decreto-lei no regime constitucional anterior à medida provisória, sem maiores

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 32.

⁶⁷ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 145

⁶⁸ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 147

cuidados. Por essa razão fez-se presente e perdurou o entendimento da possibilidade de criação e majoração de tributos via medida provisória, *pelo próprio Supremo Tribunal Federal*.

O *guardião precípua* da Constituição acolheu de braços abertos essa prática, e, já em 1993, quando se poderia esperar que o tempo para reflexão verificado desde a promulgação da Lei Magna de 1988 tivesse sido suficiente, ainda - pasme-se - às vezes simplesmente sob o argumento obtuso de que a Constituição não estabeleceu *qualquer* limite quanto à matéria que poderia ser objeto de medida provisória – como se os limites estabelecidos ao longo de todo o texto constitucional, consoante leitura sistemática, para nada servissem! – sendo dessa forma cabível o seu emprego para *tributação*.⁶⁹

Ainda com relação ao controle jurisdicional, a doutrina trabalha também a questão relativa aos requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória. Entendemos que evidentemente não se trata somente de um juízo político. Se assim fosse (e portanto ficasse caracterizado um poder incondicionado), o Constituinte não teria enumerado qualquer pressuposto, deixando a edição de medida provisória à total discricionariedade do Presidente. Não há sentido em determinar exigências, senão o de fazê-lo como um mecanismo de limitação, portanto passível de controle jurisdicional. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, dizer o conteúdo desses pressupostos, ainda que não seja possível uma definição aguda e acabada - afinal não é outra a função desse órgão.⁷⁰

Esse controle seria responsável por impedir que a medida provisória, caracterizada por um caráter excepcional como é, fosse travestida em “*instrumento 'normal' de legislação*”. Cabe ao Judiciário a realização de um juízo independente a respeito da verificação ou não das exigências constitucionais.⁷¹

Muito embora as expressões relevância e urgência possuam um conteúdo vago e fluído *a priori*, quando consideradas isoladamente, a interpretação sistemática da Constituição permite, de forma imediata, alcançar-se certo nível de determinação dessas expressões, que será feito absolutamente pleno somente diante do caso concreto. Daí o entendimento de que a edição de medidas

⁶⁹ Conforme comprovamos no **Anexo 2**, cuja leitura sugerimos nesse momento.

⁷⁰ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 75

⁷¹ REIS, Carlos David Santos Aarão; Medida Provisória: Controle Jurisdicional, **Revista Trimestral de Direito Público**. N 8/94, p.120

provisórias não se vincula à idéia de discricionariedade, cabendo ao Executivo utilizá-la ou não, quando quiser e se quiser. Muito pelo contrário, “a relevância e urgência, diante do sistema e dos fatos, perdem parte de sua indeterminação, vinculando o Poder executivo a editá-las, presente a situação de fato”.⁷²

Não há qualquer ingerência do Poder Judiciário na esfera administrativa quando da verificação das exigências constitucionais. O Judiciário está a atuar em seu próprio campo. Tendo a Constituição estabelecido os pressupostos cumulativos da relevância e da urgência para a edição de medida provisória, somente verificados esses requisitos é que nasce a competência. Sem sua verificação cumulativa, não surge o poder para edição. Portanto faz-se indispensável o controle jurisdicional, para a proteção da competência constitucional. Dessa forma caberá sempre ao Judiciário dizer da existência concreta ou da inexistência concreta dos pressupostos constitucionais para a edição de determinada medida provisória, em toda situação em que possa pairar dúvida sobre a questão, aniquilando aquelas medidas que constituam violação à competência de edição, e atestando a perfeição das demais.⁷³

Por essas razões temos como acertado o entendimento de que é “através de um Judiciário atuante, forte e comprometido com a defesa dos preceitos constitucionais que a Democracia poderá se concretizar em sua plenitude”⁷⁴. Entendimento, aliás, decorrente da própria determinação constitucional, no art. 102 da Carta Magna⁷⁵.

Uma vez que a medida provisória é fruto de uma nova Constituição, cabe realizar um estudo de alguns aspectos fundamentais do novo sistema constitucional em que nesse momento adentramos, em especial dos princípios constitucionais mais relevantes para o tema de nosso estudo. É o que faremos a seguir.

⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 85.

⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de; Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, **Revista de Direito Público** n.95, p. 32.

⁷⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 151.

⁷⁵ Art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).

5 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DETERMINADOS PELA CARTA DE 1988

Para que possamos tecer considerações ulteriores a respeito das medidas provisórias, é necessário que tenhamos primeiro em mente alguns princípios estruturantes do sistema constitucional de que brotam.

Nossa Constituição presente é classificada pela doutrina como uma Constituição analítica, o que se verifica pela simples observação de sua extensão. Essa característica é condizente com nosso histórico constitucional, e com nossa realidade social⁷⁶.

A doutrina aponta que, se pretendêssemos uma Constituição sintética, deveríamos primeiro realizar uma transformação em nossa realidade histórica que a compatibilizasse a um texto menos extenso, sob pena de fracasso total⁷⁷.

Mesmo assim, são freqüentes as críticas a essa condição de nosso texto constitucional, descrito como “casuístico” e “excessivo”⁷⁸.

É presente ainda o entendimento, que nos parece o mais acertado de todos, de que não é razoável um juízo único a respeito do caráter analítico de nosso texto constitucional. Em certos pontos e matérias, a Constituição poderá eventualmente ser entendida como tendo de fato pecado pelo excesso, enquanto em outras essa resposta será perfeitamente adequada às nossas demandas e realidade. É necessário, portanto, uma consideração de cada matéria, de forma específica.⁷⁹

Esse mesmo viés analítico também se verifica no regramento constitucional tributário. Tal subsistema, no Brasil, tem aspecto singular em relação ao de outros países, por ter um caráter quase exaustivo e abrigar normas-regra, para além de normas-princípio⁸⁰.

Daí a doutrina descrevê-lo como “*o mais rígido quanto se conhece, além de complexo e extenso*”, chegando mesmo a afirmar que o Constituinte esgotou já em

⁷⁶ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 44

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto; Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 20, p.46.

⁷⁸ REALE, Miguel; **De Tancredo a Collor**, p. 337.

⁷⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória), **Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O Editor dos juristas**, p. 41.

⁸⁰ VIEIRA, José Roberto; Direito Constitucional Tributário Comparado: Brasil e Espanha, **Revista de Direito Tributário** n. 68, p. 96.

sede constitucional a totalidade da matéria tributária, restando essa “*pronta e acabada*”, entregando ao legislador somente a atribuição de dar-lhe cumprimento e proteção⁸¹.

Assim, é característica essencial de nosso subsistema tributário a sua constitucionalização, diversamente ao que ocorre em outros Estados, que optam por legislar seus sistemas tributários preponderantemente em nível infraconstitucional. No Brasil, “*a Constituição contempla centenas (ou milhares) de dispositivos tributários.*”⁸²

Por essa razão justifica-se precisar proceder a algumas considerações a respeito dos princípios constitucionais mais íntimos ao subsistema constitucional tributário.

Para restringir nossa área de estudo, parece-nos acertado e oportuno o critério que se embasa na existência de uma “*hierarquia entre os princípios constitucionais*”⁸³, não em termos de sua aplicação concreta, mas no que diz respeito à possibilidade de mutações posteriores, uma vez que alguns princípios são inalcançáveis pela competência reformadora, devendo por essa razão ter privilégio em nosso estudo⁸⁴.

Tal blindagem decorre do artigo 60 de nossa Constituição⁸⁵. Esse dispositivo imuniza o princípio da Federação em seu inciso I, o princípio da Democracia em seu inciso II, o princípio da Separação dos Poderes em seu inciso III, o princípio dos

⁸¹ ATALIBA, Geraldo, **Sistema Constitucional Tributário**, p. 21.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal; Sistema Constitucional Tributário: Uma Aproximação Ideológica, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná** n.30, p. 215.

⁸³ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 47

⁸⁴ A razão de ser desse critério ficará bem mais evidente e justificada adiante, quando tratarmos da Emenda Constitucional n° 32.

⁸⁵ Trazemos aqui os trechos do texto que nos interessam diretamente e sobre os quais teremos necessariamente de realizar comentários:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

Capturado em 03 de Abril de 2010.

Direitos e Garantias Fundamentais em seu inciso IV e o princípio da República como síntese, ainda que não expresso (explicaremos adiante), dentre outros.

O Constituinte estabeleceu já no §2º que para qualquer alteração do texto constitucional faz-se necessário um quorum qualificado. Ainda assim, determinou no §4º que para algumas matérias quorum algum (ou mesmo a unanimidade) será suficiente, tamanha a sua importância, estabelecendo em nosso sistema cláusulas pétreas, que tem por sua imutabilidade o condão de conferir estabilidade a nosso ordenamento.⁸⁶

Trabalharemos, a seguir, alguns daqueles que a um só tempo irradiam efeitos por todo o sistema constitucional e também trazem implicações diretas e contundentes em nossa matéria de estudo.

5.1 – SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é declarada já no preâmbulo de nossa Lei Maior como um dos valores centrais de nossa sociedade; objetivo justificador do próprio Estado e da Constituição.

A doutrina pátria entende que o texto do preâmbulo da Carta Magna não se reveste de força cogente, por si só, existindo essa somente no caso de reafirmação posterior do mesmo conteúdo, nos artigos da Constituição. O preâmbulo seria vazio de conteúdo, sob aspecto jurídico em sentido estrito, e serviria somente a apontar a ideologia do Constituinte e espelhar o momento histórico vivido quando de sua redação⁸⁷.

Mas justamente por essas razões, embora não tenha caráter cogente o preâmbulo serve de instrumento valioso para a interpretação constitucional, aponta a doutrina.⁸⁸

De qualquer forma, a segurança está entre os dizeres do preâmbulo que são retomados adiante no texto constitucional. E não sob uma condição qualquer, mas

⁸⁶ MALERBI, Diva Prestes; Segurança Jurídica e Tributação, **Revista de Direito Tributário**, n.47, p. 205.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo; **Curso de Direito Constitucional**, p. 201

⁸⁸ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 56

enquanto direito fundamental, e portanto cláusula pétrea, inscrita justamente no *caput* do artigo 5º.

Nessa posição, implica em parâmetro para o entendimento e balizamento de todo o rol de direitos e deveres individuais e coletivos do mesmo artigo, sendo, mais que isso - assim como ocorre quando de sua menção no preâmbulo, em relação à totalidade da Constituição – possível entendê-lo como objetivo justificador do próprio artigo⁸⁹.

A segurança jurídica é quase invariavelmente considerada juntamente com a idéia de certeza do direito. Contudo, não há uma relação de identidade entre os dois. Parece-nos acertado o entendimento de que a certeza do direito é, sim, *uma* das características, enfim, *um* dos pilares necessários para a construção da segurança jurídica⁹⁰.

