

KAREM OLIVEIRA

**A EC 32 E A CRIAÇÃO OU MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS VIA MEDIDA
PROVISÓRIA: A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO EQUÍVOCO**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Direito, do Programa de Pós-Graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Doutor José Roberto Vieira

CURITIBA

2005

**A EC 32 E A CRIAÇÃO OU MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS VIA MEDIDA
PROVISÓRIA: A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO EQUÍVOCO**

TERMO DE APROVAÇÃO

KAREM OLIVEIRA

A EC 32 E A CRIAÇÃO OU MAJORAÇÃO DE TRIBUTOS VIA MEDIDA PROVISÓRIA: A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO EQUÍVOCO

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador: Professor Doutor **JOSÉ ROBERTO VIEIRA**

Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor **HUMBERTO BERGMANN ÁVILA**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor **CLÈMERSON MERLIN CLÈVE**

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 18 de março de 2005

Para minha Mãe Eldi de Menezes, e
meus irmãos Kika e Ramón Ruan, por
ontem, por hoje e sempre.

REGISTRO

A seguinte afirmação não é recente, tampouco original, porém continua sendo verdadeira, eis que o presente trabalho não seria possível sem as lúcidas e sempre oportunas lições do meu Orientador, Professor José Roberto Vieira. Todavia, isto não implica qualquer “culpa” desse no resultado obtido.

Professor Vieira no exercício cotidiano do magistério vai além da dogmática e das questões referentes às grandes discussões de ordem jurídica, procurando mostrar aos seus alunos a importância do aprender, aprender para ensinar e ensinar para aprender.

Foi através do Professor Vieira que tive a alegria de conhecer a “Ciência Feliz” e com esta, o caminho do coração e o lado positivo que pode existir no erro.

Em sendo assim, faço um agradecimento especial ao Mestre, **meu Mestre** José Roberto Vieira, pessoa ímpar e professor talentoso que deixa claro, na verdade, transparente, que a trilha do seu magistério é um caminho com muito coração. Aliás, conforme pondera André Comte-Sponville, no seu “grande” *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes: Os filósofos são alunos (só os sábios são mestres)*,

AGRADECIMENTOS

À minha *Sorella Kika*, companheira em todos momentos, por todo o auxílio que nos deu no desenvolvimento do presente trabalho, companheira dedicada que sempre nos incentivou nos momentos mais difíceis. **Kika**, muito obrigada.

Aos Professores Celso Luiz Ludwig, professor singular que fazia de nossas aulas semanais, encontros muito desejados e Ricardo Marcelo Fonseca, através do qual, além das várias lições, aprendi a amar Foucault.

Às Funcionárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná Jussara Araújo Pereira, Fátima Becker Paim, Sandra Maciel e Laura da Silva, a Laurinha, por toda atenção e competência que sempre demonstraram.

Às Bibliotecárias Loeri Antonia Spader e Rita de Cássia Alves de Souza, mais do que profissionais competentes, “super colegas” para todas as horas.

“Digo, portanto, que as armas com que um príncipe defende seu estado ou são próprias, ou são mercenárias ou auxiliares ou mistas. As mercenárias e auxiliares são inúteis e perigosas. Quem tem seu Estado baseado em armas mercenárias jamais estará seguro e tranqüilo, porque elas são desunidas, ambiciosas, indisciplinadas, infíeis, valentes entre amigos e covardes entre inimigos,...”

(Nicolau Maquiavel)

RESUMO

O presente estudo visa a examinar o instituto da medida provisória, bem como, sua utilização para fins de instituição ou aumento de tributos. Para tanto, far-se-á um estudo do instituto em comento, visando ao conhecimento de suas principais características. Passaremos, então, a um apertado exame do “decreto-legge” italiano, visto que este serviu de “modelo” para nossa medida provisória. Após, faremos um estudo comparativo da medida provisória, neste momento ainda concebida em sua redação original e do falecido decreto-lei.

Proceder-se-á, também, uma breve incursão nos pilares que sustentam o Estado Brasileiro, mais precisamente: a República, a Legalidade, a Tripartição de Funções e o Estado Democrático de Direito.

No tocante à medida provisória, o estudo se dará em dois momentos; o primeiro quando analisaremos o instituto em sua redação original, e o segundo momento, quando do exame do instituto de acordo com a redação a ele atribuída através da Emenda Constitucional nº 32,

Faremos um estudo acerca do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, sendo este concebido como um direito fundamental de primeira geração do cidadão-contribuinte, consubstanciando, segundo nosso entendimento, um obstáculo intransponível, quando se questiona a hipótese da utilização da medida provisória para fins de gravames tributários.

Analisaremos, por fim, a norma prevista no artigo 62, parágrafo 2º, da Lei Magna, para discorreremos acerca de sua duvidosa constitucionalidade.

SUMÁRIO

I PARTE

NOTAS INTRODUTÓRIAS: O TEMA E SUAS RAZÕES.....	13
I – PARTE.....	16
1 – A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	16
1.1 – Constituição – Noções Gerais.....	16
1.2 – A Constituição como um Sistema.....	25
1.2.1 – Introdução.....	25
1.2.2 – A Constituição como um Sistema de Regras e Princípios.....	31
1.2.3 – Colisão de Normas-princípios e Normas-regras.....	34
1.3 – O Estado Democrático de Direito.....	37
1.3.1 – Introdução.....	37
1.3.2 – República.....	44
1.3.3 – Repartição de Funções.....	50
1.3.4 – Legalidade – Notas Iniciais.....	59
2 – OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DA SUPREMACIA E DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	64
2.1 – Princípio – Noções Gerais.....	64
2.2 – O Princípio da Supremacia da Constituição.....	69
2.3 – O Princípio da Unidade da Constituição.....	71
3 – A ATIVIDADE INTERPRETATIVA.....	75
3.1 – Atividade Interpretativa – Generalidades.....	75
3.2 – Os Denominados Métodos Clássicos para Interpretação.....	75

3.2.1 – A Interpretação Gramatical.....	81
3.2.2 – A Interpretação Histórica.....	83
3.2.3 – A Interpretação Teleológica.....	84
3.2.4 – A Interpretação Sistemática.....	85
3.2.5 – A Interpretação Conforme a Constituição e a Interpretação Evolutiva.....	88
4 – O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	92
4.1 – A Legalidade como um Direito Fundamental.....	92
4.2 – O Princípio da Legalidade Tributária – Breve Retrospectiva Histórica e Algumas Considerações Iniciais.....	99
4.3 – A Estrita Legalidade Tributária – Um Paralelo com a Legalidade Genérica.....	101
4.4 – A Estrita Legalidade em Matéria Tributária – Regras sem Exceção.....	103

II PARTE

1 O DECRETO-LEI NO DIREITO COMPARADO – A FLAGRANTE INSPIRAÇÃO ITALIANA.....	110
1.1 – Direito Comparado – Alguns Apontamentos.....	110
1.1.1 - Direito Comparado – Uma Breve Retrospectiva Histórica.....	111
1.1.2 – Questões Terminológicas.....	113
1.1.3 – Conceito, Microcomparação e Macrocomparação.....	115
1.1.4 – O Direito Comparado e sua Autonomia Científica.....	119
1.1.5 – O Direito Comparado e suas Funções.....	123
1.2 – O <i>Decreto-Legge</i> italiano – A “célula-tronco” da Medida Provisória.....	126
1.3 – O Princípio da Legalidade na Constituição Italiana de 1947 – A reserva relativa de Lei.....	136
2 - NOSSO PASSADO RECENTE – O DECRETO-LEI.....	138
2.1 – Introdução.....	138
2.2 – O Decreto-Lei – Seu Perfil de 1967/69.....	138
2.3 – A Comparação entre o Decreto-Lei e Medida Provisória Original.....	142
2.4 – O Avanço da Medida Provisória na Versão Original e o Descompasso da Jurisprudência.....	146
3 – AS MEDIDAS PROVISÓRIA ORIGINAIS.....	152
3.1 – Reflexões Originais.....	152
3.2 – Medidas Provisórias – Algumas Considerações Acerca de sua Natureza Jurídica.....	153

3.3 – Os Pressupostos Constitucionais da Urgência e Relevância.....	156
4 – A EMENDA CONSTITUCIONAL N.32/2001.....	164
4.1 – A Medida Provisória e as Alterações da EC N.32/2001.....	164
4.2 – Aspectos Letais.....	168
4.3 – A EC N.32/2001 – Um Enfoque Tributário.....	170
4.4 – Poder Constituinte Originário versus Competência Constitucional Reformadora.....	172
4.5 – As Limitações Constitucionais à Competência para Emendar.....	176
4.6 – A EC N.32/2001 e o Aniquilamento do Pressuposto da Urgência – A Constitucionalização do Equívoco.....	178
4.7 – A EC N.32/2001: A “Emenda pior que o Soneto”.....	179
5 – O COMANDO DA SEGURANÇA JURÍDICA – O ÍCONE INFERIDO.....	181
6 – CONCLUSÕES.....	184
7 –REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	188

NOTAS INTRODUTÓRIAS: O TEMA E SUAS RAZÕES

O presente trabalho tem como objetivo estudar o instituto da medida provisória com enfoque à sua utilização para fins de imposição do ônus tributário

É bem verdade que o assunto em pauta já foi objeto de numerosos estudos merecendo destaque os da lavra de CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA e JOSÉ ROBERTO VIEIRA.

Mesmo já tendo sido muito bem tratado pelos acima especificados autores, a questão ganhou um novo enfoque tendo em vista a edição da Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001 e a redação dada ao acrescido § 2º, segundo o qual *“Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos artigos 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”*.

Em sendo assim, o assunto ora investigado será tratado em dois momentos distintos, quais sejam: um primeiro momento, no qual nos deteremos com a redação original do artigo 62 da Lei Maior e a hipótese da instituição ou majoração de tributos, momento em que nosso foco será a interpretação sistemática da Constituição, para então chegarmos à conclusão que será apresentada, qual seja: pela impossibilidade de utilização da medida provisória, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade tributária, encartado no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, o que defendemos como um direito individual do cidadão contribuinte.

Ainda nesse momento, faremos um paralelo entre a Medida Provisória e o extinto Decreto-Lei, fazendo evidenciando o descompasso da jurisprudência, que deu à medida provisória, no que tange ao gravame tributário, sendo o mesmo tratamento que dava ao decreto-lei então em vigor no ordenamento constitucional superado.

Nesse contexto, mister destacar que a ordem constitucional mudou, a repressão acabou e a democracia pede passagem e busca se impor. Todavia, com relação ao assunto em discussão, em que pese a alteração/inação do texto constitucional, a prática está fazendo com que a medida provisória receba o mesmo tratamento que foi dado ao decreto-lei quando da sua vigência, tanto que existem decisões judiciais afirmando ser possível a instituição ou majoração de tributos via medida provisória, pois assim já permitia o ora falecido decreto-lei.¹

Ainda nesse ponto, faremos uma brevíssima incursão no direito comparado, especificamente, no instituto do “Decreto-Legge”, previsto no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, uma vez que ele é apontado por muitos autores como a fonte de inspiração, de fato, o “modelo” para a medida provisória. Então, analisaremos os grandes riscos que revestem os “transplantes” de institutos previstos em ordenamentos estrangeiros, sem que se tenha o cuidado de “ambientá-los” em nosso contexto legal, mormente em nível constitucional.

Num segundo momento, trabalharemos com o instituto da medida provisória em sua atual redação, averiguando a constitucionalidade ou não da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, notadamente no que tange à matéria tributária, uma vez que ela deu um novo tratamento ao instituto, fazendo letra morta da estrita legalidade tributária, acrescentando, ainda, outros dispositivos de constitucionalidade extremamente duvidosa.

Para dar melhor suporte a nossa pesquisa, examinaremos, ainda que brevemente, nossa ordem constitucional e suas vigas mestras: República, Estado Democrático de Direito, Legalidade e Tripartição de Funções, uma vez que estão estreitamente conectados à atividade legislativa do executivo e sua legitimação ou não. Do mesmo modo, visando a melhor equipar nossa pesquisa, examinaremos os princípios instrumentais da unidade e supremacia da Constituição, bem como os métodos clássicos da interpretação jurídica.

¹ Nesse sentido veja o disposto no ADin 1.417 –DF, *Lex JSTF*, 215:35, onde no corpo da decisão resta consignado: “Tendo força de lei, é meio hábil a medida provisória, para instituir tributos e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-leis do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu”.

Além do acima explanado, consideramos que, em vista do uso indiscriminado e torrencial da medida provisória, ao arrepio dos ditames e pressupostos constitucionais, fazendo com que o executivo “legisle” muito mais que o próprio Poder Legislativo, mister se faça uma contínua reflexão sobre o tema, sob pena de presenciar-se, em silêncio, a metamorfose do “inconstitucional” em “constitucional”, ou melhor, em “constitucionalizado”, operando-se a malsinada “constitucionalização” do equívoco, pondo em risco não só a segurança jurídica, como o próprio ideal republicano.

Por fim, uma vez que o presente tópico se intitula como o tema e suas razões, esclarecemos ter nosso estudo como razão essencial a crença no ideal republicano e, por conseguinte, na diretriz da legalidade, como também, a crença de que nossa Lei Mãe, em que pesem seus numerosos “cortes” – já são quarenta e cinco emendas (a maioria de constitucionalidade duvidosa) – e feridas não cicatrizadas, ainda mantém seu núcleo intacto, segundo o qual :

“ Art. 1º A República Federativa do Brasil, (...), constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana

(...)

Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (grifamos)

Acreditamos ainda que, apesar dos vários tropeços e da inquestionável fragilidade, nossa democracia subsiste e reclama por maturidade não só de seus cidadãos, como também (**e principalmente**), dos integrantes dos Poderes da União, para que um dia nossa realidade espelhe a efetiva realização dos direitos e garantias catalogados em nossa Constituição, e mais do que tudo, para que um dia o corolário republicano desperte dos textos e das grandes manifestações e passe a gerir o viver e desenvolver do Estado Brasileiro, estado este que se intitula uma República Federativa. Em sendo assim, deixemos a República viver.

I PARTE

1- DA ORDEM CONSTITUCIONAL

1.1 – Constituição – Noções gerais

A noção de Constituição é essencial para qualquer Estado, notadamente para aqueles que se pretendam intitular democráticos de direito; é seu fundamento, sua viga mestra; nela repousam as escolhas e diretrizes que embasam uma determinada sociedade politicamente organizada, numa determinada época e lugar. Por isso mesmo, acreditamos que a Constituição e tudo que se mostre necessário para sua efetiva compreensão, merecem um tratamento quase que sagrado, pois sacra é sua função para o Estado.

Várias são as concepções e acepções do vocábulo constituição. Fala-se em constituição em sentido jurídico, social, político, bem como, nos seus conceitos formal e material, entre outros.

Antes de ingressarmos no tocante ao conceito de constituição, vejamos suas concepções mais propagadas, quais sejam: a sociológica, a política e a normativa.