A certeza do direito pode ser compreendida como um estado de coisas em que há uma delimitação clara das “esferas jurídicas” dos agentes jurídicos, particulares e Estatal, em si e uns em relação a outros.⁹¹

Já a segurança jurídica pode ser conceituada como a “*previsibilidade da atuação estatal, afastando as surpresas que repugnam ao nosso sistema jurídico*”, que portanto deve necessariamente ter integrada em si a idéia de certeza do direito e seus aspectos de estabilidade e clareza.⁹²

Enfim, segurança jurídica é a certeza sobre o *conteúdo objetivo do direito*, e de que a *conduta dos agentes* (Estado e particulares) *não destoará dele*.⁹³

Como elementos necessários para que seja possível essa segurança, no âmbito do subsistema tributário, figura uma gama de princípios constitucionais mínimos: o princípio da Legalidade, o princípio da Legalidade Tributária, o princípio da Anterioridade, o princípio da Irretroatividade e o princípio da Universalidade da Jurisdição.

O texto constitucional os estabelece dessa forma: Legalidade, Universalidade da Jurisdição e Irretroatividade no art. 5º (incisos II, XXXV e XXXVI)⁹⁴, Legalidade

⁸⁹ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 250

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros; **Curso de Direito Tributário**, p.91.

⁹¹ ATALIBA, Geraldo; **República e Constituição**, p. 184

⁹² VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 58

⁹³ ATALIBA, Geraldo; **República e Constituição**, p. 185

⁹⁴ “Art. 5º (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...)”

Tributária, Irretroatividade e Anterioridade no Art. 150 (inciso I, inciso III a) e inciso III b e c)⁹⁵.

Ressalte-se que cada um desses princípios, além de constituir desdobramento do comando da Segurança, é *em si mesmo e por si só* cláusula pétreia, uma vez que constituem direitos e garantias fundamentais. Esse entendimento, aliás, já foi assinalado correto pelo Supremo Tribunal Federal, quando declarou o princípio da Anterioridade como tendo essa natureza, no julgamento do caso-paradigma da ADIn 939-7 DF⁹⁶, tendo esse aliás sido um dos argumentos centrais da decisão.

A partir desses motivos é possível afirmar que o Constituinte brasileiro foi rigoroso e abrangente na tarefa de ungir o subsistema constitucional tributário de segurança, sendo este talvez o ramo do Direito em que “*a segurança jurídica assume a sua maior intensidade possível*”.⁹⁷

Concordamos com o entendimento doutrinário de que é certamente o princípio da Legalidade aquele mais nuclear à garantia da segurança jurídica - sua mais potente expressão, “*afinal, previsibilidade, clareza e durabilidade do direito somente a lei poderia assegurar*”, sendo a segurança jurídica quase que completamente realizada quando somados à Legalidade a Irretroatividade e a “*Anterioridade, aquela voltada para trás, esta de olhos postos à frente*”⁹⁸.

5.2 – SEPARAÇÃO DOS PODERES

Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

⁹⁵ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (...)”

Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

⁹⁶ Trazemos recortes da decisão no **Anexo 3**. Adiante ainda faremos nova referência a esse anexo.

⁹⁷ XAVIER, Alberto; **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**, p. 44.

⁹⁸ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 60

Tratamos aqui do princípio ao qual o texto constitucional se refere como “separação dos Poderes”, que nos parece acertado entender como albergando a “tripartição do Poder”, ou ainda, a “tripartição de funções”. As expressões não são sinônimas, mas buscam uma na outra sua explicação.

A diferença terminológica deve-se à nossa opção pelo entendimento de que o poder do Estado, enquanto atributo seu, é uno.⁹⁹

Existe na doutrina a referência a esse princípio como “Tripartição do Poder”, terminologia que nos parece acertada, pois deixa à vista o caráter *uno* do Poder. Dá-se à idéia de “Poderes”, nesse caso, o significado específico de “*funções*”¹⁰⁰. A tripartição, portanto, é das *funções* que competem ao Estado – daí falar-se também em “tripartição de funções”. Quando se fala em “separação dos Poderes”, a referência é ao aspecto *orgânico* dessa divisão, que em essência é uma divisão *funcional*.

Vale dizer, o que fundamenta, justifica e sustenta a “separação dos Poderes” (aspecto orgânico) é a separação *de funções* (aspecto funcional) do poder uno do Estado. Portanto, sempre que fizermos referência à “separação dos Poderes”¹⁰¹, tenha-se em mente que essa separação orgânica tem que necessariamente corresponder a uma separação *funcional*, pois é aí que encontra sua razão de ser.

Entendemos função como a posição daquele que carrega o *dever jurídico de agir em relação a um terceiro, para o benefício desse terceiro, tendo para esse propósito sido instituído com o poder necessário para tal prestação*¹⁰².

Conforme aponta a doutrina, esse conceito é utilizado em caráter excepcional no Direito Privado – sendo exemplos o pátrio poder e a curatela -, mas toma muito maior relevo na seara do Direito Público, adquirindo caráter geral, uma vez que predomina a estrita legalidade¹⁰³.

Essa afirmação se confirma ao observarmos que o Constituinte elegeu o princípio da Separação dos Poderes como cláusula pétrea, no inciso III do §4º do artigo 60 da Carta Magna, conforme já apontamos anteriormente. Integra, portanto, aquele seletivo grupo de princípios determinados pelo Constituinte como essenciais à

⁹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; **Curso de Direito Constitucional**, p. 297.

¹⁰⁰ TEMER, Michel; **Elementos de Direito Constitucional**, p. 116

¹⁰¹ Expressão que iremos utilizar, tendo em vista tratar-se da dicção utilizada em nossa Constituição.

¹⁰² MELLO, Celso Antonio Bandeira de; **Curso de Direito Administrativo**, p. 22.

¹⁰³ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 65

Constituição, *sem os quais ela própria perderia a razão de ser*. Não poderia o Constituinte ter-lhe atribuído maior saliência.

Além da proteção estabelecida no artigo 60, a Carta indica o princípio em seu artigo 2º, nomeando os três poderes da União: Legislativo, Executivo e Judiciário, e disciplina tais poderes no Título IV.

Essas são justamente as três funções estatais propostas por Montesquieu, em sua célebre obra, *Do Espírito das Leis*.¹⁰⁴

Montesquieu teve como ponto de partida fático o ambiente político inglês. Debruçou-se sobre a Constituição da Inglaterra, no entanto, com a aparente pretensão de descrevê-la de forma a opor-se ao Estado absolutista, numa tentativa de defesa da liberdade através da separação de poderes. Para atingir esse fim, a doutrina afirma que se utilizou de certa dose de fantasia e distanciamento da realidade política inglesa¹⁰⁵, e nesses artifícios “*se revelou engenhoso e sutil, não só conseguindo driblar a censura, mas também ganhando confiabilidade, em virtude do respeito então endereçado aos ingleses*”.¹⁰⁶

Montesquieu entende que

...existiriam, em todos os Estados, três tipos de poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses poderes poderiam ser exercidos por uma única autoridade ou por diferentes forças sociais. A liberdade, para o autor, estaria assegurada quando cada grupo social fosse responsável por uma função, como acontecia na Inglaterra¹⁰⁷

Limitações e repartições internas à estrutura do poder são essenciais para que se evitem abusos. De outra forma, “*tudo estaria perdido*”¹⁰⁸, reiterando a desconfiança justificada historicamente quanto à detenção do poder nas mãos de um único órgão.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU; *Do Espírito das Leis*, p. 155

¹⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, p. 23.

¹⁰⁶ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 65

¹⁰⁷ CAMARGO, Fernando Santos de; **Governos Locais em Sistemas Federativos: Análise Comparativa**, p. 3.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU; *Do Espírito das Leis*, p. 156

A Montesquieu se atribui o pioneirismo *especificamente* quanto à *separação orgânica* correspondente às três funções estatais propostas; que deve existir como seu reflexo¹⁰⁹.

Ocorre que, na forma de organização do Estado que albergamos, aquela prescrição de uma *governo misto* – funções exercidas por grupos sociais distintos - não se verifica, vindo a ser substituída por meio de um regramento constitucional específico para cada Poder, estabelecendo garantias e competências, “...o que permitiria a constituição de órgãos distintos e autônomos responsáveis por cada função estatal que se controlariam mutuamente”¹¹⁰, por meio da oposição de interesses.

Daí ser necessário que as três funções propostas – a de legislar, a de atuar de forma pontual, e a de resolver disputas – caibam a órgãos diversos, dotados de autonomia e identidade próprias, “*de modo que quem faz as leis não se atreva a executar ou julgar, quem as execute não se arroje a julgar ou fazer, e quem julga não ouse fazê-las ou executá-las*”, para que seja possível proteção efetiva das garantias e direitos.¹¹¹ É nesses contornos que nossa Constituição consagra o princípio em comento.

Contudo, o avanço histórico do princípio da Separação dos Poderes revelou crescentemente que um grau total de autonomia entre as três funções é pouco ou nada viável, tendo origem as chamadas *funções atípicas* dos Poderes.¹¹²

Parte da doutrina chega a declarar que o princípio teria espaço somente no passado, tendo sido absolutamente superado e tornado obsoleto.¹¹³

Entendemos como muito mais acertado, no entanto, o entendimento de que o princípio foi e continua sendo de fato flexibilizado e sopesado, mas permanece útil e necessário e, indiscutivelmente, vigente. Cabe adaptá-lo à nossa realidade e sistema constitucional, não abandoná-lo.¹¹⁴ Concordamos com a sustentação de que tal princípio permanece útil no sentido de contribuir para a realização de seu objetivo ideológico fundamental: assegurar a liberdade¹¹⁵.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; **Curso de Direito Constitucional**, p. 300.

¹¹⁰ CAMARGO, Fernando Santos de; **Governos Locais...**, *op. cit.*, p. 3.

¹¹¹ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 66

¹¹² PIÇARRA, Nuno; **A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**, p. 263

¹¹³ BONAVIDES, Paulo; **Do Estado Liberal ao Estado Social**, p. 55

¹¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Atividade Legislativa...** *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁵ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 70

E, para além de qualquer questionamento em campo retórico, o princípio é e continuará eficaz em nosso ordenamento, já que é cláusula pétrea, cabendo ao jurista no máximo questionar *como* aplicá-lo nos termos da Constituição.

5.3 – REPÚBLICA

O princípio da República é apontado por parte da doutrina como o mais importante de todo o direito público pátrio, enquanto uma *síntese* de todas as instituições brasileiras¹¹⁶.

Encontramos definições pautadas essencialmente nas seguintes características: 1) igualdade de todas as pessoas; 2) poder exercido por representantes do povo que atuam em nome dele, 3) sendo eleitos pelo povo 4) para mandatos transitórios e 5) atuando com responsabilidade¹¹⁷.