Sobre o assunto JOSÉ AFONSO DA SILVA assim esclarece:

“Ferdinand Lassalle as entende no *sentido sociológico*. Para ele, a constituição de um país é, em essência, a *soma dos fatores reais do poder que regem nesse país*, sendo esta a constituição real e efetiva, não passando a constituição escrita de uma folha de papel”. Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes *sentido político*, considerando-as como *decisão política fundamental, decisão concreta de um conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política*, fazendo distinção entre *constituição e leis constitucionais*, aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais,

vida democrática, etc.), as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental. Outra corrente, liderada por **Hans Kelsen**, vê-as apenas no *sentido jurídico*, constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, *sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica*. *A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo*; de acordo com o primeiro, a constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição *jurídico-positiva* **que equivale à norma positiva suprema**, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau².” (grifamos)

Ainda acerca das teorias da Constituição, sobre as concepções acima citadas, JORGE MIRANDA elucida que: *“Lassale afirma a necessidade de distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. A verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos factores reais e efectivos do poder que dominem nessa sociedade (...) Os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder”*³.

Prossegue JORGE MIRANDA aduzindo:

“Nas antípodas da construção de Lassale, situa-se a de Kelsen. que configura o Direito como uma ordem normativa, cuja unidade tem de assentar numa norma fundamental – pois o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior. Há uma estrutura hierárquica de diferentes graus do processo de criação do Direito, que desemboca numa ‘norma fundamental’. Tal norma superior é a Constituição – mas esta tem de ser entendida em dois sentidos, em sentido jurídico-positivo e em sentido lógico-jurídico. Em sentido positivo, a Constituição representa o escalão do Direito mais elevado. É a norma ou conjunto de normas jurídicas, através das quais se regula a produção das normas jurídicas em gerais, e esta produção de normas jurídicas gerais reguladas pela Constituição tem, dentro da ordem jurídica estadual, o carácter de legislação.
(...)

A concepção decisionista no domínio constitucional tem em Carl Schmitt o seu maior expoente.

² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 40-41.

³ *Manual de Direito Constitucional*, T. II, p. 47.

(...) A Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota *por si própria e de si própria*.

A essência da Constituição não reside, pois, numa lei ou numa norma, reside na decisão política do titular do poder constituinte (isto é, do povo em democracia e do monarca em monarquia)”. (grifamos)⁴

Em razão das concepções acima expostas, mesmo que de forma sintética, assumimos nossa preferência pela concepção normativa de constituição, desde já reconhecendo seu caráter supremo – da constituição – em comparação às demais leis, Constituição essa que figura no ápice da pirâmide, por conseguinte, servindo de legitimação para todo o Ordenamento Jurídico.⁵

A par disso, não podemos deixar de conhecer a crítica levada a efeito por JOSÉ AFONSO DA SILVA quando afirma que essas concepções pecam pela unilateralidade, afirmando que se busca formular uma concepção estrutural de constituição que a considere *“não no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos membros e membros que se enlaçam num todo unitário”*

⁶

Não obstante à crítica acima apontada, acreditamos que a concepção preconizada por HANS KELSEN não implica o não reconhecimento dos diversos fatores que levaram a criação de determinado dispositivo legal, sendo que o que KELSEN procurou assegurar foi objetividade quando do exame e da aplicação da lei.

Ao iniciar o prefácio à primeira edição da Teoria Pura do Direito, KELSEN foi claro ao afirmar que ao desenvolver uma teoria jurídica pura, visou a

⁴ Ibidem, p. 47-49.

⁵ Além das concepções acima expostas, convém trazer a luz a concepção laborada por Smend, o que fazemos com suporte no escólio de PAULO BONAVIDES quando este autor assim dispõe: *“Por essa via, chega-se, afinal, à Constituição portadora de uma concepção de vida ou de um determinado sistema de valores, exprimindo componentes espirituais de uma realidade cultural: é o conceito de Constituição formulado por Smend. Independentemente de toda a valoração positiva, não vê ele outro sentido senão aquele nas proposições constitucionais.”* **Curso de Direito Constitucional**, p. 234.

⁶ Ibidem, p. 41.

desenvolver uma teoria “*purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto*”.⁷

Nesse passo, mister destacar o que ocorria no contexto existente naquela época, pois como o próprio KELSEN afirmou no seu prefácio à primeira edição, a jurisprudência esgotava-se quase que por completo em raciocínios de política jurídica. Além disso, oportuno ressaltar que no final do século XIX se verificava uma presença expressiva, no positivismo jurídico de uma multiplicidade de fatores (estranhos ao universo jurídico) que vinham a *contaminar* a atividade jurídica *strictu sensu*, colocando em discussão a própria autonomia da ciência jurídica.

Alguns entendiam que na Sociologia se encontrariam as soluções para os problemas existentes na esfera jurídica, outros já defendiam que a solução estava na Psicologia, havendo ainda quem entendesse que a melhor alternativa para a “*liberação da Ciência Jurídica deveria desembocar em critérios de livre valoração, não faltando os que recomendavam uma volta aos parâmetros do direito natural.*”⁸

Portanto, foi nesse contexto que se mostrava significativamente conturbado, que KELSEN buscou, segundo suas palavras, empreender uma ciência jurídica que estivesse à altura de uma “ciência do espírito” visando a explicar não as tendências ‘...*, endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto o possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.*’⁹

A Teoria Pura do Direito, como teoria, procurava exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Queria saber o que é e como é o Direito. Todavia não lhe interessava a questão de como o Direito era elaborado, ou de como ele deveria ser elaborado, eis que sua preocupação e objetivo maior repousavam na pureza metodológica do seu objeto. **Era uma ciência jurídica e não política.**

Consoante, aduz FÁBIO ULHOA COELHO:

⁷ **Teoria Pura...**, –Prefácio à primeira edição, p. XI.

⁸ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, **Por que ler Kelsen, Hoje?** – Fabio Ulhoa Canto, **Para Entender Kelsen**, p. 15.

⁹ **Teoria Pura...**, Prefácio, *op. cit.*, p. XI.

“A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do Direito. É desse modo, um trabalho de epistemologia jurídica, a parte da filosofia do direito voltada exatamente para o estudo do conhecimento das normas jurídicas.

A epistemologia não cuida diretamente do direito, nem da interpretação de ordens jurídicas determinadas, mas do meio pelo qual se conhecem estas realidades ().

Kelsen estava preocupado basicamente com o conhecimento do direito e dos seus meios, cautelas e métodos a serem utilizados para assegurar-lhe o estatuto científico.”¹⁰

Posto isso, ao perseguir a pureza metodológica da Ciência do Direito, KELSEN busca um conhecimento do Direito através do estudo (conhecimento) da norma jurídica em si, procurando afastar da análise empreendida todos os outros elementos que não pertençam ao seu objeto, tudo quanto não possa determinar como Direito. Segundo as palavras de MARIO LOSANO “*quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.*”¹¹

Logo, entendemos que, quando da elaboração da Teoria Pura do Direito, HANS KELSEN, em momento algum, negou a relação que existe entre o Direito e as outras ciências como a Sociologia, a Psicologia. Ele apenas procurou delimitar como objeto de estudo da Ciência do Direito a esfera normativa, afastando os juízos axiológicos acerca da norma jurídica depois de elaborado e já integrando o ordenamento jurídico.

Quando a Teoria Pura do Direito procura afastar as outras disciplinas do conhecimento do Direito, não faz por negar a conexão deste com essas outras ciências, e segundo MARIO LOSANO, “*mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.*”(grifamos)¹²

Sem querer afastar-se do assunto que é nosso principal foco, pensamos que a contribuição de KELSEN foi de extrema importância para o mundo do Direito, pois se trata, antes de tudo, quando falamos em sua Teoria Pura, de um

¹⁰ Para Entender..., *op. cit.*, p. 21.

¹¹ HANS KELSEN, **Problema da Justiça**, Prefácio, p. XIV.

¹² *Ibidem*, p. XIV.

trabalho de epistemologia jurídica, trabalho esse que visava a essencialmente assegurar a autonomia científica da Ciência do Direito. Isso - e muito mais que poderia ser trazido sobre o assunto - é o que justifica a assertiva de que KELSEN foi um dos juristas mais incompreendidos de nossa história do Direito Ocidental.

Ultrapassado esse aspecto, vejamos alguns conceitos de constituição, começando por JOSÉ AFONSO DA SILVA, segundo o qual:

“a constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”.¹³

ALEXANDRE DE MORAES aduz que no sentido jurídico o vocábulo Constituição deve ser entendido “..., *como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes políticos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.*”¹⁴

Com efeito, a **Constituição é documento que reflete a identidade de um Estado, evidenciando o perfil da sociedade que ela rege.**

CELSO RIBEIRO BASTOS, de modo singular - eis que na síntese consegue demonstrar a essência do conteúdo -. aduz que a “*Constituição é a especial maneira de ser do Estado*”¹⁵. Em razão dessas palavras, podemos deduzir que a Constituição é, em linguagem simbólica, a certidão de nascimento de um Estado, e um nascimento que se mostra, já de início, qualificado, pois ela, ao atestar o surgimento de uma ordem constitucional que vai reger, e ao mesmo tempo legitimar determinado ente político, fá-lo de forma suprema/incondicionada; eis que, em termos

¹³ *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁴ **Direito Constitucional**, p. 34.

¹⁵ *Apud* MICHEL TEMER, **Elementos de Direito Constitucional**, p. 15.

normativos, a Constituição figura no topo da hierarquia das leis, sendo que todos os demais estatutos legais a ela estão condicionados.

IÑIGO CAVERO LATAILLADE e TOMAS ZAMORA RODRIGUES, acerca do conceito de constituição, assim dispõem:

“En una primera aproximación, podemos decir que una Constitución es una *lex fundamentalis* que organiza una sociedad políticamente constituida.. Tal vez, este enfoque de común darividencia es el que inspiró a Bolingbroke hace tres siglos a definir la Constitución como “el conjunto de leyes, instituciones y usos derivados de ciertos principios inmutables da la razón, que componen el sistema general com arreglo al cual se organiza la comunidad”.¹⁶

Ainda sobre o conceito de constituição, LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR a definem como “*a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.*”¹⁷.

Numa concepção jurídica da constituição, podemos dizer que através dela, de seu exame e compreensão, conheceremos o perfil do Estado que ela regula; se é um estado democrático de direito ou um estado totalitário; o modo pelo qual o poder é concebido e exercido, e também - e não menos importante - quais os direitos assegurados como fundamentais ao homem e suas necessárias implicações.¹⁸

J. J. GOMES CANOTILHO ao discorrer sobre o conceito ideal de constituição, acentua que ele se identifica com os postulados de direito liberal, sendo que nessa noção a Constituição deve: “*(i) consagrar um sistema de garantia da*

¹⁶ **Introducion al Derecho Constitucional**, p. 157.

¹⁷ **Curso de Direito Constitucional**, p. 3.

¹⁸ Essa afirmação parte do princípio de que a letra constitucional efetivamente corresponde ao que se passa na realidade do Estado que ela fundamenta, ou ainda, quando mostra uma realidade que ainda aquém dos dispositivos normativos previstos na Lei Maior, assinala, de modo cristalina, para a busca de alternativas que possam, no futuro, efetivar os comandos constitucionais. Não olvidamos o fato de que determinadas constituições, mesmo lançadas (teoricamente) sob o manto da democracia, não espelham a realidade do Estado que fundamentam.

*liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento dos direitos individuais e da participação do cidadão nos actos do poder legislativo através dos Parlamentos); (ii) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (iii) a constituição deve ser escrita.*¹⁹

Ainda no que se refere a esse conceito, merece destaque a noção da constituição nos sentidos formal e material. Nesse aspecto, OTTO BACHOF oferece o escólio: “*Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais – particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração (.....), corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da constituição.*”²⁰

Também acerca da constituição no sentido formal, LEDA PEREIRA MOTA e CELSO SPITZCOVSKY aduzem que: “*Segundo a concepção formal, considera-se Constituição o conjunto de normas escritas, produzidas por um processo diferenciado daquele seguido para a elaboração das demais regras jurídicas, fruto do exercício de um poder soberano e que serve de fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico.*”²¹.

Com relação à Constituição no sentido material, BACHOF afirma:

“*Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado. Se se quiser delimitar o conceito não objectiva mas funcionalmente, então a Constituição em sentido material será o sistema daquelas normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado de edificar o seu ordenamento integrador*”.²²

¹⁹ **Direito Constitucional**, p. 62-63.

²⁰ **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** p. 39.

²¹ **Curso de Direito Constitucional**, p. 17.

²² **Normas...**, p. 39.

No tocante a esse aspecto PAULO BONAVIDES elucida: *“Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais, como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição”*²³.

Por fim, acerca da dualidade acima tratada, vejamos o aduzido por HANS KELSEN, em sua “Teoria Pura do Direito”:

“Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como ‘Constituição’ que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por forças dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos.”²⁴.

Não obstante as noções gerais acima declinadas, mesmo assumindo nossa preferência pela concepção normativa da Constituição, mister destacar que o conhecimento da constituição é imprescindível quando se objetiva a concretização de um estado democrático de direito. Somente através da efetividade das normas constitucionais é que será possível romper as amarras da tinta e do papel, possibilitando a concretização das normas constitucionais, concretização essa que ocorre através da efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais aos acontecimentos que ocorrem no mundo da vida.

GERALDO ATALIBA ao discorrer acerca da cultura jurídica e da eficácia constitucional, expressamente cita TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR,

²³ **Curso de Direito Constitucional**, p. 80.

²⁴ **Teoria Pura do Direito**, p. 247-248.

quando este afirma que *“uma Constituição não é apenas seu texto, mas é principalmente, uma prática.”* (grifamos)²⁵

Prossegue ATALIBA, agora trazendo à lume o ensinamento do eterno RUY BARBOSA, no sentido de que: *“ainda que uma Constituição fosse tão perfeita, como se tivesse sido baixada dos Céus, o país haveria de ser julgado não pelo seu texto, mas sim segundo o modo pelo qual o pusesse em prática.”* (grifamos)²⁶

Portanto, é muito importante que a sociedade, na medida do possível, tenha o conhecimento do que é a Constituição e do que ela significa, bem como, dos direitos e deveres nela catalogados. Somente através do conhecimento da Lei Mãe pelos cidadãos, em face do efetivo exercício dos direitos inerentes à cidadania, tornar-se-á possível a aplicação concreta das normas constitucionais. De outra forma, parece-nos que grande parte dos ditames constitucionais permanecerá no âmbito do previsto e não na esfera do efetivo, do real, permanecendo no espaço dos direitos reconhecidos e ainda não concretizados.

1.2 A Constituição como um Sistema.

1.2.1 – Introdução

Com efeito, a menos que encaremos o Direito como mera aglutinação de normas, um conjunto caótico e desordenado de mandamentos, impõe-se a visão sistêmica do Direito.

CLÉLIO CHIESA alerta que *“Olvidar o cunho sistemático do Direito é admitir que suas normas formam um amontoado caótico, sem nexos, nem*

²⁵ República e Constituição, p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 16.

harmonia, em que cada preceito ou instituto pode ser arbitrário e aleatoriamente entendido e aplicado".²⁷

Nesse mesmo sentido, é a lição do sempre saudoso GERALDO ATALIBA, quando aduz que *"O Sistema Jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes."*²⁸

Conclui o mestre afirmando que *"Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores."*

É bem verdade que sistema é palavra plurissignificativa, o que muitas vezes gera ambigüidade nas interpretações. Nesse sentido, PAULO DE BARROS CARVALHO assinala que *"Sistema Jurídico é uma expressão ambígua, expressão esta que dependendo do contexto em que se encontre, pode vir a ensejar a falácia do equívoco"*²⁹.