A doutrina indica a representatividade como o marco fundamental da República; o elemento nuclear sobre o qual se constrói juridicamente, apontado-a como o regime político caracterizado exatamente pela *mera administração* da coisa pública pelos representantes do povo, permanecendo intacta a sua propriedade, que é do povo.¹¹⁸

Retoma-se aqui a importância do tema da *função*, elemento justificador dos poderes em que ficam investidos os representantes da população. Fala-se em *poderes-deveres*, ou, em nosso entendimento com ainda maior acerto, em *deveres-poderes*, tendo preponderância o dever, “*uma vez que os poderes não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura do atender às finalidades legais. Aí seus deveres inafastáveis.*”¹¹⁹

O Constituinte não se referiu de forma expressa ao princípio da República quando elencou nossas cláusulas pétreas no artigo 60 da Carta Magna. Ainda assim, assentimos que:

¹¹⁶ ATALIBA, Geraldo; **República e Constituição**, p. 15.

¹¹⁷ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 42

¹¹⁸ ATALIBA, Geraldo; **República e Constituição**, p. 14.

¹¹⁹ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 73

é evidente que a sua idéia nuclear de representação (voto direto, secreto e universal) segue presente, assim como a temporariedade (voto periódico) e até mesma a de igualdade, para aqueles que a entendem integrante da noção republicana (entre os direito individuais – artigo 60, §4º, IV)¹²⁰

Parece-nos segura então a afirmação do princípio da República como de fato integrante do rol de conceitos essenciais e imutáveis de nossa Constituição.

A doutrina, na conceituação mais sintética do significado mínimo do aspecto *democrático* contido no princípio da República, indica que haverá democracia lá onde o povo se fizer presente no exercício do poder, quer de forma imediata, quer por meio de seus representantes.¹²¹

Essa participação ocorre essencialmente pautada no critério majoritário. Esse se desdobra nos limites do *princípio da maioria* e do *direito da minoria*. Ora, para que possa existir uma maioria implica-se necessariamente na existência de uma minoria, e portanto essa não poderá ser aniquilada caso se pretenda preservar a idéia democrática. Ademais, a minoria sempre poderá, eventualmente, alterar as intenções da maioria, numa relação fluída.¹²²

É especialmente através da produção das leis que se realiza o exercício desse poder marcado pela participação popular. Daí falar-se que o aspecto democrático da República tem vínculo íntimo com a Legalidade, também enquanto princípio basilar de nosso ordenamento, que embora talvez não suficiente para a completude do exercício democrático, é no mínimo já “*manifestação efetivamente substancial*”, ressaltando-se que a Constituição não se limita a esse núcleo democrático mínimo, “*ultrapassando a legalidade formal, e firmando compromisso material com a liberdade e a igualdade*”¹²³, conforme estamos demonstrando nessa breve leitura de alguns de seus princípios imutáveis.

5.4 – LEGALIDADE

¹²⁰ *Idem*, p. 71.

¹²¹ BALEIRO, Aliomar; **Direito Tributário Brasileiro**, p. 610.

¹²² KELSEN, Hans; **Teoria Geral do Direito e do Estado**, p. 280.

¹²³ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 75

A doutrina indica duas dimensões de compreensão do princípio da Legalidade: uma restritiva e uma ampliativa.¹²⁴

A primeira corresponde ao não agir contrariamente à lei; fazer somente o que a lei não proíbe. É o aspecto negativo da idéia de legalidade¹²⁵; diríamos, com a devida licença, sua *dimensão fraca*.

A segunda aponta o agir, prestar, atuar, conforme determina a lei. É o aspecto positivo da legalidade, sua *dimensão forte*. É fazer o que a lei determina que seja feito.

Dessas definições, percebe-se que a dimensão positiva do princípio da Legalidade traz contida em si a dimensão negativa. Ora, ao atuar comissivamente no cumprimento do que a lei determina que se faça, estar-se-á automaticamente atuando de forma compatível a ela, e impossível será infringir a dimensão negativa do princípio da Legalidade.¹²⁶

Já o contrário de forma alguma é verdadeiro: simplesmente não realizar aquilo que a lei proíbe não significa efetivar o que a lei determina que se faça. Basta se imaginar uma conduta completamente omissiva, de “nada fazer”.

Daí pedirmos licença para denominar a noção ampliativa do princípio da Legalidade de *dimensão forte*. E por esse mesmo motivo, sempre que cabível a aplicação das duas noções de legalidade, deverá ter *privilégio* a forte.

Com maior acerto ainda ao tratarmos do Estado, quando naturalmente tem privilégio, talvez mesmo hegemonia, a noção *forte* do princípio da Legalidade. O ente estatal nasce e existe marcadamente para a realização de propósitos específicos, cristalizados pela sociedade em sua Carta Magna, e posteriormente ordenados, regrados, executados e protegidos pelos Poderes do Estado. Relembramos também aqui as considerações a respeito da idéia de *função*, trabalhadas anteriormente.

E justamente na esfera tributária, o Constituinte entendeu por acrescentar ainda maior reforço ao princípio da Legalidade geral do artigo 5º, II, estabelecendo o que chamamos de princípio da Legalidade Tributária, no artigo 150, I, conforme já indicamos, tendo os dois princípios o caráter de cláusulas pétreas.

¹²⁴ XAVIER, Alberto; **Os princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**, p. 14

¹²⁵ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 80

¹²⁶ EISENMANN, Charles; O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, p. 58.

Pois bem, uma das *funções* em que fica investido o Estado é a de estabelecer tributos. E uma vez que a instituição ou majoração de tributos implica um *decréscimo da liberdade e propriedade individuais*, somente o povo, por meio de seus representantes eleitos, poderá realizá-la: daí falarmos da idéia de *autotributação*, íntima e essencial para a realização dos objetivos basilares e para o respeito aos princípios fundamentais e perenes de nossa Constituição. Somente a autotributação, pautada na Legalidade Tributária, realiza adequadamente os princípios da Segurança Jurídica, da República, especialmente seu viés *democrático*, e como logo ficará demonstrado, também o da Separação dos Poderes. É justamente aí que assenta o fato de termos escolhido essas cláusulas pétreas para objeto de nossas observações, conforme apontamos no início desse capítulo.

Daí concluirmos que a Legalidade Tributária tem uma forte dimensão defensiva. Não implica a exclusão do Estado, mas justamente o ordenamento, disciplina e limitação de sua intervenção, na estrita conformidade dos termos da Constituição.¹²⁷

Tendo o Constituinte já estabelecido a *Legalidade* como cláusula geral da Constituição, a *Legalidade Tributária* necessariamente deverá significar *algo a mais* em relação ao princípio genérico, sob pena de pretender-se que a Constituição traz comandos inúteis – e se assim agíssemos estaríamos “revogando” a ordem do artigo 150.

Para o subsistema tributário é insuficiente a legalidade geral; “*não satisfaz*”.¹²⁸

O significado do *plus* determinado pela Legalidade Tributária é amplamente apontado pela doutrina¹²⁹ como sendo exatamente a exigência de *lei formal*. Diz-se que somente a lei oriunda do Poder Legislativo é adequada à tributação¹³⁰. Afinal, o Direito Tributário tem como característica justamente uma maior proteção aos direitos dos particulares¹³¹. Exige-se a lei “*emanada do Poder Legislativo*”,

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 170.

¹²⁸ BARRETO, Aires; **Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais**, p. 137.

¹²⁹ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 101.

¹³⁰ “Somente a lei, formalmente compreendida, vale dizer, como ato oriundo do Poder Legislativo, é ato normativo próprio à criação de fatos jurídicos, deveres e sanções tributárias.”

BALEIRO, Aliomar; **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, p.73

¹³¹ “...”No Direito Tributário, o princípio da legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito, proteger a esfera dos direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do Direito... e, portanto, a prevenir a aplicação de `tributos arbitrários`, optou-se nesse ramo do Direito por uma formulação mais restritiva do Princípio da Legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei”

XAVIER, Alberto; **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**, p. 484

“discutida, aprovada e lançada no mundo jurídico segundo o processo legislativo previsto na própria Constituição.”¹³²

Para bem demonstrar essa compreensão, pedimos licença para citar diretamente aquela que nos parece a mais precisa e sintética explanação sobre a questão, que preferimos trazer intacta a ousar parafrasear:

O princípio da legalidade tem finalidade de condicionar a instituição dos tributos ao consentimento dos cidadãos representados pelo Congresso Nacional, órgão de estrutura democrática. Tal princípio resguarda a consentibilidade dos cidadãos. Essa faz com que o princípio da legalidade seja qualificado também por uma especificidade procedimental: o fundamento da interdição reside na estrutura democrática da decisão. A CF não impõe que a instituição ou aumento de tributo seja feita por lei material – comando geral e abstrato, conceito no qual se incluem os atos normativos da Administração Pública, e a medida provisória – mas determina que isso seja feito por lei formal, resultante do procedimento constitucional democrático estabelecido, do qual a medida provisória se extrema. Essa reserva é específica no Sistema Tributário (CF: art. 150, I) e está expressa na Organização dos Poderes, relativas às atribuições do Congresso Nacional (CF: arts. 44 e 48, I). A finalidade do dispositivo parece óbvia: estabelecer procedimento democrático para a instituição e aumento de tributo¹³³

Daí termos afirmado que também a preservação da Separação dos Poderes depende, no caso do nosso ordenamento constitucional, do respeito ao comando da Legalidade Tributária – porque esta significa *legalidade formal*, competindo especificamente ao Poder Legislativo, e somente a ele, a tributação. Por isso encontramos recorrente na doutrina tributária as expressões “reserva absoluta de lei”, “estrita legalidade tributária” e similares, como forma de referência ao princípio do art. 150, I.

¹³² ...”a lei que institui, reduz ou aumenta o tributo... fazendo nascer a obrigação tributária... exige a lei formal, ou seja... lei emanada do Poder Legislativo, discutida, aprovada e lançada no mundo jurídico, segundo o processo legislativo previsto na própria Constituição”

ICHIARA, Yoshiaki; **Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988**, p. 73.

¹³³ ÁVILA, Humberto Bergmann ; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 122

6 – HISTÓRICO: MEDIDAS PROVISÓRIAS ORIGINAIS

Feita breve leitura de alguns dos princípios mais essenciais da Constituição, eleitos para esse estudo *primeiro* por sua relevância para nosso tema, como será mais fortemente demonstrado adiante, e *segundo* por sua condição de cláusulas pétreas, podemos passar à questão do próprio instituto da medida provisória na Carta de 1988, conforme configurado segundo sua redação original.

6.1 – NATUREZA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Já de plano podemos afastar o entendimento da medida provisória como ato administrativo, uma vez que tem caráter primário, enquanto o ato administrativo é secundário; e vincula a todos, enquanto o ato administrativo somente “*prevalece no âmbito material da lei*”.¹³⁴

Parte da doutrina entende a medida provisória como tendo natureza de ato legislativo ou mesmo de lei. Isso ocorre, de forma muito especial, pelo fato de o instituto figurar no texto constitucional no rol de instrumentos do “processo legislativo”¹³⁵, do art. 59 da Carta¹³⁶.