Acerca da pluralidade de significados que se pode atribuir ao termo sistema, NORBERTO BOBBIO acentua que ele é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências.³⁰

Não olvidando as dúvidas ensejadas em razão da amplitude de significados que se pode atribuir ao vocábulo sistema, *ab initio*, esclarecemos que, no presente estudo, quando utilizarmos o termo sistema ou a expressão sistema jurídico, estamos referindo-nos, quase na totalidade das vezes, ao sistema tocante à **Ciência do Direito Positivo**.

Conforme alerta PAULO BONAVIDES *"A noção de sistema – convém sempre frisar – não representa nenhuma novidade. Desde os períodos clássicos da Antigüidade foi familiar ao pensamento científico e filosófico"*.³¹

²⁷ **Medidas Provisórias – o Regime Jurídico Constitucional**, p. 14.

²⁸ **República e Constituição**, p. 33.

²⁹ **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**, p. 39.

³⁰ **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 76.

³¹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 108.

Prossegue BONAVIDES aduzindo que “*Sistema é palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência.*” (grifamos)³²

Sobre a noção de sistema, vejamos a lúcida e sempre pertinente lição do mestre LOURIVAL VILANOVA:

“...falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. **Sistema implica ordem, isto é, ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos.**”³³

JOSÉ ROBERTO VIEIRA, sobre a noção de sistema no tocante a Ciência do Direito, pronuncia-se nos seguintes termos: “*Eis que poderíamos, então, encarar o sistema como um conjunto de elementos (repertório) que se relacionam (estrutura), compondo um todo coerente e unitário (ordenação e unidade).*”³⁴. A par disso, o Autor ao se referir a noção de sistema para a Ciência do Direito Positivo, exclui a característica da ordenação ou coerência.³⁵

NORBERTO BOBBIO acerca da mesma noção, assim dispõe:

“Entendemos por ‘sistema` uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.”³⁶

Ainda sobre o conceito de sistema, ROQUE ANTONIO CARRAZA leciona que “*Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que*

³² *Ibidem*, loc. cit.

³³ *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, p. 116.

³⁴ A Noção de Sistema no Direito, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 33, p. 55.

³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁶ *Teoria do Ordenamento...*, *op. cit.*, p. 71.

formam um todo, de tal forma que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam".³⁷

GERALDO ATALIBA em sua obra "Sistema Constitucional Tributário Brasileiro", acerca dessa, elucida:

"O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e pedagógica, em tentativa do reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. **A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.** Os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros" (*sic*) (grifamos)³⁸

JUAREZ FREITAS, por seu turno, conceitua sistema jurídico "*...como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.*"³⁹

Desse modo, parece-nos que a efetividade/concretude do direito positivo, está condicionada à sua noção de sistema. A unidade, a ordem, que são características que norteiam a noção de sistema, mostram-se como atributos necessários para que o Direito forme um todo lógico e coerente, possibilitando, assim, que ele alcance a sua finalidade, que é, em apertada síntese: possibilitar a vida em sociedade, regulando as relações nela existentes, e principalmente solucionando os litígios, as situações de crise, propiciando, por conseguinte, segurança e estabilidade no meio social.

JOSÉ ROBERTO VIEIRA arremata a questão, quando afirma:

³⁷ Curso de Direito Constitucional Tributário, p. 30.

³⁸ Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, p. 4.

³⁹ A Interpretação Sistemática do Direito, p. 54.

“Tão essencial é o conceito de sistema para a ciência em geral, e para a Ciência do Direito em particular, que KARL LARENZ assevera: O sistema significa (...) a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue ficar seguro da verdade: o critério da *racionalidade intrínseca*, preocupação imprescindível de verdadeira cientificidade`. Motivo também para a asserção de WILHELM SAUER: ‘Apenas o sistema garante conhecimento, garante cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber.’ **Razão ainda para a sentença incisiva de H. J. WOOLFF: ‘A Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe’.**” (grifamos)⁴⁰

Diante do acima explanado, podemos concluir que a Constituição, entendida como um sistema, figura no ápice da pirâmide jurídica, no que se refere à hierarquia das leis. Em sendo assim, compete à Constituição determinar quando uma situação é constitucional ou não. Logo, em nível normativo, podemos dizer que é a Constituição (entendida como um sistema) que possibilita a coerência e unidade ao Direito Positivo (no momento dinâmico).⁴¹

Nesse sentido, aduz PAULO DE BARROS CARVALHO:

“Todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma fundamental - , que dá fundamento de validade à Constituição positiva. Seu reconhecimento imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e à multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade. Isso autoriza dizermos que o sistema nomoempírico é unitário e homogêneo,(...)” .⁴²

Porém, ao falarmos de sistema, podemos (ou melhor: devemos) ver a própria Constituição como um sistema - o mais importante, do ponto de vista da Ciência do Direito - possibilitando sua visão global, concedendo-lhe, desse modo, unidade e homogeneidade.

Relativamente a esse aspecto, acentua PAULO BONAVIDES:

⁴⁰, A Noção de Sistema no Direito, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, n. 33, p. 64.

⁴¹ Esclarecemos que ao falar em momento dinâmico estamos nos referindo à Ciência do Direito, mais precisamente, ao momento no qual o operador jurídico debruça-se sobre o dispositivo legal, para fins da construção da proposição normativa decorrente da atividade intelectual.

⁴² **Fundamentos Jurídicos...**, *op. cit.*, p.45.

“A idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como a de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo, assim ao sistema uma feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível.

Vinculada ao conceito de sistema, cada Constituição adquire, por conseguinte, um certo perfil ou caráter individual, traço peculiar que o intérprete não deve menosprezar, do contrário jamais logrará penetrar o verdadeiro ‘espírito da Constituição’, cujo reconhecimento é indispensável para que ele possa inferir o sentido essencial das normas fundamentais.” (grifamos)⁴³

Conclui, o acima citado mestre, afirmando: *“Essa feição particular, formadora do espírito da Constituição, deriva dos valores que entram no sistema, nele vivem e atuam, e sobre ele se projetam com uma abrangência irresistível, conferindo supremacia à realidade respectiva”*.⁴⁴

Logo, quando do exame de uma regra constitucional, não basta a análise deste dispositivo de forma isolada, sob pena de romper com a própria teleologia constitucional. Nesse sentido, leciona EZIO VANONI:

“A norma legal não pode ser considerada isoladamente em si, separada dos demais preceitos jurídicos, mas deve ser situada ao ápice de todas as normas que constituem a lei de que faz parte.

Toda a norma é, com efeito, parte integrante do sistema jurídico a que pertence. Desde o momento da sua criação, entre todas as normas de um mesmo sistema se exerce um complexo de ações e reações, que decorrem da necessária amalgamação das normas no ordenamento vigente. Já foi exatamente observado que a norma jurídica isolada não existe como tal na realidade da vida jurídica.” (sic)⁴⁵

Não é outro o entendimento de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA: *“As normas não são descritas isoladamente, mas como integrantes de um sistema de normas, de modo que a pertinência a esse ordenamento é que qualifica a*

⁴³ Curso..., *op. cit.*, p. 130.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁵ *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*, p. 257.

norma como tal. O sentido de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado.”⁴⁶

E ainda, o conceito de sistema para a Ciência do Direito fundamenta-se na idéia de ordem; logo, cada parcela do sistema deve ser adequada axiologicamente aos princípios constitucionais. Inclusive, essa noção de ordem baseia-se no princípio da unidade que “*constitui a primeira indicação decisiva para aplicação do pensamento sistemático, na Ciência do Direito.*”⁴⁷

Portanto, para fins de possibilitar uma interpretação da constituição que se mostre apta a zelar pelo texto constitucional como um todo, uma unidade normativa e não intraconflitante, é necessário que se pense na Constituição como um sistema, para que, então, através dos princípios constitucionais, seja possível superar aparentes contradições e alcançar a compreensão da norma.

1.2.2 – Constituição como um Sistema de Regras e Princípios

No tópico anterior, já tratamos da nossa ordem constitucional como um sistema, agora façamos uma breve consideração acerca do ordenamento constitucional como um sistema de regras e princípios, sendo que, para tanto, laboraremos com a construção teórica construída por ROBERT ALEXY acerca do assunto ora em questão.

Ao esquadrihar o conceito da norma de direito fundamental ROBERT ALEXY, mais propriamente quando ingressa nas questões ligadas à estrutura normativa dos direitos fundamentais, é taxativo quando afirma que um ponto que merece especial realce é aquele que trata da distinção entre as regras e os princípios⁴⁸. A relevância do tema é tanta que ALEXY afirma: “*Para a teoria dos*

⁴⁶ **Medida Provisória na Constituição de 1988**, p. 44.

⁴⁷ HUMBERTO ÁVILA, **Medida Provisória....**, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁸ HUMBERTO ÁVILA, na obra **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, apresenta uma panorama acerca do progresso paulatino da distinção entre os princípios e as regras. Nesse sentido expõe o autor: “(... *Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos*

*direitos fundamentais, o mais importante é a distinção entre as regras e os princípios. Ela constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.*⁴⁹

Afirma, ainda, que a distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais, caracterizando-se como um dos pilares “...fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.⁵⁰

Segundo essa concepção, tanto as regras como os princípios são normas, eis que ambos dizem/determinam o que deve ser. Sendo que os dois podem ser formulados com o auxílio das expressões deônticas básicas, o “mandado”, a

para que um determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada da decisão. Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor, os princípios seriam pensamentos diráivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí porque os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da descrição normativa. Para Canaris, duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação. Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada” (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre eles, caso em que o princípio com o peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy. A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas. Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos os deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.”. p. 27-28 – grifamos.

⁴⁹ *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 81.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 81-82.

“permissão” e a “proibição”. Em sendo assim, **a distinção entre regras e princípios é antes de mais nada uma distinção entre normas.**⁵¹

Consoante aponta ALEXY, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, os princípios constituem mandados de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a graduação, no que tange ao seu cumprimento, está atrelada/condicionada às possibilidades reais e jurídicas existentes em determinada situação. E ainda, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado através da contraposição dos princípios e das regras.⁵²

As regras, diversamente, são normas que podem ser cumpridas ou não, e contêm “determinações”, sendo imperativo que se faça exatamente o que elas exigem/determinam. Em se tratando de uma regra válida, então, é necessário que se faça exatamente o que ela determina, **nem mais, nem menos. Aqui não há espaço para ponderação ou graduação.** São determinações que podem ser cumpridas ou não, o que depende da validade da norma.⁵³

Com efeito, nos moldes da construção alexyana o princípio é uma norma que determina, ordena que algo seja realizado da maneira mais ampla possível, na maior dimensão que seja possível, o que deve ser feito levando-se em consideração as possibilidades factuais e jurídicas existentes. São os princípios “mandados de otimização”, ou seja, podem ser efetivados em diferentes graus, e o grau de efetivação vai depender das condições do mundo real das possibilidades jurídicas existentes na questão.

Com as regras jurídicas, o mesmo não ocorre; elas são cumpridas ou não são cumpridas, trata-se do binômio dworkiano do “tudo ou nada”: ou uma regra é válida e ela é cumprida de acordo com o seu comando, ou ela não é cumprida e deixar de ser válida. Com efeito, em sendo válida uma norma-regra, é necessário que se faça exatamente o que ela prescreve/determina, nem mais nem menos.

⁵¹ *Ibidem*, p. 83.

⁵² *Ibidem*, p. 86.

⁵³ *Ibidem*, *loc. cit.*

Discorrendo acerca da concepção Alexyana PAULO GILBERTO COGO LEIVAS esclarece:

“Segundo ALEXY, os princípios são mandados de otimização. Isso significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Estão ainda caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus.

Para o mesmo autor, as regras, por outro lado – seguindo a linha de DWORKIN – são normas que podem ser cumpridas ou não, à maneira de disjuntivas. Elas contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possíveis. A impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz à sua invalidez e, com isso, à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção por uma outra regra ou com base em princípio.”⁵⁴

A título de argumentação, cremos não ser por outro motivo, que uma das questões mais relevantes para o constitucionalismo atual é a de apontar a existência de um direito definitivo (característica das regras) em relação aos direitos fundamentais sociais (prestacionais), defendendo a diretriz normativa do mínimo existencial não apenas como um direito *prima facie* que se afigura nas normas-princípio, mas como um direito definitivo; que tem, como consequência, o *status* de direito subjetivo, direito esse, cujo cumprimento pode ser reclamado na esfera judicial. Esse é, talvez, o maior desafio para a dogmática constitucional pátria, eis que se trata de questão essencial para um modelo de estado que pretenda ser de bem-estar social, consoante seu perfil delineado em nossa Constituição Federal.

1.2.3 – Colisão de Normas- princípios e Normas-regras

Com efeito, uma eventual colisão de princípios é solucionada de um modo próprio e diverso da solução de um conflito entre regras. Um conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, ou ainda, através da introdução de uma

⁵⁴ A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais, p. 22.

regra de exceção que elimine o conflito. Não existindo essa regra de exceção, o conflito só pode ser solucionado apontando-se a validade de uma regra e a invalidade da outra, e excluindo-se esta última do ordenamento jurídico.

Em se tratando da validade, os conflitos podem ser solucionados por meios de regras, entre as quais, por exemplo, a lei posterior revoga a anterior, ou ainda, a lei especial derroga a lei geral. E ainda, o conflito pode ser solucionado em face da hierarquia que as regras possuem no ordenamento jurídico.⁵⁵

Já a colisão entre princípios é solucionada de forma diversa, através de um juízo de ponderação ou ainda, um exercício de otimização, o que deve ser feito tendo-se em mente as situações em concreto. Quando um princípio entra em conflito, colide com outro princípio, um deve prevalecer, ao passo que o outro deve ceder. **Aqui não se labora dentro do âmbito da validade ou não, mas da aplicação de um e não de outro, o que se faz através de um juízo de precedência condicionada.**

Conforme elucida PAULO GILBERTO COGO LEIVAS: “... quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ao outro, levando a cabo a dimensão do peso, não mais a dimensão da validez. Procedese à ponderação para a definição de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.”⁵⁶

Desse modo, em se tratando de colisão entre princípios, a solução é alcançada buscando-se entre os princípios envolvidos uma “*relação de precedência condicionada*”, através da qual um princípio deve ceder ao outro. A decisão acerca de qual deve ceder é tomada em face das situações que gravitam em torno do caso em concreto, bem como é através do exame das situações concretas que se aponta que naquela hipótese um princípio deve prevalecer sobre o outro.⁵⁷

Sobre a colisão entre princípios, afirma HUMBERTO ÁVILA:

⁵⁵ PAULO LEIVAS. *A Estrutura Normativa...*, op. cit., p. 24.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 24-25.

“Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as conseqüências normativas de forma direta, ao contrário das regras. **É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão.**” (grifamos)⁵⁸

Portanto, a colisão entre os princípios deve ser solucionada através de um juízo, de exercício de ponderação, no qual se leva em consideração as questões fáticas e jurídicas que gravitam em torno do fato em concreto, para, então, afirmar que, naquela situação, tendo em vista as condições verificadas, o princípio A deve prevalecer sobre o princípio B. Alterando-se as condições, pode ocorrer exatamente o inverso.

Discorrendo acerca da colisão entre princípios e entre as regras, PAULO BONAVIDES explica:

“Afirma Alexy: ‘Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungültig*)’. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão da prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.”⁵⁹

⁵⁸ Teoria dos Princípios – da definição à aplicação, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁹ Curso de Direito Constitucional, p. 279-280.

Posto isto, a colisão entre princípios e resolvida através de um juízo de ponderação, estabelecendo-se entre eles uma relação de “*precedência condicionada*” através da qual um princípio deve prevalecer sobre o outro, o que deve ser feito através do exame das situações concretas existentes na hipótese. No tocante as regras, um eventual conflito soluciona-se no plano da validade.⁶⁰

1.3 – O Estado Democrático de Direito

1.3.1 – Introdução

“Não durmas sobre os teus direitos, cidadão, que a vida não cabe no fechar de olhos à passagem do tempo e dos fatos, Não te acomodes no não-sentir o teu redor: tua alma é maior que o espaço do teu corpo e se expande no enlace político que a cidade te oferece”

(CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA – Carta ao Cidadão)

Nossa Lei das Leis, promulgada em 05 de outubro de 1988, é taxativa ao instituir a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, é cristalina a norma inserida no *caput*, do artigo 1º de nossa Carta Política.

Com efeito, a noção de Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada com o fim do subjetivismo e da personalização no exercício do “poder”, sendo que este emana do povo e em seu nome deve ser exercido, para fins de atender aos anseios e expectativas da sociedade, ou pelo menos aos da sua maioria.

No denominado Estado Democrático de Direito, deve prevalecer a atenção aos princípios da legalidade e da igualdade, sendo vedadas as usurpações no

⁶⁰ PAULO LEIVAS, *A Estrutura Normativa...*, p. 24-25.

exercício do poder, bem como o culto a privilégios pessoais e às arbitrariedades em geral.

JOSÉ AFONSO DA SILVA alerta para o fato de que não se deve confundir a noção de Estado de Direito, entendendo-a como um sinônimo do compreendido a título de Estado Democrático de Direito, uma vez que “*A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.*”⁶¹

IÑIGO LATAILLADE e TOMÁS ZAMORA RODRÍGUEZ, com abrigo na lição do Professor LUCAS VERDU, admitem como conceito de um Estado de Direito:

“Cuando um Estado configura jurídicamente la organización y el ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el bien común, entonces nos encontramos ante um estado de derecho.”⁶²

Como cediço, a noção de Estado de Direito é de fundo tipicamente liberal, tanto que se chega a falar em Estado Liberal de Direito, sendo que este apresenta como características básicas, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, as seguintes: (i) a submissão ao império da lei, nota primária de seu conceito, destacando-se que se trata aqui de lei compreendida como ato normativo emanado do Legislativo, ou seja, a lei no sentido genuíno, no seu aspecto formal; (ii) a divisão de poderes, para fins de que se assegure a competência do Legislativo para efetivamente “legislar”, bem como, garanta a imparcialidade do Poder Judiciário no exercício de sua função; (iii) a previsão e garantia dos direitos individuais.⁶³

⁶¹ Curso..., *op. cit.*, p. 116.

⁶² *Introducción al Derecho Constitucional*, p 142.

⁶³ Curso..., *op. cit.*, p. 116-117. Nessa linha prossegue AFONSO DA SILVA asseverando que: “*Essas exigências continuam sendo postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.(...) A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota VERDÚ, a qual contudo, se tornara insuficiente,*

Já, o Estado Democrático de Direito operacionaliza a reunião/fusão dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito. Todavia, não se trata aqui de mera reunião formal de elementos, eis que essa junção revela um conceito novo, superando o conceito de Estado de Direito, pois ocorre uma transformação do *status quo*.⁶⁴

Sobre a questão, J.J. GOMES CANOTILHO assevera:

“O que significam, no fundo, estas persistentes angústias perante a simbiose de Estado de direito e do Estado democrático no Estado Constitucional?

Respondem alguns que o Estado de Direito e a democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que ‘curva’ o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder.

pelo que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo. Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem de Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra Estado. Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito Feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conforme com o Direito Natural, com o Direito racional e com o Direito Histórico. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material. Em tal caso, a tendência é adotar-se a concepção formal do Estado de Direito à maneira de Forsthoff, ou de um Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista e espiritualista, que, no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado Ético, que fundamentou a concepção do Estado fascista: “totalitário e ditatorial em que os direitos e liberdades humanas ficam praticamente anulados e totalmente submetidos ao arbútrio de um poder político onipotente e incontrolado, no qual toda a participação popular é sistematicamente negada em benefício da minoria [na verdade, da elite] que controla o poder político e econômico. (...) A concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Por isso, vota significativo desprezo a esse conceito. Como, na sua concepção só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma idéia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos.”- Curso..., op. cit., p.117-118, grifamos.

⁶⁴ *Idem, Ibidem*, p. 116. Cumpre destacar, ainda, que na seqüência de sua obra, AFONSO DA SILVA repisa a idéia de que o Estado Democrático de Direito não pode ser compreendido como a mera reunião formal dos conceitos de Estado de Direito e de Estado Democrático, nesse sentido: “A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.”. *Curso..., op. cit.*, p. 123.

(...). O coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*. Tentemos racionalizar este balanceamento do coração.”⁶⁵

Não é por outro motivo que ao tratar do Estado Democrático, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que este “...*se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.*”⁶⁶

Nesse contexto, mister destacar que para a consagração de um Estado de Direito na sua vertente **democrática**, imprescindível a observância e realização do princípio democrático, sendo ele elevado à categoria de “*garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.*”⁶⁷

No mesmo diapasão, argumenta GOMES CANOTILHO, ao acentuar que:

“Só o princípio da *soberania popular*; segundo o qual todo o poder vem do povo, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, **o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*’** (grifamos)⁶⁸

A Lei Maior em vigor em seu artigo 1º, parágrafo único, consagra o princípio democrático ao fixar que “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Posto isso, evidente está a opção feita por nossa Magna Carta para fins de adotar como perfil da República Federativa do Brasil o de um Estado Democrático de Direito.

Não obstante, necessário ressaltar que a democracia reclamada pela vertente democrática de Estado do Direito precisa ser realizada da forma mais

⁶⁵ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 99.

⁶⁶ **Curso...**, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁷ *Ibidem, loc.cit.*

⁶⁸ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 100.

ampla possível, devendo ser participativa, pluralista – eis que na sociedade contemporânea o reconhecimento e “tratamento” das diferenças se faz indispensável, não se admitindo discriminações em razão das raças, cultos, idéias, etc... – portanto, nesse tipo de estado existe, uma mecânica dialética constante, assegurando a todos o direito de expressão.

A pluralidade em nossa sociedade contemporânea, é tão intensa que NORBERTO BOBBIO chega a questionar a noção tradicional de “povo” alegando o seguinte: *“Na democracia moderna o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também como já dissemos, falaciosa; os indivíduos, com seus defeitos e seus interesses, são uma realidade”*.⁶⁹

Ainda sobre a questão, argumenta BOBBIO:

“Se ainda desejarmos falar, em relação à democracia moderna, fundada no princípio do poder ascendente, de soberania, entendida como poder originário, princípio, fonte, medida de toda forma de poder, a soberania não é do povo, mas de cada um dos indivíduos, enquanto cidadãos. ‘Povo’ não é apenas um conceito ambíguo, precisamente porque não existe senão como metáfora um todo chamado ‘povo’, distinto dos indivíduos que o compõem, mas é também um conceito enganoso: sempre se falou de ‘povo’, a começar do *populos* romano, passando pelo poder das sociedades medievais, até chegar aos governos populares da idade moderna, mesmo quando os direitos políticos pertenciam a uma minoria da população”⁷⁰)

Não obstante essa discussão, mister destacar que nossa Lei Mãe estabeleceu que se trata o Brasil de uma República Federativa constituída como um Estado Democrático de Direito, e nossa Lei Maior tomou cuidado para que essa escolha fosse devidamente observada e concretizada, a ponto de erigir à condição de

⁶⁹ Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos, p. 380.

⁷⁰ Teoria Geral da Política..., *op. cit.* p. 379. Prossegue BOBBIO em suas razões aduzindo: *“Na doutrina do direito público moderno denomina-se ‘povo’ um dos elementos constitutivos do Estado, tenham ou não os indivíduos que o compõem o direito activae civitatis. O povo foi considerado soberano mesmo quando aqueles que participavam do poder político em primeira pessoa ou por interposta pessoa do representante eram uma minoria da população.. Só se poder falar apropriadamente de soberania do povo a partir do momento em que foi constituído o sufrágio universal, mas dele se falou também nos séculos precedentes, a propósito do demos grego e do populus romano, a propósito de comunidades que existiam até mesmo escravos, que não tinham direitos políticos e tampouco direitos civis, de governos populares das cidades italianas onde povo era apenas a fidalguia, distinta da arraia-miúda, do povo dos Estados representativos bem antes que os direitos políticos fossem atribuídos a todos os cidadãos maiores de idade de ambos os sexos”*, p. 379.

cláusula intangível o **voto direto, secreto, universal e periódico**, o mesmo ocorrendo no tocante **aos direitos e garantias individuais** (ex vi do artigo 60, § 4º, II e IV).

A par disso, acompanhando o processo de redemocratização que ainda é recente na história brasileira, a Constituição Federal ora em vigor abraçou as não tão novas tendências do estado contemporâneo, fazendo com que a teoria constitucional se volte para a concepção do Estado Social, rompendo parcialmente com as diretrizes que informam o modelo do Estado Liberal.

Nesse sentido, PAULO BONAVIDES acentua que “A Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes à relação de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento”⁷¹.

Nesse contexto, conclui o acima citado mestre que: “Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda, uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder.”⁷²

Em tal contexto, procura-se estabelecer uma disciplina das relações entre capital e trabalho, existindo uma “responsabilidade” para fins de que o estado atue como um instrumento para a garantia e o atendimento dos direitos (fundamentais) sociais. E ainda, tendo-se em mente o tema que norteia o presente estudo, a alegada transmutação do Estado Liberal num Estado Social, reveste-se como um dos mais fortes argumentos daqueles que militam em favor da ampliação da atividade normativa do Executivo, algumas vezes, inclusive, mesmo antes da EC n.

⁷¹ Curso..., op. cit., p. 371.

⁷² *Ibidem loc. cit.* Sobre o assunto em discussão, questionando a efetiva existência de um Estado Social no Brasil, evidenciam-se mais que preocupantes os argumentos apresentados por LÊNIO LUIZ STRECK quando assim dispõe: ‘Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou Welfare State têm conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países, como o Brasil **onde não houve o Estado Social** (...) No Brasil, a modernidade é tardia ou arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Robsbawn, o Brasil ‘é um monumento à negligência social’(.....). Ou seja, em nosso país as promessas de modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal.’. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, p. 24-25.- (grifamos)

32/2001, defendendo a utilização da medida provisória como veículo hábil para instituir ou majorar tributos.

Há muito já é sabido que a concretização da democracia não é algo fácil de obter, todavia, ela é possível - assim desejamos acreditar- desde que a sociedade se mostre ativa, combativa, crítica, uma verdadeira guardiã dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição como fundamentais para todo homem e cidadão.

Por outro lado, a inércia da sociedade - agregada à imaturidade do Poder Legislativo e à timidez do Poder Judiciário - também gera muitos efeitos evidente que menos felizes - **eis que, em face da omissão, a democracia sofre uma triste mutação, quedando-se a mera demagogia**, situação na qual impera o carnaval da retórica, a festa “mundana” da linguagem, linguagem essa desacompanhada de atos positivos e efetivos que a fundamentem.

Nesse sentido, oportunas as considerações tecidas por YOSHIKI ICHIHARA ao destacar que:

“partiu-se do falso pressuposto de que o problema brasileiro era apenas jurídico institucional, quando as causas eram outras. Os problemas brasileiros não decorrem apenas do jurídico, mas no fundo, do problema moral que resulta do desvirtuamento do texto, distante da realidade ontológica e dificultando a prática constitucional (...). O problema brasileiro não é decorrência de normas, mas moral, especialmente, decorrente de um descompasso, de um abismo entre o mundo das normas e o mundo dos fatos”.⁷³

Por fim, em razão de todo o acima explanado, concluímos que, em sede normativa, nossa Lei Maior é clara ao adotar o Estado Social Democrático de Direito; contudo, a efetivação dele no mundo da vida - que ainda não se verificou - é uma luta de cada brasileiro, notadamente dos detentores do poder e das organizações não governamentais que zelam pela concretização da democracia nos difíceis dias atuais, melhor ainda, dos cidadãos em geral, para que em **algum dia, a realidade da vida faça por merecer nossa realidade normativa**.

⁷³ O Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988, p. 21.

1.3.2 – República

A Carta Política em vigor desde outubro de 1988, assim como as que a antecederam, consagra o estado brasileiro como uma República Federativa. Todavia, conforme alerta CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, ela “...*inaugura , em parte, uma nova formulação do problema*”.⁷⁴

Isto porque, mesmo o artigo 60, § 4º e incisos, estabelecendo os limites materiais ao poder de reformar, e trazendo em seu contexto a essência do princípio republicano, a Lei Mãe no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescrevia:

“Art. 2º - No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) , que deve vigorar no País.

§ 1º - Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massas cessionários de serviço público.

§ 2º - O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo.

Art. 3º - A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”⁷⁵

Diante dessas razões, muito se questionou se a República era ou não cláusula imutável em nosso Ordenamento Constitucional, tendo em vista a

⁷⁴ República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira, p. 81.

⁷⁵ GERALDO ATALIBA em sua obra República e Constituição, com a autoridade que não lhe podemos deixar de reconhecer, acerca das proposições normativas extraídas das regras dispostas no artigo 60 e parágrafos da Lei Mãe e o princípio republicano, assinalou que: “Nos textos anteriores, preceito de igual conteúdo substancial limitava-se a impedir o processamento de proposta de emenda detrimetosa da república. A Constituição de 1988 foi mais explícita e arrolou as matérias substanciais que dão contexto ao princípio republicano (art. 40, par. 4º), de modo de não deixar ao intérprete, mesmo o mais resistente, dúvida sobre o alcance do princípio e, pois, do preceito que o protege”, p. 37.

condicionante da realização do plebiscito, em que a população se manifestaria, diretamente, acerca da forma e sistema de governo que seriam adotados no Brasil

Consoante esclarece CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *“Em 21 de abril se realizou o plebiscito previsto. Não se observou a Constituição quanto à sua determinação de que se divulgasse e informasse o eleitorado sobre a matéria que seria (e foi) objeto de sua definição”*⁷⁶

Além disso, o seu resultado demonstrou um alto índice de votos nulos e em brancos, que uma vez somados representavam mais do que o dobro dos votos dados em favor da Monarquia.

Como bem assevera ANTUNES ROCHA, em face do revelado após a abertura das urnas e apuração dos votos, ou seja, através da verdade das urnas, podemos concluir que: *“Na verdade, a Monarquia é a única certeza do povo quanto ao que ele não quer”*, o que não nos parece uma conclusão ruim, eis que, pelo menos, essa certeza temos, e por conseguinte, o nosso ideal da República permanece imaculado.

Em sendo assim, seguindo a lição de GERALDO ATALIBA e de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, podemos afirmar que há mais de dez anos o princípio republicano constitui cláusula pétrea em nosso Ordenamento Constitucional, uma vez ultrapassada a condicionante do plebiscito.

Desse modo, da promulgação até o resultado do plebiscito, a República ainda não consubstanciava uma limitação material ao poder de reforma, mesmo reconhecendo-se que sua essência já estava assinalada na norma extraída da interpretação do artigo 60, § 4º e incisos da Lei Magna, o que se modificou após a realização do plebiscito.

Portanto:

“A partir da definição direta e indisputável do povo brasileiro, retomou a República à sua prévia condição de limite material invulnerável à ação reformadora mediante emenda constitucional, de que gozara antes de 1988.