No entanto, a boa doutrina é clara ao indicar como diferenças fundamentais entre a medida provisória e a lei “autêntica” 1) o caráter de excepcionalidade, contrariamente à normalidade da lei, 2) o caráter temporário, uma vez que já nasce com seu tempo máximo de vida estabelecido pela Constituição, enquanto a lei via de

¹³⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 153.

¹³⁵ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 61

¹³⁶ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” [grifamos]

Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

regra é permanente, e quando eventualmente limitada o é por seu próprio dispositivo interno, 3) o caráter precário, já que podem ser fulminadas a qualquer momento pelo Congresso dentro do seu prazo de apreciação, e 4) o caráter condicionado, já que dependem dos pressupostos constitucionais de urgência e relevância para que nasça a competência para sua edição, enquanto a lei é incondicionada.¹³⁷

As diferenças, portanto, são viscerais, e o mero fato de o instituto vir mencionado no elenco do artigo 59 não tem o condão de por si determinar sua natureza jurídica.¹³⁸

Assentimos que em função de seu caráter geral e coativo, é forçoso reconhecer na medida provisória a natureza de ato normativo. Como assentada diretamente no texto constitucional, tratamos de ato normativo primário.

Para além, acolhemos o entendimento de que tratamos de ato normativo *de governo*, nos seguintes termos:

Os atos de governo, conquanto praticados pela administração, não se confundem com os atos administrativos, sendo realizados em obediência direta à Constituição; infraconstitucionais, portanto, não infralegais. Caracterizam-se pela ampla margem de discricionariedade, pela liberdade de opção inerente às atividades políticas ou governamentais (...) sem que essa liberdade discricionária queira significar, como se imaginou e objetivou na Europa, com tais atos, no passado, exclusão do controle do Judiciário; inadmissível em um Estado de Direito.¹³⁹

Tratamos, portanto, de um ato normativo de governo cuja competência constitucional nasce a partir da ocorrência dos pressupostos da relevância e urgência, que devem se verificar de forma cumulativa.

6.2 – URGÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

¹³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de; Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, **Revista de Direito Público** n.95, p. 28.

¹³⁸ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 156.

¹³⁹ VIEIRA, José Roberto; **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 244

Como já indicamos anteriormente, esses pressupostos têm conteúdo pouco claro quando considerados de forma inteiramente abstrata, sendo geralmente necessário avaliar a situação real e específica para se determinar com precisão sua ocorrência ou não.

Não se trata, no entanto, de uma situação de “tudo ou nada”. Quanto mais próximo do concreto (ainda que não se esteja tratando de um caso concreto, real e específico), maior clareza adquirem os contornos desses requisitos constitucionais.

É exatamente o que ocorre no campo tributário. A mera indicação de que se trata de matéria tributária já de imediato dissipa parte da névoa dos conceitos da relevância e da urgência, posto que nos permite aplicar à situação hipotética os princípios próprios do subsistema constitucional tributário.¹⁴⁰

É perfeito o argumento de que somente pode-se ousar falar em urgência diante de situação em que não exista qualquer condição de tempo hábil para aguardar a edição de lei ordinária em regime de urgência. A medida provisória tem caráter absolutamente excepcional, conforme já apontamos, e jamais poderá ser utilizada em substituição à lei ordinária diante de situação em que as duas sejam igualmente eficientes. Deve-se estar diante de um caso em que a espera pela edição de lei ordinária vá implicar prejuízos inafastáveis ao interesse público¹⁴¹.

Há divergências na doutrina sobre a extensão desse período de tempo que a afirmação de urgência sustenta não ser possível aguardar sem prejuízos. Encontramos desde argumentação no sentido de que seriam 45 (quarenta e cinco) dias¹⁴² até de que seriam 100 (cem) dias¹⁴³, conforme seja a interpretação dada à disciplina constitucional da apreciação de projetos de lei em regime de urgência: caso entenda-se que a apreciação da Câmara e do Senado, determinada pelo §2º do artigo 64 da Carta, é em prazo único de 45 dias, ou caso entenda-se que se trata de dois prazos distintos e sucessivos de 45 dias cada, e incluindo-se ou não o prazo de 10 dias para emendas do §3º.

Ora, qualquer que seja o entendimento adotado, se estamos manejando matéria tributária, então terá aplicação o princípio da Anterioridade - a que já

¹⁴⁰ CHIESA, Clélio; **Medidas Provisórias – O Regime Jurídico Constitucional**, p. 47

¹⁴¹ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 249

¹⁴² OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 157.

¹⁴³ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito...** *op. cit.*, p. 249

aludimos quando tratamos da Segurança Jurídica - limitando-se drasticamente a aplicabilidade da idéia de urgência ao campo tributário¹⁴⁴.

Afinal, se a cobrança efetiva de tributos somente poderá ser iniciada no exercício financeiro seguinte e após noventa dias da publicação da lei que os instituiu, haverá sempre tempo viável para edição de lei ordinária em regime de urgência, não representando a medida provisória nenhum ganho sob a perspectiva de agilidade temporal – elemento sustentador do pressuposto da urgência, conforme demonstramos acima.

Daí temos que já o princípio da Anterioridade por si só deixa à medida provisória somente aqueles tributos aos quais não se aplica - por expressa previsão constitucional - como campo para sua eventual utilização, independentemente do período de tempo pretensamente insuportável exigido ser de 45, 55, 90 ou 100 dias.

Assim se configura, portanto, o requisito da urgência em matéria tributária.

6.3 - RELEVÂNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Já a respeito da relevância, assentimos com o entendimento de que traz vínculo íntimo com a *extensão* do possível dano ao interesse público que se pretende evitar por meio da edição da medida provisória¹⁴⁵. Se a urgência só ocorre quando se verifica que *não se pode esperar sem que haja dano*, a seu turno a sustentação da relevância exige que este dano deva ser *importante e grave*.

Destacam-se, portanto, dois elementos fundamentais para a relevância: a 1) *gravidade* do dano que se tem por certo, e a 2) natureza *pública*¹⁴⁶ do interesse atingido por esse dano. Somente preenchidos esses requisitos é que entendemos possível falar-se em relevância.

Nesse aspecto, da relevância, pouca diferença há entre as exigências em caso de matéria tributária, em relação às demais. Os elementos que esmiuçamos aqui são comuns a outras áreas de possível aplicação da medida provisória.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 157.

¹⁴⁵ MASSUDA, Janine Malta; **Medidas Provisórias: Os Fenômenos da Reedição**, p. 55

¹⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; **Medidas Provisórias**, p. 70.

6.4 – PRESSUPOSTO TÁCITO DA EFICIÊNCIA, E SÍNTESE

Por fim, vale mencionar que o dano que se tem por urgente e relevante deve ser possível de ser evitado por meio da edição de medida provisória. Esse instituto deve ser meio eficiente para a evitação do dano, ao menos em tese. Caso seja meio desde logo claramente ineficiente, não há justificativa para sua utilização.

Em síntese, podemos afirmar que a verificação da relevância e urgência em matéria tributária, enquanto pressupostos para a edição de medida provisória (sem adentrarmos no mérito da adequação desse instituto ao princípio da Legalidade, entre outros), somente poderá ser afirmada, em nosso entendimento, caso estejam presentes os seguintes elementos, todos eles, cumulativamente:

- 1) dano de elevada gravidade (relevância),
- 2) ao interesse público (relevância),
- 3) imediato a ponto de não poder aguardar a edição de lei ordinária em regime de urgência conforme artigo 64 da Carta (urgência),
- 4) que possa ser evitado pela edição de medida provisória (relevância e urgência),
- 5) que tenha por objeto matéria tributária albergada na seara constitucionalmente excluída do princípio da Anterioridade (urgência).

Destaque-se que se tratam aqui dos requisitos mínimos para atendimento dos pressupostos expressos de relevância e urgência, sem os quais sequer nasce a competência constitucional.

Uma vez nascida a competência, ela deverá ser exercitada dentro dos demais limites constitucionais. O que, como veremos, impõe ainda outros obstáculos em caso de matéria tributária, obstáculos possivelmente intransponíveis.

6.5 – LEGALIDADE E CONCLUSÕES

As observações anteriores desse capítulo já demonstram a grande dificuldade de estabelecer qualquer compatibilidade entre a medida provisória de 1988 e o subsistema tributário.

Quando trazemos à baila, por fim, o princípio da Legalidade Tributária, que é para nós, sem sombra de dúvida, sinônimo de “reserva absoluta de lei formal”, o instrumento excepcional fica absolutamente afastado da matéria tributária. *Medida provisória nada tem de lei formal.*

Concluimos que o Constituinte de 1988 estabeleceu clara limitação material à medida provisória, vedando seu uso para criação ou majoração de tributos, o que se depreende da leitura da Constituição como sistema; como *unidade* que é.

Aproveitamos ainda para realizar um parêntese, e indicar que a doutrina pátria aponta que a Constituição Italiana de 1947, em que se inspira a nossa medida provisória, não consagra o princípio da Legalidade enquanto *reserva de lei formal*, no campo tributário, inclusive segundo a própria doutrina alienígena:

...urge ressaltar que o Princípio da Legalidade inserido no artigo 23 da Constituição Italiana não corresponde à noção da estrita legalidade tributária que entre nós vigora. Nesse sentido é a lição de Enrico de Mita: ‘Por lei na previsão do artigo 23 se entende seja a lei ordinária, seja o decreto-lei, seja o decreto legislativo’ (traduzimos). O mesmo entendimento é assinalado por Giuseppe Giuliani, demonstrando que, na Itália, em razão do teor do artigo 23 da Constituição da República, vigora, quanto ao Princípio da Legalidade, a reserva **relativa** de lei¹⁴⁷ (grifamos)

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Karem; **A EC 32...** *op. cit.*, p. 136.

7 – EMENDA CONSTITUCIONAL N° 32: NOSSA REDAÇÃO ATUAL

Em 2001, o Legislativo brasileiro entendeu por utilizar sua competência reformadora para promulgar a Emenda Constitucional número 32, que trouxe expressivas e contundentes modificações ao texto constitucional.

Dentre elas, uma extensa nova redação para o artigo 62, objeto essencial de nosso estudo. Para avançarmos em nosso traçado histórico é necessário trazer a literalidade do novo dispositivo, para que possamos fazer as considerações sobre os pontos mais relevantes em relação à matéria tributária:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de

sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm
Capturado em 28 de Abril de 2010.

Parte da doutrina aponta como motivação maior da nova redação a intenção de pôr freios à edição, e especialmente à reedição desmedida de medidas provisórias, sendo até mesmo alardeada como um “*grande avanço*” que poria fim a esse estado de coisas.¹⁴⁹

Afinal, até 06 de Setembro daquele ano foram editadas em torno de 2240 medidas provisórias, segundo informa o sítio da Casa Civil na internet¹⁵⁰. Significa dizer cerca de uma medida provisória a cada três dias.

A EC 32 teria sido o remédio desejável para reduzir drasticamente a edição de medidas provisórias e resolver os problemas enfrentados pelo instituto até ali. Teria o condão de limitar os poderes excessivos de que o Presidente da República dispunha¹⁵¹, caracterizando-se como um positivo e claro avanço.

Primeiramente, porque estabelece matérias como expressamente fora da possibilidade de alcance por medidas provisórias, conforme o § 1º; limitação que de fato inexistia anteriormente *de forma expressa e colada à disciplina do instituto* (explica-se a seguir).

Parte da doutrina entende que essa limitação em verdade diminuiu a abrangência do instrumento, prevendo uma conseqüente e positiva redução de sua utilização.¹⁵²

Essa posição nos parece equivocada, pois como aponta a melhor doutrina, a compreensão sistemática do texto constitucional já excluía do alcance das medidas provisórias aquelas matérias.

A maior parte, se não todos os temas vedados à medida pela emenda, já não podiam ser objeto desse instrumento normativo, porque impedido o seu acesso ao executivo via Lei Delegada (artigo 68, § 1º) ou porque integram o

¹⁴⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**, p. 34.

¹⁵⁰ Senado Federal. Quadro geral de medidas provisórias. [online] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/quadro/_Quadro%20Geral.htm Capturado em 12 de Maio de 2010.

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto; **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**; p. 339

¹⁵² CHIESA, Clélio; **Medidas Provisórias – O Regime Jurídico Constitucional**, p. 73

rol dos direitos e garantias individuais, constituindo cláusulas constitucionais intocáveis (artigo 60, § 4º, IV).¹⁵³

Aponte-se aqui o fato de a Emenda ter passado por extenso debate e negociação política até sua efetiva aprovação, particularmente em função de o Executivo ter intentado ao máximo proteger os privilégios de que usufruía no uso (e, assim entendemos, abuso) das medidas provisórias, indicando a doutrina inclusive que “a pretensão era postergar a discussão e aprovação da proposta de emenda...”¹⁵⁴, o que pode ajudar a compreender porque a Emenda por fim acabou por apenas reiterar o que a Constituição já determinava, sem realmente criar novas restrições ao instituto.

Muito pior ainda, ao trazer para o interior do próprio artigo 62, de forma expressa, as limitações que já eram inerentes às medidas em função do sistema constitucional, a Emenda tornou possível uma interpretação restritiva desses limites, de forma assistemática¹⁵⁵, que os tenha por *numerus clausus*, sendo exatamente assim que parcela da doutrina os entende: estando agora especificadas as matérias em que é vedada, seria possível a utilização da medida provisória *em todas as demais*.¹⁵⁶

Ainda em relação às matérias, destaque-se também a *ampliação expressa* determinada pela Emenda, ao remover dali para adiante o significativo impedimento até então contido no artigo 246 da Constituição¹⁵⁷.

Assim, a despeito das posições doutrinárias no sentido de uma pretensa positividade da nova redação nesse sentido, parece-nos mais acertado que a

¹⁵³ VIEIRA, José Roberto; Bocage e as Medidas Provisórias: a emenda pior do que o soneto, *in Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n.40, p. 96.

¹⁵⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; **Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 331.

¹⁵⁶ É o entendimento de Gilberto Pinto Santos, segundo aponta José Roberto Vieira *in Bocage e as Medidas Provisórias...* *op. cit.*, p. 98.

¹⁵⁷ Art. 246, redação até ali vigente e após a EC/32: “Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995, entre 1º janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.”

Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 246. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_246_.shtm
Capturado em 10 de Maio de 2010.

Emenda, se é que de fato tinha por objetivo conter abusos e estabelecer limites mais restritos, ficou muito distante de lograr êxito.¹⁵⁸

Sob o pretexto de restringir, de fato fez ampliar¹⁵⁹, “...*escancarando as portas a esse ato normativo de governo em todas as demais matérias... restando ausentes (da vedação) temas relevantes como a matéria tributária...*”¹⁶⁰

Outro fator apontado como positivo por parte da doutrina é a vedação da reedição na mesma sessão legislativa, determinada pelo §10, que ocorria com enorme freqüência até aquele momento¹⁶¹.

Entretanto, aqui também cabem fortes considerações críticas, uma vez que a vedação atinge tão somente a *reedição*, permanecendo a possibilidade de *prorrogação*¹⁶², nos termos do §7º, que é automática em caso de inércia do Congresso Nacional¹⁶³.

Justamente essa *prorrogação automática* determinada pela nova redação é contrária ao sentido fundamental de excepcionalidade da medida provisória. A previsão da prorrogação esvazia de sentido o prazo constitucional “inicial”¹⁶⁴ - prazo, aliás, que foi já em si expandido de 30 para 60 dias, novamente na contramão da essência da medida provisória, que assenta na urgência, determinada como a impossibilidade de aguardar pela edição de lei em regime de urgência¹⁶⁵.

Também testemunha contra a *prorrogação* a simples constatação de que, se em 60 dias o Congresso não entendeu por deliberar a respeito da medida, pode-se afirmar com segurança que essa omissão implica tacitamente, no mínimo, o entendimento no sentido de não estarem presentes a urgência e relevância - do contrário seria injustificável o silêncio.¹⁶⁶

Como se não bastasse, temos ainda outros retrocessos nesse mesmo tema.

Primeiro, de forma semelhante ao que ocorre com as limitações materiais, a vedação expressa à reedição *na mesma sessão legislativa* possibilita concluir-se

¹⁵⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes; **O Novo Regime...** *op. cit.*, p. 173.

¹⁵⁹ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito...** *op. cit.*, p. 244.

¹⁶⁰ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 98.

¹⁶¹ NIEBUHR, Joel de Menezes; **O Novo Regime...** *op. cit.*, p. 137.

¹⁶² *Reedição* compreende a edição de *nova medida* por iniciativa do Presidente, de conteúdo semelhante ao da anterior, mas com a possibilidade de alterações quando da nova edição, enquanto *prorrogação* é a extensão da vigência de uma mesma medida provisória, sem qualquer alteração ou reiteração pelo Presidente.

¹⁶³ Conforme a Resolução nº1 do Congresso Nacional mais tarde (08/05/2002) confirmou e regulamentou em seu artigo 10, vide **Anexo 1**.

¹⁶⁴ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁵ Conforme explanamos no capítulo referente ao regime das medidas originais.

¹⁶⁶ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 98.

que está tacitamente autorizada a reedição em sessão legislativa *seguinte*, em evidente choque com a exigência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência¹⁶⁷.

E já que estamos tratando desses pressupostos, aproveitamos para verificar logo adiante que ficou consignado no §5º sua necessária avaliação de forma prévia ao mérito, quando da deliberação pelo Congresso. Aqui, também, em seu aparente avanço a Emenda titubeou. Embora tenha acertadamente determinado a *análise* dos pressupostos, não ousou aproveitar para exigir a *explanação* a respeito de sua verificação, por parte do Presidente (o que poderia ter sido feito exigindo-se exposição de motivos, por exemplo, conforme aponta a doutrina¹⁶⁸), ensejando a permanência daquele alto grau de indeterminação dos pressupostos constitucionais, que já abordamos no capítulo referente ao regime original das medidas provisórias¹⁶⁹.

Já nos §§ 6º e 8º da nova redação ficou determinada a aplicação de regime semelhante àquele dado aos projetos de lei de iniciativa do Presidente imantados do regime de urgência; o que produz melhor sistematização da matéria e portanto representa um pequeno avanço trazido pela Emenda, embora muito tênue comparado aos retrocessos insculpidos nos demais dispositivos.

Ainda, para completar os elementos gerais nefastos trazidos pela Emenda – antes mesmo de adentrarmos no seu ponto mais nuclear para nosso tema especificamente –, precisamos apontar a criação da categoria absurda das “*medidas provisórias-permanentes*”. O artigo 2º da Emenda determinou que todas as medidas provisórias vigentes na data da publicação da Emenda passariam a ter vigência indeterminada, até que o Congresso Nacional deliberasse a seu respeito ou ocorresse revogação expressa por meio de outra medida provisória¹⁷⁰. O Executivo aproveitou-se da proposição: logo após a aprovação da Emenda em sua votação

¹⁶⁷ CARRAZZA, Roque Antonio; **Curso de Direito...** *op. cit.*, p. 244.

¹⁶⁸ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁹ Também mais tarde veio a mesma Resolução nº1 do Congresso preencher parte da lacuna, determinando que o Presidente deverá, quando da publicação da medida, enviar ao Congresso documento contendo sua motivação, cuja rejeição por qualquer uma das Casas implicará em arquivamento da medida, consoante art. 2º, §1º e art. 8º, vide **Anexo 1**.

¹⁷⁰ “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Senado Federal. Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm

Capturado em 10 de Maio de 2010.

final, mas antes que fosse promulgada, “... veio ele, de forma sorrateira e abusiva, a editar uma publicação extraordinária do Diário Oficial, para emitir mais 10 (dez) Medidas Provisórias, de uma só vez...”, com o objetivo de evitar o novo regramento e alcançar a permanência autoritária dessas medidas¹⁷¹.

Enfim, chegamos ao novo §2º do artigo 62, ponto nevrálgico para nosso estudo. Há quem defenda existir um aspecto positivo no dispositivo, por determinar a aplicação da anterioridade a partir da *lei na qual venha a se converter* a medida provisória em matéria tributária, e não a partir do próprio instrumento de exceção.¹⁷²

Mais uma vez, trata-se de um pretense avanço trazido pela Emenda que a melhor análise revela tratar-se de um estrondoso retrocesso.

Em primeiro lugar, em contraposição direta ao argumento, para nós é evidente a constatação de que a determinação expressa da anterioridade anual às medidas em matéria tributária atropela o pressuposto constitucional também expresso da urgência, elemento de justificativa para a própria existência do instituto. Para nos fazermos claros, pedimos licença para trazer a doutrina que muito bem define a questão:

A incongruência manifesta da medida provisória simultaneamente urgente e com sua eficácia postergada é posta a nu com simplicidade por Paulo de Barros Carvalho, mestre consumado também em Lógica: ‘Abriga uma contradição de ordem semântica cogitar de medida provisória publicada, mas com prazo inicial de vigência fixado em tempo posterior. E a urgência?’ Por isso, Alexandre Macedo Tavares discorre sobre o que chama de uma ‘... teratológica modalidade de medida provisória... com eficácia diferida em matéria fiscal’, dizendo-a soar ‘...como uma franca, nítida, sarcástica, irônica e degradante violação ao imediatismo eficaz insito das medidas provisórias’¹⁷³

E, pior ainda do que essa “*teratologia*”, para a nossa matéria de estudo, é a Emenda trazer para dentro do texto constitucional pretensa autorização expressa de tributação via medida provisória. Diríamos nós: *e as cláusulas pétreas?*

¹⁷¹ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 100.