⁷⁶ República e Federação..., *op. cit.*, p. 84.

A República não foi, durante o período que mediou entre a promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) e a data da realização do plebiscito (21 de abril de 1995), matéria intocável, porque poderia vir a ser objeto de uma modificação mediante revisão prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁷⁷

Superada essa questão, e erigida a República em cláusula imutável de nossa Lei Maior, façamos algumas considerações acerca desse tipo de governo e seus aspectos essenciais, desde já lembrando que, segundo nossa compreensão, o ideal republicano significa, para os defensores da democracia, o mesmo que a musa para os poetas, ou seja, é sempre uma fonte de inspiração e inesgotável esperança.

ROQUE ANTONIO CARRAZA conceitua a República como “...o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.”⁷⁸

⁷⁷ CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, **República e Federação...**, *op. cit.*, p. 88. E acrescenta a autora: ‘República, hoje, imodificável, porque ela somente poderia ser abolida pela ação direta do eleitorado, em data e momento previamente marcados’, p. 89.

⁷⁸ **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 18 ed, p. 48 (Esclarecemos que, no tocante à obra em destaque, quando não citarmos a edição, estaremos nos referindo à décima terceira edição..E ainda, o mencionado Autor prossegue em suas razões, discorrendo acerca dos elementos que caracterizam a República, o que faz nos seguintes termos: ‘a) *É o tipo de governo: enquanto Federação é forma de Estado. Ao lado da Monarquia, da Ditadura, etc., a República é um dos meios que o Homem concebeu para governar os povos. Teoricamente, não é melhor nem pior que os demais regimes políticos, embora corresponda, ao que tudo indica, à vontade da maioria dos seres humanos, que almejam ser donos da coisa pública.* (...). b) *fundado na igualdade formal das pessoas: numa verdadeira República não pode haver distinções entre nobres e plebeus, entre grandes e pequenos, entre poderosos e humildes. É que, juridicamente, nela não existem classes dominantes, nem classes dominadas. Assim, os títulos nobiliárquicos desaparecem e, com eles, os Tribunais de exceção. Todos são cidadãos, não súditos. De fato, a noção de República não se coaduna com os privilégios de nascimento e os foros de nobreza, nem, muito menos, aceita a diversidade de leis aplicáveis a casos substancialmente iguais, as jurisdições especiais, as isenções de tributos comuns, que beneficiam grupos sociais ou indivíduos, sem aquela ‘correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida (...) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida’, de que nos fala Celso Antonio Bandeira de Mello. Aceitando que todos os homens, indistintamente, possuem condições de pretender os mesmos direitos políticos, a República impõe o princípio da igualdade, como fulcro da organização política. E o princípio da igualdade, como é pacífico, tem um conteúdo prevalentemente negativo: a abolição e o afastamento dos privilégios. Evidentemente esta igualdade é formal e não substancial. Portanto, numa República todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de condições sociais e pessoais.*(...) c) *Em que os detentores do poder político: são detentores do poder político porque secundum constitutionem e em nome do povo, os Legisladores (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Deputados Distritais, Vereadores) e os Membros eleitos do Poder Executivo (Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador dos Estados(.)). Ressaltamos que, em caráter originário, o povo (isto é, o conjunto de pessoas físicas que possuem atributos de cidadania) é o verdadeiro detentor do poder político. Noutras palavras, todos os poderes têm sua origem no povo’ (grifamos) p. 48-51.*

Diante disso, podemos deduzir que caracterizam a República: a representatividade, que decorre da eletividade, a transitoriedade e a responsabilidade⁷⁹.

Posto isso, impera destacar que a gestão da coisa pública, na República, está **subordinada à vontade popular**, os detentores do poder, não são os “Senhores do Poder”, por conseguinte, não são donos “do objeto da gestão”, mas são eles meros gestores, mandatários, que via de regra agem por representação, sendo que o voto universal, periódico e secreto é cláusula intocável em nossa Lei Maior.

Logo, na República o estado deve prevalecer como um meio apto a atender as finalidades por ele aspiradas/escolhidas, e os administradores públicos são responsáveis pela boa gestão do patrimônio público, sob pena de punição em razão da responsabilidade funcional.

Nesse contexto, o regime republicano caracteriza-se “...*pela tripartição do exercício do poder e pela periodicidade dos mandatos políticos, com conseqüentes responsabilidades dos mandatários*”.⁸⁰

Tanto é assim que, tratando do princípio republicano, ao discorrer acerca do mandato, GERALDO ATALIBA o eleva à pedra de toque do sistema, assim aduzindo:

“Daí a razão pela qual o mandato passa a ser o instituto central de todas as preocupações doutrinárias e de todas as questões práticas e concretas postas no cerne dessa problemática. Pedra de toque do sistema, o mandato põe-se como referência dos demais institutos informadores da república. Estes devem ser estudados e avaliados em função daquele. Assim, as formas, tipos e modos de manifestação popular determinam os diversos matizes informadores das características essenciais do regime, objeto de observação e de inúmeras classificações críticas oferecidas pela doutrina.”⁸¹

Em face do exposto acima, sendo a república o tipo de governo onde os detentores de poder são meros “gestores” da coisa pública, destacando que a competência da qual eles são investidos decorre do resultado das urnas, acreditamos

⁷⁹ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *Medidas Provisória em Matéria...*, op. cit., p. 72.

⁸⁰ GERALDO ATALIBA, *República...*, op. cit., p. 37.

⁸¹ *Ibidem*, p. 90.

que a questão do mandato e principalmente da “do agir com responsabilidade”, no que se refere à administração da *res pública*, é o fundamento basilar para o desenvolvimento e adequada realização do regime republicano em nosso país, de fato, em qualquer lugar.

República é, nas palavras de ANTUNES ROCHA, “...o símbolo jurídico, tornado norma impositiva de um sistema de convivência política segundo o Direito, no qual a coisa do povo é exercida, efetiva, imediata e permanentemente, segundo seu interesse, não se podendo consagrar nesse exercício, peculiaridades decorrentes de condição pessoal e específica e de privilégios, preferências ou preconceitos.”⁸²

Nesse sentido, ROQUE ANTÔNIO CARRAZA enfatiza que: “Falar em República é falar em responsabilidade. A **noção de República caminha de braços dados com a idéia de que todas as autoridades, por não estarem nem acima, nem fora do Direito, são responsáveis pelos danos a que derem causa, podendo, por conseguinte, ser compelidos a ressarcí-los**” (grifamos)⁸³

No Brasil há, se é que podemos afirmar que existe, pouco controle, escassa fiscalização, no tocante às atividades que os administradores do patrimônio público desempenham, no decorrer da fruição do mandato a eles outorgado. A questão da responsabilidade funcional é diminutamente tratada. Nossa realidade, nesse aspecto, está muito aquém do que nos é permitido fazer pela letra da lei, e acentue-se que tal omissão, como na maioria das vezes, pelo menos no mundo do Direito, opera, na quase totalidade dos casos – no que se refere ao controle da gestão da coisa pública – efeitos negativos, que não só se refletem em prejuízos ao patrimônio público, como também, pela falta de atuação do Poder Público, na persecução das finalidades decorrentes do interesse público, como, por exemplo, a não implantação de políticas públicas que possam concretizar os direitos fundamentais sociais, como a saúde, a educação, o que não é feito em razão da impossibilidade orçamentária.

Logo, mister que a sociedade reflita sobre essa questão e passe a exercer seus direitos em lei reconhecidos, cobrando dos agentes do poder público a

⁸² República e Federação..., *op. cit.*, p. 93.

⁸³ Curso..., *op. cit.*, p. 63.

efetiva realização das “promessas de palanque”, das metas que norteiam sua plataforma política. Instrumentos para isso não faltam ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, entre outros.

Além disso, é necessário que o Poder Judiciário, quando provocado, manifeste-se com toda a autoridade de que se reveste, sem timidez, através de decisões que enfrentem o real problema, não se acortinando em saídas ou sentenças evasivas.

Conforme destaca JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “*Os poderes atribuídos aos mandatários do povo só descobrem sentido na idéia de função, na idéia de realização do interesse público. A ênfase em tais poderes, marco de uma época que já deixamos para trás, deve ceder espaço ao acento posto nos seus deveres em relação às finalidades consagradas na lei.*”⁸⁴

O acima citado autor prossegue alertando:

“Somente para cumpri-los e para atingi-las é que se lhe outorgam *poderes*. Daí a inclinação de muitos autores modernos, recorda MARCELO CAETANO, denominando-os *poderes-deveres*, nomenclatura que ganhou divulgação a partir de SANTI ROMANO, como lembra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Nenhum, porém, meditando à luz da noção funcional, logrou projetar tão longe suas conseqüências, como o fez CELSO ANTÔNIO, chegando a propor **uma inversão do binômio: *deveres-poderes* mais do que *poderes-deveres***. Não obstante a questionabilidade dessas expressões híbridas perante a Lógica Jurídica, **é forçoso reconhecer a irrecusável coerência** da proposta desse eminente publicista, uma vez que os ***poderes* não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura de atender às finalidades legais. Aí seus *deveres* infastáveis.**” (grifamos)⁸⁵

Portanto, mister que se tenha não apenas como objeto de reflexão, mas como um ideal a ser atingido, a busca de uma concreta atuação, voltada à fiscalização dos atos e procedimentos do administrador público no exercício de sua função, cobrando a adoção de atos e procedimentos que possibilitem a efetiva consecução dos interesses e finalidades públicos. Para tanto, deve ele ser lembrado,

⁸⁴ República e Democracia..., *op.cit.*, p. 87-88.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 87.

sempre que possível, de que seu “poder” não é maior que seu “dever”, estando, de fato, o primeiro condicionado ao segundo, exigindo-se transparência e responsabilidade no desempenho de suas funções, exigência essa que não decorre apenas dos princípios da eficiência, da legalidade e da publicidade, encartados no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, mas antes e acima de tudo, do princípio republicano. Quem sabe, assim, nossa República que ainda é um “Bebê”, possa crescer e se transformar na República com que todos sonhamos.

E para concluir, com um toque de esperança, a voz forte de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

“Ao contrário, pois, do que se poderia pensar num primeiro momento, a cidadania brasileira é extremamente forte: **não o fosse, da República já não restaria sequer o nome constitucional, quanto mais o ideal que se faz mostrado, ainda que de forma pouco expressa, no plebiscito de 1993.**

O cidadão brasileiro é melhor do que seu governante. A cidadania melhor que o governo. A República, mais profunda que a corrupção, que teima em florescer feito planta daninha na administração da coisa pública.

Ao cidadão o compromisso, o dever, a única esperança, prática republicana verdadeira e indiscutível, buscada pelos republicanos de 1889 e idealizada para os que vierem a sê-lo daqui a cem anos” (grifamos)⁸⁶

1.3.3 – Tripartição de Funções

O princípio da Separação de Poderes é uma diretriz que, segundo nosso entendimento, fundamenta qualquer sociedade politicamente organizada que pretenda denominar-se “democrática”. Porém, em razão do tema ora examinado, que a grosso modo trata do confronto entre a atividade normativa do executivo e o ideal secular da auto-imposição tributária e a efetiva crise de legitimação que atravessamos em nosso momento atual, a questão ganha uma relevância especial.

⁸⁶ República e Federação..., *op. cit.*, p. 156.

Em nosso Ordenamento Constitucional, o princípio da Tripartição de Funções, além de quase inaugurar nosso Texto Maior, através da previsão encartada no artigo 2º, foi elevado ao patamar supremo de cláusula intocável, consoante a proposição normativa extraída do artigo 60, § 4º, III, da Lei Mãe, impedindo sequer a apreciação de emenda constitucional tendente a abolir a intocável Tripartição de Funções.

Todavia, antes de ingressamos na teorização do princípio propriamente dita, façamos uma breve referência ao enunciado Tripartição de Funções, expressão por nós preferida, em vez de referirmo-nos ao princípio em destaque como “Separação de Poderes”, terminologia esta mais propagada entre nossos autores.

CLÈRMERSON MERLIN CLÈVE, ao tratar do assunto em comento, lembra que *“A proposta do Estado Constitucional era de limitar o poder político, mantendo-o concentrado. E isto ocorreria da seguinte forma: primeiro, tratava-se de organizar o espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Aqui reside o núcleo da teorização conducente à separação de poderes (...)”*.⁸⁷

Isso posto, podemos afirmar que a concepção do Estado Constitucional ou de Direito repousa na idéia de unidade. E como é cediço, o poder soberano é uno, não podendo ser objeto de divisão, repartição. Nesse passo, valemos da lição de KELSEN - lição esta lembrada por JOSÉ ROBERTO VIEIRA - quando afirma o Mestre de Viena que: *“A palavra ‘poder’ tem significados diferentes Quando...se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado”*.⁸⁸

Com efeito, consoante alerta CLÈMERSON CLÈVE, o que a doutrina clássica denominava como separação de poderes - ou assim pretendia denominar, *“...não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno, indivisível”*⁸⁹. Assim, esclarece o mencionado autor que a denominada

⁸⁷ **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 29-30.

⁸⁸ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁹ **Atividade...**, *op. cit.*, p. 30.

separação de poderes corresponde “...a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes”.⁹⁰

Segundo CLÈMERSON CLÈVE:

“O poder político é indivisível, teoricamente porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que em face da ação do Poder Constituinte, confere o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer diferentes tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções. Ademais, o poder é indivisível por natureza. Não corresponde a uma coisa que a ela possa aceder, algo com fim e começo; um objeto capaz de ser tomado, destruído ou multiplicado. O poder político soberano substancia uma relação de forças entre as classes e grupos antagônicos; relação sem forma definida, mas que, de qualquer modo se condensa e, por vezes, se materializa, dando origem a instituições, práticas sociais, convenções, aparatos funcionais, como inclusive o Estado e o direito. Logo não pode ser dividido. Quando a doutrina tradicional trata do poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função do Estado. Nada mais do que isso”.⁹¹

É com base nos fundamentos acima que inclinamos nossa preferência pela expressão Tripartição de Funções, pois assim estaremos zelando pela unidade do poder e pela relação de harmonia e independência que deve existir entre as três funções essenciais do Estado, quais sejam: a Executiva, a Legislativa e a Judiciária.

A teoria da “Separação de Poderes” já em um estágio final de aperfeiçoamento, é atribuída a Charles-Lois De Secondat, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU, todavia conforme alerta JOSÉ ROBERTO VIEIRA “...seus antecedentes são longínquos, remontando a ARISTÓTELES, PLATÃO E POLÍBIO, passando por MAQUIÁVEL e ALTHUSIUS, completando-se com JOHN LOCKE (1632-1704), HENRY BOLINGBROKE (1678-1751) E MONTESQUIEU...”⁹²

CELSONO RIBEIRO BASTOS servindo de apoio para CLÈMERSON MERLIN CLÈVE destaca que “mérito essencial da teoria de

⁹⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁹¹ *Ibidem, p. 30-31.*

⁹² *Medidas Provisórias..., op. cit., p. 65.*

Montesquieu não reside (...) na identificação abstrata dessas formas de atuar do Estado”⁹³.

Segundo MERLIN CLÈVE, a teorização levada a efeito por MONTESQUIEU foi de grande importância, uma vez que:

“Montesquieu, entretanto, foi aquele que, por primeiro, de forma translúcida, afirmou que tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu, a divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem, segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum desses pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há de existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome”⁹⁴

Quando da elaboração da teoria, MONTESQUIEU deixava evidente que sua maior preocupação era criar um mecanismo através do qual o poder fosse controlado pelo próprio poder, pois segundo ele, todo homem que tem o poder, tende a abusar dele, extrapolá-lo.