¹⁷² É o entendimento de Souto Maior Borges, segundo indica José Roberto Vieira *in Bocage e as Medidas Provisórias...* *op. cit.*, p. 97.

¹⁷³ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 101.

Em virtude de sua própria natureza de cláusulas pétreas, os comandos constitucionais unguídos desta condição devem *necessariamente ser conceituados, compreendidos e interpretados na redação original da Constituição, somados unicamente a eventuais Emendas que alarguem as garantias já existentes ou criem novas*. Afinal, a Carta veda qualquer Emenda que seja sequer “*tendente a abolir*” esses princípios. Portanto, sua leitura a partir da redação atual do texto constitucional implica no grave risco de compreendê-los conforme configurados *após Emenda que os enfraqueça* - e que por isso mesmo é inconstitucional e deve ser considerada absolutamente ineficaz. É exatamente o que ocorre com a Emenda Constitucional n° 32.

Conforme já indicamos ao longo de nosso estudo, a Constituição original de 1988 afastou qualquer possibilidade de tributação por mecanismo distinto da *lei formal* - sob pena de restarem feridos os princípios da Segurança Jurídica e da Legalidade -, e por isso mesmo por qualquer poder que não o *Legislativo*, sob pena de restarem atingidos a Separação dos Poderes e a República. A EC 32 é *tendente a abolir* esses princípios. Não há qualquer possibilidade de sua aceitação como eficaz.

Tendo a Carta assegurado o princípio da Legalidade Tributária, que significa *reserva absoluta de lei formal*, a utilização da medida provisória para tratar matéria tributária fica completamente afastada nos termos do texto original da Constituição, conforme já explicitamos em capítulo anterior.

Ocorre que essa garantia da Legalidade Tributária evidentemente compreende direito e garantia individual, e portanto é cláusula pétrea, blindada pelo 60, §4º, IV.

Dessa forma, tendo o texto original da Constituição assegurado a exigência de *lei formal* para tributação, excluindo-se portanto a medida provisória como instrumento hábil, e *sendo essa garantia cláusula pétrea*, qualquer alteração posterior ao texto que venha em sentido contrário será necessariamente inconstitucional e ineficaz. Daí a impossibilidade de recepção da Emenda Constitucional n° 32.

De forma análoga ocorre com o princípio da Separação dos Poderes. A Carta original deixa estabelecidas as competências e garantias de cada Poder, tendo em vista a *função precípua* de cada um. Ficam determinados os contornos dentro dos

quais cada poder pode e deve atuar. A partir da caracterização dessa separação como cláusula de pedra, qualquer Emenda que pretenda miná-la será inviável.

Ora, a Separação dos Poderes que a Lei Magna de 1988 alberga não significa simplesmente que “os três Poderes devem existir de uma forma qualquer” – senão estaríamos diante simplesmente do “princípio da existência de três Poderes”. Ao tratar da *Separação*, a Constituição determina não a simples existência do Executivo, Legislativo e Judiciário, mas sua existência *qualificada*: vale dizer, existência nos exatos termos do regramento constitucional originário, ficando vedada qualquer Emenda *que reduza o grau de separação* estabelecido originariamente. E é exatamente isso que a EC 32, caso recepcionada, faria: entregaria ao Executivo uma seara de atuação *precípua* do Poder Legislativo, que é a da tributação.

Conforme já registramos em capítulo anterior, a divisão *orgânica* em três Poderes somente tem sentido e justificativa na *divisão funcional* das competências do Estado: a sua *tripartição de funções*. Muito embora seja possível a um Poder atuar de forma *atípica* na função de outro, essa espécie de atuação é excepcional, pontual, acessória e altamente restrita e limitada; *mínima*. Ao pretender entregar ao Executivo a competência de atuação em área que é *do cerne* do Legislativo (a competência tributária), e de forma que *não foi autorizada na redação original da Lei Magna*, a EC 32 claramente tenciona um forte enfraquecimento da Separação de Poderes *conforme estabelecida pelo texto original da Constituição* (e reitera-se, a leitura de cláusula pétrea se dá sempre em face do texto original, excetuadas Emendas que *alarguem* sua esfera protetiva). Portanto, é também sob esse viés a Emenda Constitucional n° 32 carente de qualquer possibilidade de prosperar.

Adiante, devemos tratar do princípio da República, que também figuraria violado pela Emenda. Os *representantes do povo e administradores da coisa pública* legitimados para atuar na tributação, nos termos originais da Constituição, são os membros do Poder Legislativo. Somente respeitando-se essa forma de organização pode-se realizar a idéia da *auto-tributação*, essencial para o princípio da República.

Ao pretender entregar o poder de tributar a um elemento estranho¹⁷⁴, exterior aos *administradores legítimos da coisa pública para fins de tributação*, e com maior efeito, a um órgão *unipessoal*, retornar-se-ia a um estado de coisas mais

¹⁷⁴ Muito embora o Presidente da República seja também um representante do povo, não é eleito *para fins de apenas tributos*, nos termos da Constituição original - e portanto nos termos da cláusula pétrea do princípio da República. Daí podermos chamá-lo, aqui, de elemento estranho.

característico de um absolutismo do que de uma república. Então também em face do princípio da República conforme determinado pela Carta de 1988 a EC 32 é inaceitável.

Por fim, devemos trazer também a cláusula pétrea da Segurança Jurídica, que em matéria tributária tem íntima ligação com os princípios da Legalidade e da Anterioridade Tributária. Não é por acaso que esse último princípio é referido pela doutrina, entre outros nomes, como o *princípio da Não Surpresa*. Ao pretensamente possibilitar ao Chefe do Executivo criar tributos de forma *súbita* (característica essencial da medida provisória), a EC 32 a um só tempo agride as duas dimensões nucleares da Segurança Jurídica, de que já tratamos: a da *certeza sobre o conteúdo objetivo do direito válido*, uma vez que permite sua alteração *impromptu*, e a da *certeza sobre o cumprimento do direito válido pelos agentes jurídicos*, já que permite ao Estado, ao invés de dar cumprimento ao conteúdo vigente, alterá-lo conforme seu interesse momentoso, para daí agir.

Apontamos que essa *redução* da Segurança Jurídica pela medida provisória é ínsita somente à EC 32. No caso do instituto original de 1988, muito embora a medida provisória esteja em contraposição à idéia máxima da Segurança Jurídica, trata-se de limitação *em mesmo nível*; entenda-se, o princípio da Segurança Jurídica determinado pela Carta de 1988 *define-se e encontra seus limites conforme aquele sistema constitucional em sua totalidade*, aí se incluindo a medida provisória original. De forma sintética: o instituto original participa na *definição* da Segurança Jurídica que nosso ordenamento consagra; a EC 32 *reduz* aquela segurança definida – e a redução é vedada pelo art. 60.

Agora deverá ter ficado perfeitamente claro porque elegemos, premeditadamente, justamente esses princípios para tratamento em capítulo anterior, quando adentramos o ordenamento de 1988, e o acerto daquele duplo critério utilizado: a relevância para nosso tema e a qualidade de cláusulas pétreas.

De todo o exposto, fica comprovado o caráter antijurídico (e marcadamente *político*) da Emenda Constitucional n° 32, sob diversos aspectos, inclusive para além da área tributária – considere-se, por exemplo, a criação da categoria de “medidas provisórias permanentes” - mas certamente inclusive nela. A boa doutrina, de forma inspirada, chama a Emenda de “*terrorismo constitucional*”, apontando a coincidência de sua data de promulgação com os ataques terroristas a Nova Iorque e Washington

- 11 de setembro de 2001 -, e indica que nesse dia ficou registrado também alguma coisa de um ataque terrorista à Constituição brasileira¹⁷⁵.

Acentuamos, por fim, que há evidente descompasso na atuação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. O Pretório Excelso, grife-se, *já reconheceu a validade e acerto dos elementos que trouxemos acima*, a respeito de inconstitucionalidade de Emenda que fulmine garantias tributárias, inclusive especificamente em relação a algumas das garantias que elencamos, mas *mesmo assim continua a assentir com a EC 32*.

Em primeiro lugar, o STF já determinou ser possível o controle jurisdicional da constitucionalidade das Emendas Constitucionais, e reiterou esse entendimento quando julgou a ADIn 939-7 DF, acerca da Emenda Constitucional n° 3.¹⁷⁶

Em segundo lugar, nessa ADIn especificamente o julgamento ocorreu *justamente pelo motivo da pretensão daquela Emenda n° 3 de possibilitar a tributação para além dos limites dos princípios fundamentais do subsistema tributário*.¹⁷⁷

Em terceiro lugar, reconheceu esse Tribunal expressamente naquele julgamento o caráter de *cláusula pétrea* do princípio da Anterioridade, porque “*garantia individual do contribuinte*” imunizada pelo artigo 60, §4°, IV da Constituição, *tendo sido exatamente essa a fundamentação para a decisão pela inconstitucionalidade de parcela daquela Emenda à Constituição*.¹⁷⁸

Admitindo o Supremo Tribunal Federal ser a Anterioridade garantia perpétua, parece-nos, *terá que forçosamente assentir em reconhecer o mesmo caráter nos demais princípios do subsistema tributário*, dentre eles a Estrita Legalidade Tributária – sinônimo de reserva absoluta de lei formal, dilacerada pela EC 32. Daí indagarmos: como pode a Emenda Constitucional n° 32 não ter ainda encontrado o mesmo destino da Emenda n° 3, qual seja, o da declaração de inconstitucionalidade (no mínimo no tocante à matéria tributária)?

¹⁷⁵ VIEIRA, José Roberto; **Bocage e as Medidas Provisórias...** *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁶ Ver **Anexo 3**, cuja leitura sugerimos nesse momento, em que trazemos recortes da decisão.

¹⁷⁷ *idem*

¹⁷⁸ *ibidem*

8 – CONCLUSÃO

A pesquisa sob viés histórico desvela que a compreensão a respeito das medidas provisórias, de forma mais especial ainda em matéria tributária, se dá em dois momentos: o da Carta de 1988 e o posterior à Emenda Constitucional n° 32 de 2001.

Em nossa Constituição original e até a EC 32, a medida provisória é claramente incompatível com o subsistema constitucional tributário, ficando vedada de forma insuperável sua utilização nessa seara em função das garantias da Legalidade Tributária e Anterioridade, de forma direta, bem como em função dos princípios basilares da Segurança Jurídica, Separação dos Poderes, República e Legalidade, enquanto intimamente vinculados àqueles dois primeiros, que são desdobramentos seus no campo tributário.

Já após a Emenda, o instrumento... *permanece* completamente inadequado.

Ocorre que todas aquelas garantias que implicam a incompatibilidade com a matéria tributária no texto original são *cláusulas pétreas*.