Essa preocupação fica bastante clara no trecho abaixo transcrito, segundo o qual MONTESQUIEU afirma:

“...a experiência mostra que todo o homem que tem poder tende a abusar dele e o emprega até encontrar um limite. Quem poderia pensar que inclusive a virtude tem limites? Para que ninguém possa abusar do poder, é necessário conseguir, através de uma adequada ordenação, que o poder freie o poder.”⁹⁵

Para a elaboração da teoria, MONTESQUIEU sofreu uma forte influência de LOCKE e seu *Essay on civil Government*, partindo, ainda, da experiência política inglesa.⁹⁶

⁹³ *Apud, Atividade..., op. cit.*, p.24.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 24-25.

⁹⁵ **Do Espírito das Leis**, p. 173.

⁹⁶ *Apud CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, Atividade..., op. cit.*, p. 25.

ALEXANDRE MARIOTTI com apoio em NUNO PIÇARRA, acerca da influência inglesa exercida sobre MONTESQUIEU, quando da elaboração de sua aclamada teoria, assim afirma: *“Conforme salienta Piçarra ‘a doutrina da separação dos poderes, na parte em que envolve uma distinção entre as funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocadamente moderna, tendo nascido em Inglaterra, no século XVII”*⁹⁷

Consoante bem pondera JOSÉ ROBERTO VIEIRA,

“Adotando como pressuposto a desconfiança histórica em relação aos detentores do poder, prega MONTESQUIEU: ‘Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder’. E imagina as **três funções estatais**: a legislativa (produção do ato geral), a executiva (produção do ato especial) e a judiciária (resolução de controvérsias), funções que, no Estado Absoluto, concentravam-se nas mãos do soberano, possibilitando a tirania. MONTESQUIEU concebeu um sistema em que **tais funções são entregues a órgãos distintos e autônomos**, 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 julgue não ouse fazê-las ou executá-las. Esses órgãos e funções, no refrear e suste reciprocamente, configuram aquele sistema de **“freios e contrapesos”**,(...)”⁹⁸

Cumprido destacar que a positivação da teoria deu-se da forma mais ampla possível, chegando ao ponto em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fixava que toda a sociedade na qual não estivessem garantidos os direitos e estabelecida a “separação de poderes” não podia afirmar acerca da existência de uma Constituição.

Toda essa amplitude, no que tange à positivação da teoria, levou não apenas à sua inquestionável sedimentação, mas acabou por gerar um mito, o da “Separação de Poderes”, fazendo com que essa diretriz sofra uma série de críticas acirradas.

Como bem acentua CLÈMERSOM MERLIN CLÈVE, existem as críticas dirigidas à teoria propriamente dita, mas também, existem as críticas dirigidas

⁹⁷ Medidas Provisórias, p. 8.

⁹⁸ Medidas Provisórias em Matéria Tributária..., op. cit., p. 66-67.

contra a “interpretação mistificadora” que ela sofreu. Entre os mais célebres críticos, temos CONDORCET, COMTE, DUGUIT, MALBERG e JELLINECK. Esses teceram críticas em face da teorização da “separação de poderes” propriamente dita, ao passo que CHARLES EISENMANN, por sua vez, dirigiu as suas, não contra a teoria propriamente dita, “...mas a dogmática interpretação produzida pela doutrina constitucional clássica”.⁹⁹

Em que pesem as críticas feitas, a diretriz da Tripartição de funções é essencial para qualquer Estado Constitucional de Direito, principalmente quando ele abraça a vertente democrática, eis que, como bem acentua PAULO MÁRCIO CRUZ

“(…), a doutrina da separação dos poderes continua sendo relevante ao menos por dois motivos:

1 – Em primeiro lugar, ao garantir a diferenciação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, mantém também a peculiaridade do *processo legislativo*, baseado na discussão e publicidade que permite a participação das minorias e a atividade de controle do governo por estas mesmas minorias.. O Poder Legislativo mantém-se como foco de *controle e crítica*, assim como a discussão pública, entre as diversas alternativas políticas.

2 – Além disto, o princípio da separação dos poderes, supõe, sobretudo, a manutenção da garantia da *independência do Poder Judiciário*,

⁹⁹ **Atividade...**, *op. cit.*, p. 31-33. Sobre a questão discorre CLÈVE: “O primeiro ‘sustentou ser preferível que uma só autoridade imprima uma ação única, regulada pela lei, para pôr em movimento o sistema político, em vez de querer que os princípios daquela ação, interdependentes, se façam equilíbrio entre si’. A posição de Comte é perfeitamente compreensível, vez que sempre foi adepto, como positivista, de governos fortes. Duguit qualificou a teoria de artificialmente elaborada para ‘falsificar as relações entre a vida social e política’. Partindo da tese segundo a qual a organização dos poderes deve assegurar a co-participação dos governantes, entendeu que ‘a concepção de um poder soberano, em três poderes, é uma concepção inadmissível numa construção positiva do direito público’. Segundo o autor não há na teoria nem poderes nem separação. Quanto a Jellinek, este pretende ter demonstrado que a obra de Montesquieu ‘sobre os três poderes e a sua separação não é nem logicamente aceitável nem praticamente razoável’. Para Malberg, a separação de poderes da forma como proposta por Montesquieu é também, irrealizável (além de não realizada em nenhum direito positivo). A teoria implica uma divisão de poderes, capaz de paralisar a atividade do Estado. Sustenta que a verdadeira teoria consiste não em separar simplesmente as três classes de órgãos, mas sim em conferir a qualquer um deles graus diferentes de poder ‘e assim pretende substituir a teoria clássica, pela tese da gradação de poderes, em que o Legislativo se coloca em plano mais alto’. Outros, como Charles Eisenmann, não criticam a teoria, mas a dogmática interpretação produzida pela doutrina constitucional clássica. Aliás, assevera que em *De L’Esprit de Lois* não há uma teoria da separação, mas sim uma teoria da divisão e cooperação entre os poderes, pois ocorrem interferências de poder para poder, além do fato de não haver uma única função que tenha sido, com exclusividade, atribuída a um único órgão ou autoridade, ao contrário do sustentado pela doutrina constitucional clássica”- p. 32-33.

expresso pela independência de cada juiz em relação aos outros poderes do Estado”¹⁰⁰

Atualmente, o princípio da Tripartição de Funções tem sofrido numerosas críticas no sentido de que ele servia, e muito bem, para a vertente do Estado Liberal - sua noção clássica, não servindo, do mesmo modo aos desafios e diretrizes que norteiam o denominado Estado Social, ou Estado Providência, tipo de estado que carece de uma intervenção muito maior quando se trata da gestão e do desenvolvimento da coisa pública, tendo em vista que nesse tipo de Estado o ente responde por uma série de exigências e demandas, inclusive prestacionais, que sequer são cogitadas na vertente liberal de estado.

Assim, resta estreme de dúvidas que a teoria da Tripartição de funções alcançou grande prestígio na doutrina constitucional do liberalismo, uma vez que ela se consolidou como um robusto mecanismo de proteção da garantia das liberdades individuais. Logo, para a concepção clássica de Estado Liberal, o mais importante era ter-se garantido a fruição dos direitos e liberdades individuais. Nesse contexto, o Estado Mínimo, com as atribuições muito reduzidas, ao ente político competia precipuamente duas funções: “...manter a ordem interna e conduzir a política exterior”. Ou seja, ao Estado competia manter a ordem e a segurança interna, para que seus cidadãos pudessem usufruir da melhor maneira possível, de suas liberdades individuais.¹⁰¹

Com o advento do Estado Social, o ente perde aquela feição de mero guardião e passa a assumir uma série de funções que sequer eram questionadas na vertente liberal “*O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O ‘Estado Árbitro’ cede espaço para o ‘Estado das Prestações’*”.¹⁰²

Segundo MERLIN CLÈVE:

“A própria idéia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem

¹⁰⁰ **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 101.

¹⁰¹ CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **Atividade...**, *op. cit.*, p. 34-35.

¹⁰² *Idem, op. cit.*, p. 37.

agora, apenas de direito que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação etc.), acrescentou-se mais uma geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna entre outros”.¹⁰³

Em razão dessas novas atribuições assumidas pelo Estado Social, advogou-se e advoga-se a favor do indispensável crescimento do Poder Executivo, aduzindo que apenas um executivo forte, atuante, intervencionista, terá condições de realizar todas essas novas tarefas que emergiram com a implantação dessa nova configuração de estado, o que, ainda, de forma periférica acabaria por enfraquecer o princípio da Tripartição de Funções, dada sua impossibilidade de fazer valer os desafios que surgiram com o advento do Estado Providência.

Sobre a questão, ALEXANDRE MARIOTTI argumenta:

“A mudança do contexto decorrente das novas funções assumidas pelo Estado pôs em xeque os conceitos e concepções jurídicas construídas à sombra do modelo liberal de Estado de Direito. Já na primeira metade do século se mencionava um declínio do direito, uma crise da lei, uma decadência dos Parlamentos. A edição de atos legislativos pelo Poder Executivo sempre foi destacada como um dos sintomas mais evidentes desses estados mórbidos. Tratar-se-ia de prática necessariamente nefasta, reveladora de um agigantamento do Poder Executivo incompatível com a democracia e com a separação de poderes.

Conquanto impressione, semelhante acusação revela uma fundamental incompreensão das novas realidades derivadas da emergência do modelo social de Estado de Direito. O crescimento do Poder Executivo é uma consequência necessária da transformação do Estado de Direito, que abandonou o papel de mero garantidor do *status quo* que lhe era atribuído pela doutrina liberal para assumir funções de agente da transformação social e econômica.

(...)

Em sendo o Poder Executivo o ramo do Estado encarregado de agir é natural que se agigante no confronto com os outros Poderes, sem que com isso se ponha em xeque a democracia e a separação dos poderes.”
(*sic*)¹⁰⁴

¹⁰³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰⁴ **Medidas...**, *op. cit.*, p. 16-19.

Em que pesem todas as razões utilizadas para fins de justificar um crescimento do Poder Executivo, crescimento esse muitas vezes excessivo, o que é *necessário*, para que se possibilite a devida implantação e desenvolvimento do modelo Social de Estado, não cremos que se possa defender a queda da Tripartição de Funções e seu descompasso com o momento atual.

Num primeiro plano, faz-se necessário que o princípio em questão seja apenas repensado, contextualizado para os dias atuais, fato que ensejará sem grandes problemas, a adequação do princípio às necessidades atuais.

Nossa realidade globalizada muda a uma velocidade assustadora, potencializada pelo progresso dos meios de comunicação, que propiciaram uma substantiva mudança em nossos tempos. Hoje as informações navegam, a grande teia global gera efeitos e ao mesmo tempo, às mais distantes partes do globo terrestre. Um reajuste constante é necessário; isso serve para a vida em geral, inclusive para nossas instituições que muito se esforçam para se adaptar a uma nova realidade.

A sociedade mudou, não se trata mais de um singelo grupo de cidadãos iguais entre si, cidadãos que em um passado ainda recente, poderiam tratar de seus negócios e interesses pessoais, livres de qualquer intervenção estatal. A sociedade contemporânea é plural, muitos são os eventos que atualmente buscam celebrar a própria diversidade; nesse sentido, vejamos o Fórum de Barcelona 2004 e o Fórum Social Mundial celebrado em Porto Alegre em janeiro de 2005. No mundo de hoje, o homem precisa preocupar-se com o estado e a recíproca é verdadeira; ou avançamos no sentido de questionar nossas instituições, promover as adaptações necessárias, zelar e lutar por um modelo de estado onde o homem não seja um meio, mas um fim, ou teremos de ceder espaço a um HOBBS pós-moderno, onde o homem figure como o *pit bull* do homem. Porém, se há algo do que não temos dúvidas é de que o princípio da Tripartição de Funções, devidamente repensado e adaptado nas questões que se mostrarem essenciais, é um elemento indispensável para a implantação e desenvolvimento desse Estado.

Ademais, em se tratando de nosso Ordenamento Constitucional, seria muito difícil defender o contrário, eis que além de consagrada em nosso Texto

Maior, a “separação de poderes” foi elevada ao patamar máximo de cláusula intocável, não se podendo sequer apreciar projeto de emenda constitucional que defenda sua subtração do texto constitucional.

O mais lamentável é que, mesmo sendo a Tripartição de Funções uma cláusula pétrea em nosso sistema constitucional, tendo a medida provisória sido concebida como uma competência excepcional do Executivo, vivemos um período (superior a uma década) onde a atividade legislativa do Chefe do Executivo, quando não excede a atividade ordinária do Legislativo, com ela disputa espaço dia após dia. Já tivemos medidas provisórias que tratavam acerca de direito processual, assim, como temos aquelas que transformam Presidente do Banco Central em Ministro de Estado.

Esses acontecimentos são exemplos vivos da relevância do princípio em questão e do seu compromisso com a democracia, pois sem um mecanismo de poder que freie o próprio poder, é difícil imaginar onde se possa chegar.

1.3.4 – Legalidade – Notas Iniciais

Nossa realidade contemporânea, como tradução de mundo civilizado e da democracia, não poderia prosperar, ou melhor, ser reconhecida, sem o ideal da legalidade. Como bem acentua JOSÉ ROBERTO VIEIRA “*O Estado Democrático de Direito, nos moldes em que hoje concebemos, só pode impor plenamente obrigações de conformidade com normas estabelecidas pelos representantes do povo. Tal necessidade de consentimento popular se traduz no Princípio da Legalidade (...)*”¹⁰⁵:

O mesmo autor, ao examinar o assunto ora em questão, discorre acerca da natureza do Princípio da Legalidade, o que faz com apoio na contribuição de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, aduzindo a respeito as concepções ampliativa e restritiva do Princípio da Legalidade. A segunda, que já está ultrapassada,

¹⁰⁵ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 100.

consubstancia-se no “não infringir a lei”, enquanto a primeira encontra identidade com o “agir nos termos da lei”. Assim, a concepção restritiva do princípio seria identificada com uma relação de “não contrariedade ou de compatibilidade” com a lei, e a concepção ampliativa por sua vez, identificar-se-ia com “uma relação de conformidade” com a lei, seria, então, nas palavras de VIEIRA: “...(*agir conforme a lei, que fixa limites e permissões expressas – o que não é permitido é proibido*), numa *noção máxima de legalidade*”¹⁰⁶

Ainda conforme explana JOSÉ ROBERTO VIEIRA, agora com apoio em RENATO ALESSI, a concepção restritiva do princípio da legalidade, ou seja, aquela que preconiza a relação de compatibilidade com a lei, seria uma espécie de “**sentido negativo do Princípio da Legalidade**”, ao passo que a concepção ampliativa do princípio seria compreendida como sendo o “**sentido positivo do princípio**”¹⁰⁷

Concluindo o exame das concepções acima explanadas, e confrontando-as com nosso ordenamento jurídico, JOSÉ ROBERTO VIEIRA é categórico ao afirmar que: “*Em face da realidade jurídica nacional, não hesitamos em proclamar o Princípio da Legalidade como uma relação de conformidade com a lei em sentido formal, ato oriundo do órgão que detém a competência constitucional para legislar e revestido da forma estabelecida para as leis, e não só em sentido material, como regra de comportamento genérica e coativa.*”¹⁰⁸

Ao falarmos em Estado Democrático de Direito, a legalidade recebe uma relevância especial, pois como assevera J.J. FERRERO LAPATZA,

“El principio de legalidad , según el cual la Ley y solo la ley há de regular ciertas materias, precisamente aquellas que garantizan una organización social basada em la libertad individual, incorpora, essencialmente, la idea de que en una sociedad libre solo la comunidad puede darse a si misma, a través de sus representantes, normas sobre tales materias.

¹⁰⁶ Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno, **Tributos e Direitos Fundamentais**, coord. Octávio Campos Fischer, p. 182.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 182-183.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 183.

La idea de autonormación se incorpora así a la ley u le atribuye una de sus características esenciales, nucleares, sustantivas: la que mejor diferenciarla del resto de las fuentes del Derecho.

Pues si la Ley sirve también a otros valores (igualdad, unidad de ordenamiento, seguridad jurídica etc) tal función puede ser desempeñada también por otras normas (por ejemplo, reglamentarias) que no son la expresión directa de la voluntad del pueblo manifestada a través de sus representantes”.¹⁰⁹

Portanto, a diretriz da legalidade é essencial quando se busca um viver democraticamente responsável, e vamos além, ela é essencial quando falamos em República e não se faz possível o reconhecimento da República quando não se verifica o império da lei.

Como bem assinala o saudoso mestre GERALDO ATALIBA: “*Se o povo é o titular da res pública, e se o governo como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocadamente expressada.*”¹¹⁰. Prossegue ATALIBA asseverando: “*Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro*”¹¹¹

Sobre a diretriz da legalidade, elucida ROQUE ANTONIO CARRAZA:

“A lei ‘expressão da vontade geral’ (Carré de Malberg), é o ato normativo primário por excelência, uma vez que, obedecidos apenas os ditames constitucionais, inova inauguralmente a ordem jurídica. Editando a lei, a sociedade, por seus representantes imediatos (os legisladores), se auto-regula, vale dizer, impõe normas que cercarão a liberdade e a propriedade de seus membros, tendo em vista o bem comum.”¹¹²

A Lei Maior em vigor abriga o Princípio da Legalidade, em sua vertente genérica, na proposição normativa que se extrai do disposto no artigo 5º,

¹⁰⁹ El Principio de Legalidad y Reserva de Ley, *Revista de Direito Tributário* n. 50, p. 7.

¹¹⁰ *República e Constituição*, p. 122.

¹¹¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹² *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 210.

inciso II, o que faz nos seguintes termos: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Esse princípio é erigido a condição de direito individual de cada cidadão brasileiro, conforme se depreende do classificado no capítulo I, Título II, do Texto Magno.

Aliado ao comando acima referido, podemos afirmar que, no Ordenamento Jurídico Pátrio, não se faz possível a edição e a existência válida dos denominados Decretos Autônomos, o que podemos concluir em razão do disposto no inciso IV, do artigo 85, da Lei Magna, em que se fixa que compete privativamente ao Presidente da República, além de outras funções, “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

Em sendo assim, no Brasil, os decretos exercem exclusivamente a função de regulamentar a lei, possibilitando sua “fiel execução”; tratando-se, por via de consequência, de norma secundária, impossibilitados de inovar o ordenamento jurídico, função essa, que no geral - em face da competência excepcional prevista no artigo 62 da Lei Magna - cabe à lei, lei no seu sentido genuíno, ou seja: como produto da atividade do Poder Legislativo, atendidas as formalidades e procedimentos exigidos no texto legal.

Não nos pretendendo adiantar na questão, uma vez que estamos tratando da legalidade em termos de considerações iniciais, é oportuno destacar que a Lei Maior, quando da sua promulgação, previu a atividade normativa do executivo como uma efetiva exceção - artigo 62 em sua redação original - assim sendo, não poderíamos chegar a outra conclusão, à luz da interpretação sistemática da Constituição. Infelizmente, isso não se verificou em nossa realidade, uma vez que as medidas provisórias, que foram instituídas como uma competência excepcional do chefe do executivo, em determinados períodos de nosso passado recente, reinaram absolutas, ferindo não apenas a Legalidade, como a própria existência republicana.

Para concluir, já adentrando em terras tributárias, cumpre destacar que o Princípio da Legalidade em matéria tributária está previsto no artigo 150, I, da Lei Maior e, segundo nosso entendimento, conforme restará demonstrado adiante, reina absoluto, não admitindo exceções, sequer as “aparentes”. Vale destacar ser este

postulado mais do que justificável em um estado que se intitula como uma República, eis que é através do atendimento à estrita legalidade tributária que se realiza o ideal da auto-tributação.

2 – OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DA SUPREMACIA E UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

2.1 – Princípio – Noções Gerais.

Antes de ingressarmos no exame dos princípios instrumentais da Supremacia e da Unidade da Constituição, tendo em vista que a interpretação constitucional se deve valer dos princípios nela encartados, pois eles são as normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins - necessário que se faça uma breve análise acerca do conceito de princípio, para então entrarmos no tópico acima noticiado.¹¹³

Inicialmente, mister trazer à baila a lembrança apontada por PAULO BONAVIDES, no que tange ao reconhecimento da normatividade dos princípios, reconhecimento este feito por CRISAFULLI no ano de 1952:

“A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: Princípio é, com efeito, toda a norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”¹¹⁴

Na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO “...os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica (...) Em toda a ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais

¹¹³ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 147. Essas noções também se aplicam às de República, Tripartição de Funções e Legalidade, do capítulo anterior.

¹¹⁴ *Apud* PAULO BONAVIDES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 257.

*consustanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema”.*¹¹⁵

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO em passagem já consagrada e **multicitada** na doutrina pátria, acerca do conceito de princípio, preceitua que:

“Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico,

(...)

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.”¹¹⁶

Acerca do assunto em pauta, PAULO BONAVIDES considera que *“Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”.*¹¹⁷

Prossegue, BONAVIDES, apontando três funções de extrema relevância desempenhadas pelos princípios, funções essas já apontadas pelo jurista espanhol F. de Castro, quais sejam: *“...a função de ser ‘fundamento da ordem jurídica’, com ‘eficácia derogatória e diretiva’, (...), a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de ‘fonte em caso de insuficiência da lei e do costume’”.*¹¹⁸

Acerca da presente questão, GERALDO ATALIBA afirma que: *“Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do*

¹¹⁵ *Interpretação..., op. cit.*, p. 148.

¹¹⁶ *Apud*, LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação..., op. cit.*, p. 149.

¹¹⁷ *Curso..., op. cit.*, p. 283.

¹¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por todas a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”.¹¹⁹ E o mestre arremata consignando que *“Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.”*¹²⁰

Por sua vez, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA assevera que *“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado”*.¹²¹ Continua, afirmando que: *“Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios (...) São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.”*¹²²

Ao discorrer sobre os princípios (fundamentais), JUAREZ FREITAS elucida: *“Por princípios fundamentais entendem-se, por ora, os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, (...), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.”*¹²³

Por outro lado, ROQUE ANTONIO CARRAZA assevera que em qualquer ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida, consistindo a *pedra angular de qualquer sistema*.¹²⁴ Prossegue o Ilustre mestre assim consignando:

“Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo,

¹¹⁹ **República...**, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹²¹ **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, p. 25.

¹²² *Ibidem*, *loc. cit.*

¹²³ **A Interpretação Sistemática do Direito**, p. 56.

¹²⁴ **Curso...**, *op. cit.*, p. 30.

vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”¹²⁵

Ainda sobre o assunto, CARRAZA afirma que: “*Em suma, os princípios são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: incidam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas*”.¹²⁶

Para PAULO DE BARROS CARVALHO, os princípios surgem como “*...linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem des uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.*”¹²⁷

Ainda tratando acerca do vocábulo princípio, PAULO DE BARROS CARVALHO, apresenta quatro usos distintos da referida expressão:

“*a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma.*”¹²⁸

CELSO RIBEIRO BASTOS, com apoio na doutrina de KONRAD HESSE, assim preleciona: “*Os princípios constitucionais são metas que podem e devem entrar a qualquer momento no discurso legitimador do Direito. Aos princípios corresponde a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional. Os princípios seriam uma espécie de ‘direito concentrado’.*”¹²⁹

¹²⁵ *Ibidem*, p. 31-32.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹²⁷ **Curso de Direito Tributário**, p. 144.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁹ **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, p. 136.

Além disso, cumpre destacar os apontamentos lançados por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, o que fazem com o sólido apoio no ensinamento de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, quando ela elenca as características dos princípios constitucionais, quais sejam: “...a) *generalidade* – são genéricos, não se aplicando a qualquer situação concreta; b) *primariedade* – são primários, deles decorrendo outros princípios; c) *dimensão axiológica* – os princípios constitucionais trazem valores éticos que refletem uma doutrina, um posicionamento político, devendo sofrer alteração quando tais valores também se alterem”.¹³⁰

Diante do exposto, podemos concluir que os princípios são as vigas mestras do sistema constitucional, vetores a serem seguidos, diretrizes maiores que refletem os valores assegurados na ordem constitucional e em assim sendo, irradiam seus efeitos para todo o sistema, trazendo unicidade e homogeneidade a todo o texto constitucional. Portanto, em situações em que se visualizem aparentes contradições entre normas constitucionais, devemos socorrer-nos dos princípios apontados na Lei Suprema, para então “otimizar” as aparentes contradições e manter a coerência e harmonia do sistema.

Não é por outro motivo que PAULO BONAVIDES se refere aos princípios como as normas-chaves de todo o sistema jurídico, acentuando que “*Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.*”¹³¹

E ainda, conclui BONAVIDES:

“Postos no mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as **normas supremas do ordenamento**. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do

¹³⁰ **Curso de Direito Constitucional**, p. 60-61.

¹³¹ **Curso...**, *op. cit.*, p. 288.

prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.” (grifaamos) (*sic*)¹³²

sendo assim, parece-nos correto afirmar, sem receio, que vivemos em uma época na qual a comunidade jurídica operacionalizou um verdadeiro resgate da noção de princípio, atribuindo-lhe a importância que lhe é devida, reconhecendo suas relevantes funções, bem como, concedendo-lhe, em definitivo, a “veste” de norma, que durante tanto tempo lhe foi negada.

2.2- O Princípio da Supremacia da Constituição.

Toda a matéria constante da Constituição é dotada de supremacia em face da legislação complementar ou ordinária, para fins de que o conteúdo inserido na Lei Maior não seja afetado de forma igual àquela com que se altera outro princípio atinente à legislação infraconstitucional. Verifica-se aqui a existência da supremacia da norma constitucional em relação aos demais dispositivos de lei infraconstitucional¹³³.

Diante disso, urge ressaltar, nos termos do ensinamento de CELSO RIBEIRO BASTOS, que *“Na Constituição, o fenômeno hierárquico ganha um sentido próprio,(...),reconhecendo-se que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião”*.¹³⁴

Como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para a sua modificação (...) Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como pedra angular, em que assenta o*

¹³² *Ibidem.*, p. 289-290.

¹³³ IVO DANTAS, *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 115.

¹³⁴ *Hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 101.

edifício do moderno direito político.”¹³⁵ Continua, o constitucionalista afirmando que, “*Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, (...) É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste (...)*” (sic)¹³⁶

LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR afirmam que o “*Princípio de supremacia da Constituição (...) Servirá de vetor para toda a legislação infraconstitucional (...) Os atos normativos infra-ordenados são fundados na Constituição e a ela devem obediência, quer no aspecto formal (forma de criação), quer no aspecto material (compatibilidade material do texto infraconstitucional com a regra maior).*”¹³⁷

Em razão do princípio da supremacia da Constituição, nenhum dispositivo legal, nenhum ato jurídico, ou qualquer outro fato que seja relevante para o Direito, pode subsistir validamente se conflitar com dispositivo de natureza constitucional. **Logo, por ocasião da interpretação de uma norma jurídica, a norma de ordem constitucional sempre deve ser o ponto de partida para o exame da questão, eis que nenhuma norma pode sobreviver válida se for contrária a mandamento constitucional.**

Sobre a supremacia da Constituição, com propriedade, preleciona ROQUE ANTONIO CARRAZA:

“Já estamos percebendo que a Constituição ocupa, neste conjunto, o patamar mais elevado, dando *fundamento de validade* às demais normas jurídicas, pois ela apresenta o escalão de direito positivo mais elevado. Sobremais, ela dá validade a si própria, já que encarna a soberania do Estado que a editou.

A Constituição, num Estado-de-Direito, é a lei máxima, que submete todos os cidadãos e os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. **Uma norma jurídica só será considerada válida se estiver em harmonia com as normas constitucionais.**

Nas Constituições rígidas como a brasileira, as normas constitucionais legitimam toda a ordem jurídica. As leis, os atos administrativos, as sentenças valem, em última análise, enquanto desdobram mandamentos constitucionais.

¹³⁵ Curso..., *op. cit.*, p. 47.

¹³⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁷ Curso..., *op. cit.*, p. 64.

()...

É por este motivo que dizemos que a Constituição é a *lei fundamental* do Estado.”¹³⁸

Em assim sendo, a supremacia da Constituição pode ser traduzida numa superlegalidade formal e material. A formal, aponta a Constituição como fonte primária da produção normativa, fixando as competências e os procedimentos no que tange à elaboração dos atos normativos inferiores. No que se refere à superlegalidade material, ela implica que todo o conteúdo da atividade normativa se deve submeter, está condicionada, à conformidade com os princípios inseridos na Constituição.¹³⁹

Por fim, podemos concluir que qualquer atividade que implique a interpretação de norma constitucional, deve ser informada pelo princípio instrumental da Supremacia da Constituição, uma vez que ele consubstancia um relevante caminho a ser conhecido e percorrido pelos intérpretes da Lei Fundamental, como de todo o Ordenamento Jurídico.

2.3- O princípio instrumental da unidade da Constituição.

O princípio instrumental da Unidade da Constituição, evidencia-se como uma das diretrizes mais relevantes a ser considerada pelo intérprete constitucional. Esse princípio “...*significa que todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas*”¹⁴⁰

A unidade mostra-se tão importante para a teoria do ordenamento jurídico que NORBERTO BOBBIO, com toda a sua experiência e sabedoria, e com firmeza estabelece: “*A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a unidade, a coerência, a completitude; são estas três*

¹³⁸ Curso..., *op. cit.*, p. 28.

¹³⁹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 159.

¹⁴⁰ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 102.

características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento, e portanto, uma entidade, distinta das formas singulares que o constituem” (sic)¹⁴¹

Com efeito, para o bom desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional “...o primeiro e principal princípio é o da **unidade da constituição**”. Esta afirmação do Professor WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, deixa clara a relevância do princípio em foco, e ainda sobre a unidade da constituição, prossegue o citado mestre, nos seguintes termos:

“...o qual determina que se observe a interdependência das diversas normas de ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores, expresso na **decisão fundamental** do constituinte, naquilo que PABLO LUCAS VERDÚ chama de **fórmula política**”¹⁴²

Para J.J. GOMES CANOTILHO, o princípio instrumental da unidade da constituição obriga o intérprete a “...considerar a constituição na sua *globalidade...*”, buscando harmonizar os possíveis pontos de tensão que possa existir entre as normas constitucionais.¹⁴³

Segundo LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, tendo em vista o princípio da unidade da constituição, “*O exegeta deve analisar a norma constitucional sabendo-a parte de um todo, sem conhecimento do qual não é possível indicar o sentido e alcance daquela.*”¹⁴⁴.