Apesar de parecer tão simples e claro para nós esse entendimento, a prática jurisdicional continua a reiterar o *cesarismo* consumado no abuso da medida provisória, inclusive em matéria tributária, e somos obrigados a responder positivamente àquela nossa indagação inicial. A Constituição de 1988 rechaçou em boa medida os traços mais radicais do regime jurídico outorgado do *Decreto-Lei de 1969*. Mas, na *aplicação prática* da medida provisória, o fruto e a árvore são envenenados. O olhar histórico evidencia clara *linha de continuidade* desde o tempo do golpe militar.

Com a EC 32, o despautério retornou do campo exclusivamente prático para dentro do *texto constitucional*, ao invés de, como deveria, a Constituição ter determinado a alteração da *práxis*. E quando aqui tratamos do *texto constitucional*, fazemos referência ao mero texto que encontramos como aquele pretensamente vigente, porque a Constituição, essa resta inalterada pela Emenda.

O Legislativo ultrapassou os limites de sua competência reformadora e atingiu violentamente as cláusulas de pedra de nossa Lei Maior. Não é por acaso que procuramos evitar a expressão “constituente derivado” - tão difundida na doutrina. Não cabe ao Legislativo atuar como “Constituente” – só o é o *constituente originário*,

para quem queira utilizar a expressão que nos parece pouco adequada, por dizer em duas palavras o que uma só já informa. Cabe ao Legislativo somente a competência reformadora, nos termos da Constituição. Vale dizer, em certo sentido, que a reforma brota *da própria Constituição*, já que é nela que tem *previsão, disciplina e limitações*. Trata-se de um mecanismo *autopoiético*: a Carta prevê e regulamenta sua própria reforma, de forma *limitada*. Não há a possibilidade de qualquer intervenção verdadeiramente *externa*.

A EC 32, quando trata da matéria tributária, é *tendente a abolir* os princípios da Legalidade e Legalidade Tributária, da Segurança Jurídica, da Separação dos Poderes e da República, além de pretender abolir a *própria essência da medida provisória original*, por aniquilar o pressuposto da urgência. Pretende alterar a Constituição *partindo de fora dela*.

Uma vez promulgada a Lei Magna de 1988, suas disposições de pedra ficam estabelecidas, conceituadas e eternamente sedimentadas conforme o texto constitucional *daquele instante inicial* – não é outro justamente todo o propósito de criar-se a categoria das cláusulas pétreas.

Fica o desafio de, munidos dessa compreensão, contribuirmos para a reparação do equívoco. Nesse sentido, entendemos ter atingido aquele nosso outro intento inicial, de logramos melhor embasamento para o manejo do Direito Constitucional e do Direito Tributário no presente, no tema das medidas provisórias em matéria tributária, para além de meramente saciar o interesse acadêmico pela questão.

Caso a *redação atual* do artigo 62 do texto constitucional, determinada pela EC 32 *em 2001*, tivesse sido dada *originalmente* à Lei Maior pelo Constituinte *lá em 1988*, *ai* teríamos que assentir com a possibilidade de utilização de medida provisória em matéria tributária, já que *as garantias fundamentais compreendem-se e conceituam-se em acordo com a totalidade do sistema constitucional original*. Não sendo esse o caso, toda e qualquer possibilidade de entendimento naquele sentido, ontem, hoje e a qualquer tempo, é juridicamente inviável.

**ANEXO 1 – Resolução nº 1 de 08.05.2002 do Congresso Nacional. D.O.U.:
09.05.2002**

Dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL RESOLVE:

Art. 1º Esta Resolução é parte integrante do Regimento Comum e dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de Medidas Provisórias adotadas pelo Presidente da República, com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.

Art. 2º Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.

§ 1º No dia da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva Mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

§ 2º A Comissão Mista será integrada por 12 (doze) Senadores e 12 (doze) Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa.

§ 3º O número de membros da Comissão Mista estabelecido no § 2º é acrescido de mais uma vaga na composição destinada a cada uma das Casas do Congresso Nacional, que será preenchida em rodízio, exclusivamente, pelas bancadas minoritárias que não alcancem, no cálculo da proporcionalidade partidária, número suficiente para participar da Comissão (Res. nº 2, de 2000-CN).

§ 4º A indicação pelos Líderes deverá ser encaminhada à Presidência da Mesa do Congresso Nacional até as 12 (doze) horas do dia seguinte ao da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União.

§ 5º Esgotado o prazo estabelecido no § 4, sem a indicação, o Presidente da Mesa do Congresso Nacional fará a designação dos integrantes do respectivo partido ou bloco, recaindo essa sobre o Líder e, se for o caso, os Vice-Líderes.

§ 6º Quando se tratar de Medida Provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual, conforme os arts. 62 e 167, § 3, da Constituição Federal, o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição, observando-se os prazos e o rito estabelecidos nesta Resolução.

§ 7º A constituição da Comissão Mista e a fixação do calendário de tramitação da matéria poderão ser comunicadas em sessão do Senado Federal ou conjunta do Congresso Nacional, sendo, no primeiro caso, dado conhecimento à Câmara dos Deputados, por ofício, ao seu Presidente.

Art. 3º Uma vez designada, a Comissão terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para sua instalação, quando serão eleitos o seu Presidente e o Vice-Presidente, bem como designados os Relatores para a matéria.

§ 1º Observar-se-á o critério de alternância entre as Casas para a Presidência das Comissões Mistas constituídas para apreciar Medidas Provisórias, devendo, em cada caso, o Relator ser designado pelo Presidente dentre os membros da Comissão pertencentes à Casa diversa da sua.

§ 2º O Presidente e o Vice-Presidente deverão pertencer a Casas diferentes.

§ 3º O Presidente designará também um Relator Revisor, pertencente à Casa diversa da do Relator e integrante, preferencialmente, do mesmo Partido deste.

§ 4º Compete ao Relator Revisor exercer as funções de relatoria na Casa diversa da do Relator da Medida Provisória.

§ 5º O Presidente designará outro membro da Comissão Mista para exercer a relatoria na hipótese de o Relator não oferecer o relatório no prazo estabelecido ou se ele não estiver presente à reunião programada para a discussão e votação do parecer, devendo a escolha recair sobre Parlamentar pertencente à mesma Casa do Relator e também ao mesmo Partido deste, se houver presente na reunião da Comissão outro integrante da mesma bancada partidária.

§ 6º Quando a Medida Provisória estiver tramitando na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, a substituição de Relator ou Relator Revisor, na hipótese de ausência, ou a designação desses, no caso de a Comissão Mista não haver exercido a prerrogativa de fazê-lo, será efetuada de acordo com as normas regimentais de cada Casa.

Art. 4º Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal.

§ 1º Somente poderão ser oferecidas emendas às Medidas Provisórias perante a Comissão Mista, na forma deste artigo.

§ 2º No prazo de oferecimento de emendas, o autor de projeto sob exame de qualquer das Casas do Congresso Nacional poderá solicitar à Comissão que ele tramite, sob a forma de emenda, em conjunto com a Medida Provisória.

§ 3º O projeto que, nos termos do § 2º, tramitar na forma de emenda à Medida Provisória, ao final da apreciação desta, será declarado prejudicado e arquivado, exceto se a Medida Provisória for rejeitada por ser inconstitucional, hipótese em que o projeto retornará ao seu curso normal.

§ 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

§ 5º O autor da emenda não aceita poderá recorrer, com o apoio de 3 (três) membros da Comissão, da decisão da Presidência para o Plenário desta, que decidirá, definitivamente, por maioria simples, sem discussão ou encaminhamento de votação.

§ 6º Os trabalhos da Comissão Mista serão iniciados com a presença, no mínimo, de 1/3 (um terço) dos membros de cada uma das Casas, aferida mediante assinatura no livro de

presenças, e as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas.

Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

§ 1º O exame de compatibilidade e adequação orçamentária e financeira das Medidas Provisórias abrange a análise da repercussão sobre a receita ou a despesa pública da União e da implicação quanto ao atendimento das normas orçamentárias e financeiras vigentes, em especial a conformidade com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária da União.

§ 2º Ainda que se manifeste pelo não atendimento dos requisitos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária, a Comissão deverá pronunciar-se sobre o mérito da Medida Provisória.

§ 3º Havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade orçamentária ou financeira, a votação far-se-á primeiro sobre ela.

§ 4º Quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto:

I - pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; e

II - pela apresentação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados.

§ 5º Aprovado o parecer, será este encaminhado à Câmara dos Deputados, acompanhado do processo e, se for o caso, do projeto de lei de conversão e do projeto de decreto legislativo mencionados no § 4º.

Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se o parecer de Plenário concluir pela apresentação de Projeto de Lei de Conversão, poderá, mediante requerimento de Líder e independentemente de

deliberação do Plenário, ser concedido prazo até a sessão ordinária seguinte para a votação da matéria.

Art. 7º Aprovada na Câmara dos Deputados, a matéria será encaminhada ao Senado Federal, que, para apreciá-la, terá até o 42º (quadragésimo segundo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º O texto aprovado pela Câmara dos Deputados será encaminhado ao Senado Federal em autógrafos, acompanhado do respectivo processo, que incluirá matéria eventualmente rejeitada naquela Casa.

§ 2º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 6º, sem que a Câmara dos Deputados haja concluída a votação da matéria, o Senado Federal poderá iniciar a discussão dessa, devendo votá-la somente após finalizada a sua deliberação naquela Casa (CF. art. 62, § 8º).

§ 3º Havendo modificação no Senado Federal, ainda que decorrente de restabelecimento de matéria ou emenda rejeitada na Câmara dos Deputados, ou de destaque supressivo, será esta encaminhada para exame na Casa iniciadora, sob a forma de emenda, a ser apreciada em turno único, vedadas quaisquer novas alterações.

§ 4º O prazo para que a Câmara dos Deputados aprecie as modificações do Senado Federal é de 3 (três) dias.

§ 5º Aprovada pelo Senado Federal Medida Provisória, em decorrência de preferência sobre projeto de lei de conversão aprovado pela Câmara dos Deputados, o processo retornará à esta Casa, que deliberará, exclusivamente, sobre a Medida Provisória ou o projeto de lei de conversão oferecido a esta pelo Senado Federal.

§ 6º Aprovado pelo Senado Federal, com emendas, projeto de lei de conversão oferecido pela Câmara dos Deputados, o processo retornará à Câmara dos Deputados, que deliberará sobre as emendas, vedada, neste caso, a apresentação, pelo Senado Federal, de projeto de lei de conversão.

§ 7º Aplicam-se, no que couber, os demais procedimentos de votação previstos nos Regimentos Internos de cada Casa.

Art. 8º O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de Medida Provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito.

Parágrafo único. Se o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou da inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada.

Art. 9º Se a Medida Provisória não for apreciada em até 45 (quarenta e cinco) dias contados de sua publicação no Diário Oficial da União, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas do Plenário da Casa em que estiver tramitando.

Art. 10. Se a Medida Provisória não tiver sua votação encerrada nas 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias de sua publicação no Diário Oficial da

União, estará automaticamente prorrogada uma única vez a sua vigência por igual período.

§ 1º A prorrogação do prazo de vigência de Medida Provisória será comunicada em Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional publicado no Diário Oficial da União.

§ 2º A prorrogação do prazo de vigência de Medida Provisória não restaura os prazos da Casa do Congresso Nacional que estiver em atraso, prevalecendo a seqüência e os prazos estabelecidos nos arts. 5º, 6º e 7º.

Art. 11. Finalizado o prazo de vigência da Medida Provisória, inclusive o seu prazo de prorrogação, sem a conclusão da votação pelas 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, ou aprovado projeto de lei de conversão com redação diferente da proposta pela Comissão Mista em seu parecer, ou ainda se a Medida Provisória for rejeitada, a Comissão Mista reunir-se-á para elaborar projeto de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da vigência de Medida Provisória.

§ 1º Caso a Comissão Mista ou o relator designado não apresente projeto de decreto legislativo regulando as relações jurídicas decorrentes de Medida Provisória não apreciada, modificada ou rejeitada no prazo de 15 (quinze) dias, contado da decisão ou perda de sua vigência, poderá qualquer Deputado ou Senador oferecê-lo perante sua Casa respectiva, que o submeterá à Comissão Mista, para que esta apresente o parecer correspondente.

§ 2º Não editado o decreto legislativo até 60 (sessenta) dias após a rejeição ou a perda de eficácia de Medida Provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 3º A Comissão Mista somente será extinta após a publicação do decreto legislativo ou do transcurso do prazo de que trata o § 2º.

Art. 12. Aprovada Medida Provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como Lei, no Diário Oficial da União.

Art. 13. Aprovado projeto de lei de conversão será ele enviado, pela Casa onde houver sido concluída a votação, à sanção do Presidente da República.

Art. 14. Rejeitada Medida Provisória por qualquer das Casas, o Presidente da Casa que assim se pronunciar comunicará o fato imediatamente ao Presidente da República, fazendo publicar no Diário Oficial da União ato declaratório de rejeição de Medida Provisória.

Parágrafo único. Quando expirar o prazo integral de vigência de Medida Provisória, incluída a prorrogação de que tratam os §§ 3º e 7º do art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o Presidente da Mesa do Congresso Nacional comunicará o fato ao Presidente da República, fazendo publicar no Diário Oficial da União ato declaratório de encerramento do prazo de vigência de Medida Provisória.

Art. 15. A alternância prevista no § 1º do art. 3º terá início, na primeira Comissão a ser constituída, após a publicação desta Resolução, com a Presidência de Senador e Relatoria de Deputado.

Art. 16. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal adaptarão os seus Regimentos Internos com vistas à apreciação de Medidas Provisórias pelos respectivos Plenários de acordo com as disposições e os prazos previstos nesta Resolução.

Art. 17. Norma específica disporá sobre o funcionamento das Comissões Mistas de que tratam os arts. 2º a 5º desta Resolução.

Art. 18. Os prazos previstos nesta Resolução serão suspensos durante o recesso do Congresso Nacional, sem prejuízo da plena eficácia de Medida Provisória.

Parágrafo único. Se for editada Medida Provisória durante o período de recesso do Congresso Nacional, a contagem dos prazos ficará suspensa, iniciando-se no primeiro dia de sessão legislativa ordinária ou extraordinária que se seguir à publicação de Medida Provisória.

Art. 19. O órgão de consultoria e assessoramento orçamentário da Casa a que pertencer o Relator de Medida Provisória encaminhará aos Relatores e à Comissão, no prazo de 5 (cinco) dias de sua publicação, nota técnica com subsídios acerca da adequação financeira e orçamentária de Medida Provisória.

Art. 20. Às Medidas Provisórias em vigor na data da publicação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Resolução nº 1, de 1989-CN.

§ 1º São mantidas em pleno funcionamento as Comissões Mistas já constituídas, preservados os seus respectivos Presidentes, Vice-Presidentes e Relatores, e designados Relatores Revisores, resguardada aos Líderes a prerrogativa prevista no art. 5º do Regimento Comum.

§ 2º São convalidadas todas as emendas apresentadas às edições anteriores de Medida Provisória.

§ 3º São convalidados os pareceres já aprovados por Comissão Mista.

Art. 21. Ao disposto nesta Resolução não se aplica o art. 142 do Regimento Comum.

Art. 22. Revoga-se a Resolução nº 1, de 1989-CN, prorrogando-se a sua vigência apenas para os efeitos de que trata o art. 20.

Art. 23. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 8 de maio de 2002
SENADOR RAMEZ TEBET
Presidente do Senado Federal

ANEXO 2 – RE 138284-8 CE, de 01 de julho de 1992.

Supremo Tribunal Federal

437

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 28.08.92
EMENTÁRIO Nº 1672 - 3

01/07/92

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 138284-8 CEARÁ

RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
RECORRIDA : PETRÓLEO DOIS IRMÃOS LTDA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. Lei nº 7.689, de 15.12.88.

I. - Contribuições parafiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais.

II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, é uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do parág. 4º do mesmo art. 195 é que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parág. 4º; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a").

III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada.

IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa é que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1º).

V. - Inconstitucionalidade do art. 8º, da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art. 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, parág. 6º). Vigência e eficácia da lei: distinção.

VI. - Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8º da Lei 7.689, de 1988.

Examinemos, agora, as apontadas
inconstitucionalidades.

VII.1 - A criação do tributo mediante medida
provisória.

Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém registrar, primeiro que tudo, que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no que toca à matéria. E se a medida provisória vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu, no caso. A M.P. nº 22, de 06.12.88, foi convertida na Lei 7.689, de 15.12.1988.

Não seria, portanto, pelo fato de que foi a contribuição criada, originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional.

VII.2 - Inexistência de lei complementar.

ANEXO 3 – ADIn 939-7 DF, de 15 de dezembro de 1993

Supremo Tribunal Federal

160

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 18.03.94
EMENTÁRIO Nº 1 7 3 7 - 02

15/12/93

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 939-7 DISTRITO
FEDERAL

RELATOR: MINISTRO SYDNEY SANCHES
REQTE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO
ADVS. : BENON PEIXOTO DA SILVA E OUTRO
REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário.
Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda
Constitucional e de Lei Complementar.

I.P.M.F.

Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a
Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza
Financeira - I.P.M.F.

Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150,
incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição
Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de
Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição
originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo
Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da
Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no
art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em
vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º
desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o
art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo,
violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles,
não outros):

1º - o princípio da anterioridade, que é garantia
individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º,
inciso IV, e art. 150, III, "b" da Constituição);

2º - o princípio da imunidade tributária recíproca
(que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos
Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas
ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art.
60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.);

3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

"b"): templos de qualquer culto;

"c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

"d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. nº 77/93).

154

Supremo Tribunal Federal

161

ADI 939-7 DF

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

9 – REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1994.
- ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos de Direito Comparado**. Tradução de Sérgio José Porto, Porto Alegre, Fabris, 1980.
- ASCARELLI, Tullio. Premissas ao Estudo do Direito Comparado, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Forense, vol. XC, n. 466, maio de 1942, maio de 1942, janeiro de 2004.
- ATALIBA, Geraldo. **O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. Porto Alegre, Fabris, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7 ed, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- BARRETO, Aires. **Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais**. 2 ed, Max Limonad, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, Malheiros, n. 20, 1997
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed, São Paulo, Saraiva, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed, São Paulo, Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5 ed, Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- CAMARGO, Fernando Santos de; **Governos Locais Em Sistemas Federativos: Análise Comparativa**, Curitiba, 2010. Monografia de Graduação, Universidade Federal do Paraná.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed, Coimbra, Almedina, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13 ed, São Paulo, Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 14 ed, São Paulo, Saraiva, 2002.
- CHIESA, Clélio. **Medidas Provisórias – O Regime Jurídico Constitucional**. Curitiba, Juruá, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória), **Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – O Editor dos juristas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 2 ed, São Paulo, Max Limonad, 1999.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba, Juruá, 2001.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, abril-junho de 1959.
- GRAU, Eros Roberto. **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo, Malheiros, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Direito Comparado, sua realidade e suas utopias, **Revista Forense** vol. 152, Rio de Janeiro, 1954.
- ICHIARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Sistema Constitucional Tributário: Uma Aproximação Ideológica, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n.30, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo e Brasília, Martins Fontes e UnB, 1990

- MALERBI, Diva Prestes. Segurança Jurídica e Tributação, **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.47, 1989.
- MASSUDA, Janine Malta. **Medidas Provisórias: Os Fenômenos da Reedição**. Porto Alegre, Fabris, 2001.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 4 ed, São Paulo, Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, **Revista de Direito Público**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.95, 1991.
- MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa, Livraria Petrony, 1983.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de La Brede et de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora, 1960.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**. São Paulo, Dialética, 2001.
- OLIVEIRA, Karem. **A EC 32 e a criação ou majoração de tributos via medida provisória: a "constitucionalização" do equívoco**. Curitiba, 2005. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra, Coimbra, 1989.
- REALE, Miguel. **De Tancredo a Collor**. São Paulo, Siciliano, 1992.
- REIS, Carlos David Santos Aarão. Medida Provisória: Controle Jurisdicional, **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, Malheiros, n.8, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Coimbra, Atlântida, 1969.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**. 1 ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16 ed, São Paulo, Malheiros, 2000.
- VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: a emenda pior do que o soneto, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n.40, Curitiba, Editora da Universidade Federal do Paraná, 2004.
- VIEIRA, José Roberto. Direito Constitucional Tributário Comparado: Brasil e Espanha, **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, n. 68, 1997.

VIEIRA, José Roberto. **Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as Catilnárias Brasileiras**, São Paulo, 1999. Tese de Doutorado em Direito Tributário, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. 1 ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

10 – DOCUMENTOS CONSULTADOS

Senado Federal. **Texto original da Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_62_.shtm

Capturas em 05 e 12 de Março de 2010.

Senado Federal. **Constituição Brasileira de 1967**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm

Capturas em 09 de Março e 03 de Abril de 2010.

Senado Federal. **Emenda Constitucional número 01 de 1969**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm

Capturado em 09 de Março de 2010.

Senado Federal. **Emenda Constitucional número 22 de 1982**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc22-82.htm

Capturado em 09 de Março de 2010.

Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm

Capturado em 10 de Maio de 2010.

Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

Capturas em 09 de Março e 03 de Abril de 2010.

Senado Federal. **Quadro geral de medidas provisórias**. [online] Disponível na Internet via WWW. URL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/quadro/_Quadro%20Geral.htm

Capturado em 12 de Maio de 2010.