Em razão do princípio instrumental da Unidade da Constituição, por ocasião da interpretação da Lei Suprema, as normas lá inseridas devem ser consideradas como “...*coesas e mutuamente imbricadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma (...)* E isso porque se a Constituição é una, e se ela é o documento supremo de uma nação, todas as normas

¹⁴¹ **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do direito**, p. 198.

¹⁴² A Interpretação Especificamente Constitucional, **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, n 8 (10), p. 105-110.

¹⁴³ *Apud* CELSO RIBEIRO BASTOS, **Hermenêutica...**, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁴ **Curso...**, *op. cit.*, p. 64.

que contempla encontram-se em igualdade de condições, nenhuma podendo se sobrepor à outra para lhe afastar o cumprimento.” (sic)¹⁴⁵

Ao tratarmos de uma Constituição como a brasileira, que se mostra extensa e analítica, dispendo acerca de interesses das mais variadas classes sociais, muitos problemas podem surgir quando da interpretação, inclusive aparentes contradições. O cunho dialético característico das constituições de orientação democrática, enseja, em vários pontos, conflitos de interesses, crenças e aspirações distintas e às vezes até (aparentemente) conflitantes.

Assim sendo, muitas vezes a interpretação das normas constitucionais pode suscitar dúvidas e significativas dificuldades. Nesse sentido, oportuno o ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO, quando aduz:

“(…) a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei maior.”¹⁴⁶

Segundo nosso entendimento, em razão da natureza sistemática da ordem constitucional, não nos parece possível uma efetiva contradição entre normas constitucionais. Não obstante, a experiência já deixou evidente que **aparentes** conflitos ou contradições podem aparecer no quotidiano dos operadores do Direito. Nesse aspecto, então, o princípio instrumental da Unidade da Constituição “invade” o cenário quase como uma *chave mestra*, um *coringa*, que, aplicado de forma adequada mostra-se como um instrumento válido e eficaz para “otimizar os possíveis pontos de tensão”, solucionando, os aparentes conflitos ou contradições.

Além do explanado, não seria possível concluir o tópico em exame sem trazer à colação os ensinamentos de KONRAD HESSE, quando consigna o Mestre: “*Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que*

¹⁴⁵ CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁶ *Interpretação...*, *op. cit.*, p. 188.

se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.”¹⁴⁷

¹⁴⁷ *Apud* LUÍS ROBERTO BARROSO, **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 189.

3 – A ATIVIDADE INTERPRETATIVA

3.1 – Da Atividade Interpretativa - Generalidades

Inicialmente, a título de esclarecimento, pretendemos deixar claro, desde já, que o estudo acerca da interpretação jurídica aqui levado a efeito, não tem o objetivo de esmiuçar o assunto. Trata-se de um veículo de que lançamos mão para alcançar a meta do presente trabalho, que é a investigação relativamente à utilização da medida provisória para fins de gravames tributários, o que será feito em dois momentos distintos: o primeiro com base na redação original do artigo 62 da CF/88 e o segundo, analisando-se as alterações promovidas através da edição da EC 32/2001.

Parece-nos indubitável, que a interpretação jurídica se encontra inserida num **contexto** significativamente **problemático**, contexto ainda atual, **possivelmente ainda mais problemático**. Com efeito, a busca pelo “verdadeiro sentido da norma” sempre esteve acompanhada de muitas dificuldades, o que até nos parece normal, tendo em vista a problemática de cunho essencialista/metafísico embutida na expressão *verdadeiro sentido da norma*.

Não obstante às complexidades que norteiam a atividade interpretativa, urge ressaltar que é através da “adequada” compreensão e, por conseguinte, interpretação da norma jurídica, que o Direito pode cumprir, com sucesso, sua finalidade.

Sobre o assunto, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ ensina que interpretar: “ *consiste em atribuir significado a coisas, sinais, fatos ou acontecimentos; quer dizer desentranhar o sentido da expressão, explicar ou aclarar o sentido das coisas, fatos, sinais, acontecimentos; dar significado ao vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado*”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ **Processos Informais de Mudança da Constituição**, p. 19-20.

PAULO BONAVIDES assinala que: “*Interpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro.*”¹⁴⁹. Prossegue BONAVIDES assim dispondo: “*Busca a interpretação portanto estabelecer o sentido objetivo de uma regra de direito. Questiona a lei não o direito (...) Não há norma jurídica que dispense interpretação.*” (grifamos)¹⁵⁰

Sobre o conceito de interpretação, agora com uma nuance maior para a interpretação constitucional, PETER HÄBERLE, Professor da Universidade de Augsburg, preleciona:

“O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit). Toda a atualização da Constituição, por meio da atuação de cada indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (um texto)”.¹⁵¹

Segundo CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, a interpretação consiste numa atividade “...que tem como destino expor o significado de uma expressão, podendo também, consistir no resultado de uma atividade. Razão pela qual, alguns autores mencionam acerca da existência de uma teoria da atividade interpretativa.” (sic)¹⁵²

DE PLÁCIDO E SILVA aduz que o termo deriva do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare*, que pode significar: explicar, traduzir, esclarecer. Prossegue o citado Mestre, dizendo que:

¹⁴⁹ Curso..., *op. cit.*, p. 437

¹⁵⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵¹ HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição, p. 13-14.

¹⁵² *Apud* CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 23.

“A interpretação a respeito da lei, vem fixar sua inteligência ou seu sentido relativamente ao fato, a que deve ser aplicada, *quando não é claro o seu pensamento, ou quando há dúvida acerca de seu pensamento*, em frente ao fato concreto. Assim sendo, em sentido amplo, a *interpretação da lei*, deve ser também entendida como sua adaptação aos casos concretos, a fim de que, por essa forma, se obtenha uma justa aplicação dela, segundo o pensamento originário do legislador.”¹⁵³

Na tradicional lição de EMILIO BETTI, nos termos da citação do professor FRAN FIGUEIREDO *ad litteram*:

“(....), a interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada para reconhecer e reconstruir o significado a atribuir na órbita da ordem jurídica à forma representativa que seja fonte de valorização jurídica ou que constitua objeto desta valorização. A fonte de valorização jurídica, no caso, são normas e preceitos jurídicos produzidos em decorrência de uma competência legislativa. Objeto de valorização tanto pode ser uma declaração ou um comportamento que tenha relevância para a norma ou preceito jurídico em vigor.

No entender do mestre italiano, a interpretação jurídica não é senão uma espécie, talvez a mais importante, do gênero interpretação em função normativa”¹⁵⁴

Prossegue FRAN FIGUEIREDO, ainda a discorrer acerca do entendimento de EMILIO BETTI informando que o ilustre jurista italiano deixa claro “...que interpretar não é apenas tornar a conhecer uma manifestação de pensamento, mas tornar à conhecê-la para integrá-la e realizá-la na vida da relação.”¹⁵⁵

Conforme exposto na introdução deste trabalho, pretendemos através da interpretação sistemática da Lei Maior, refletir acerca da utilização da

¹⁵³ **Vocabulário Jurídico**, p. 444-445.

¹⁵⁴ Introdução à Teoria da Interpretação Constitucional, **Revista de Informação Legislativa**, n. 87, p. 176.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 177.

medida provisória como veículo “competente” para inovar o ordenamento jurídico, para fins de instituir ou majorar tributos.

Logo, tendo em vista que a interpretação constitucional se caracteriza como instrumento fundamental para que possamos, de forma adequada, analisar e tecer algumas considerações, sobre o objetivo que norteia o presente estudo; oportuno que façamos uma breve síntese acerca dos princípios que instrumentalizam a atividade interpretativa da norma constitucional.

Nesse sentido, vejamos o escólio de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, quando aponta os denominados “princípios da interpretação constitucional”, quais sejam:

“a) princípio da *unidade da Constituição*: as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno e unitário de regras e princípios;

b) princípio do *efeito integrador* : na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, posto que essa é uma das finalidades primordiais da Constituição;

c) princípio da *máxima efetividade*: na interpretação das normas constitucionais devemos atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade;

d) princípio da *conformidade funcional*: o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a resultados que subvertam ou perturbem o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, como o da separação dos poderes e funções do Estado;

e) princípio da *concordância prática* ou da *harmonização*: os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um princípio não implique o sacrifício de outro, o que só se alcança na aplicação ou prática do texto;

f) princípio da força *normativa* da Constituição: na interpretação constitucional devemos dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes;

g) princípio da interpretação *conforme* a Constituição: em face das normas infra-constitucionais polissêmicas ou plurissignificativas, deve-se dar prevalência à interpretação que lhes confira sentido compatível e não conflitante com a Constituição, não sendo permitido ao intérprete,

no entanto – a pretexto de conseguir essa conformidade – contrariar o sentido literal da lei e o objetivo que o legislador, inequivocadamente, pretendeu alcançar com a regulamentação.” (sic)¹⁵⁶

ANNA CÂNDIDA CUNHA FERRAZ, ao tratar da função da interpretação constitucional, preleciona :

“Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional, uma função, qual seja, à aplicação do texto constitucional. Quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve necessariamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige, antes, a interpretação, ‘momento essencial e pressuposto indispensável para a aplicação, se por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional.’”¹⁵⁷

Conclui a citada mestra afirmando que “...a interpretação é *conditio sine qua non para a aplicação da norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível*” (grifamos)¹⁵⁸

Logo, com esteio nos ensinamentos acima colacionados, podemos concluir, sem qualquer receio, que a interpretação constitucional se evidencia como uma atividade indispensável para fins de possibilitar a compreensão da norma constitucional e, por conseguinte, possibilitar a sua efetiva aplicação. Acentuando-se, ainda, **que a interpretação constitucional figura uma espécie entre o gênero da interpretação das leis em geral**, todavia essa atividade deve ser informada por princípios específicos a fim de auxiliar e qualificar a ação do intérprete.

Além disso, **necessário destacar que não pretendemos, no presente estudo versar todos os métodos utilizados para a interpretação, mormente para interpretação da norma constitucional.** Todavia, nosso estudo

¹⁵⁶ *Interpretação Constitucional*, p. 91-92.

¹⁵⁷ *Processos Informais...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

limita-se-á, mais especificamente aos métodos clássicos para a interpretação, opção essa por nós abraçada, o que não significa que seja a mais adequada¹⁵⁹. Nada obstante, como ponto de partida, podemos afirmar que nenhum método de interpretação se mostra mais ou menos adequado. Com efeito, todos constituem instrumentos cuja aplicação de um ou de outro, ou de ambos todos ao mesmo tempo, restará apontada por ocasião do exame do caso concreto. Logo, via de regra, todos os métodos “mostram-se úteis” e a escolha deve ser feita de acordo com o que se mostre mais adequado ao caso concreto.

Ao discorrer acerca dos principais métodos para interpretação constitucional, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ aponta, em primeiro plano, a interpretação gramatical e a interpretação lógica, sendo que esta se subdivide em três caminhos: o histórico, o teleológico e o sistemático.¹⁶⁰

E ainda, urge ressaltar, com a mesma jurista que “...*pela interpretação lógica busca-se reconstruir o pensamento ou a intenção do constituinte, de modo de alcançar, depois, a precisa vontade do texto constitucional.*”¹⁶¹

Feitas essas considerações, passemos ao exame dos métodos (clássicos) de interpretação propriamente ditos.

¹⁵⁹ Nesse aspecto, temos em mente o alerta de PAULO BONAVIDES, quando discorre acerca das peculiaridades que gravitam em torno da interpretação do texto constitucional: “A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão do seu conteúdo, se aparte em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para fixação do sentido e alcance de outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional” (p. 130). Prossegue o citado autor, manifestando sua predileção pela interpretação sistemática, quando afirma “De modo que nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de organização ou construção do Estado, será idônea fora dos cânones da interpretação sistemática, única apta a iluminar a regra constitucional em todas as suas possíveis dimensões de sentido para exprimir-lhe corretamente o alcance e grau de eficácia.” -Curso op. cit., p. 131. Nesse contexto, aproveitamos o ensejo para explicar o motivo de nossa escolha dos métodos clássicos de interpretação, não trazendo à baila outros métodos citados pela hermenêutica. Com efeito, entendemos que os métodos clássicos da atividade interpretativa servem como um ponto de partida para a interpretação em geral, inclusive a constitucional, sendo que nesse caso, os métodos clássicos – entre eles o sistemático (dada a sua relevância) – devem ser informados pelos princípios que norteiam a interpretação constitucional propriamente dita, razão pela qual alguns desses princípios foram citados anteriormente.

¹⁶⁰ **Processos Informais** op cit., p. 36-44.

¹⁶¹ Ibidem, p. 40.

3.2 Os Denominados Métodos Clássicos de Interpretação

3.2.1 -A Interpretação Gramatical

*“A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo, o texto da lei forma o substrato de que partir e em que deve repousar o intérprete.”*¹⁶²

Segundo PAULO BONAVIDES, *“O método de interpretação gramatical, também conhecido debaixo das designações de interpretação filológica, literal ou léxica, supõe uma análise ou averiguação do teor da lei. Está volvida sobretudo para o significado literal das palavras, que se examinam isoladamente ou no contexto da frase, mediante o emprego de meios gramaticais e etimológicos”*.¹⁶³

As palavras são signos, símbolos, que podem apresentar vários significados, porém, é a interpretação gramatical que vai delimitar a área dentro da qual o intérprete vai atuar. Afinal de contas, as palavras possuem sentidos mínimos que devem ser respeitados pelo intérprete.¹⁶⁴

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. esclarece que esse tipo de interpretação, à qual chama de interpretação vocabular, de regra, tem recebido o nome de interpretação gramatical, sendo que tal método durante um longo período de tempo, sofreu várias críticas, pois se questionava a legitimidade de uma hermenêutica que ao examinar o texto buscasse seu sentido literal.¹⁶⁵

Prossegue o Mestre em seu arrazoado, alertando que:

“Mesmo regida por um princípio de economia de pensamento, a hermenêutica jurídica raras vezes consegue limitar-se ao sentido

¹⁶² LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação op. cit.*, p. 127.

¹⁶³ *Curso op. cit.*, p. 440.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 129-130.

¹⁶⁵ *A Ciência do Direito*, p. 76.

vocabular do texto, quer comum, quer técnico. Assim, ao lado da interpretação vocabular (gramatical), o jurista se vê obrigado, para obter um sentido razoável, a valer-se de técnicas, de objetivos mais amplos, que buscam, então, o sentido contextual da norma. Falamos em interpretação lógica e sistemática. A interpretação gramatical é, pois, apenas o ponto de partida, e nunca ou quase nunca um fim do processo.” (sic)¹⁶⁶

Nesse sentido também é o entendimento de LUÍS ROBERTO BARROSO, quando afirma que “A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo”.¹⁶⁷

JUAREZ FREITAS não discrepa desse entendimento, afirmando que “A chamada interpretação literal surge, apenas, como uma das fases (a primeira, cronologicamente), da interpretação sistemática, (...)”.¹⁶⁸

Sobre a interpretação gramatical, IVAN LIRA DE CARVALHO, apontando alguns princípios adotados pelos filiados à Escola da Exegese, por ocasião da aplicação do método gramatical, assim dispõe:

“(i) – As palavras devem ser analisadas em articulação com os outros vocábulos do texto; (ii) – se uma palavra tem um sentido técnico ao lado de um sentido vulgar, deve o intérprete optar pelo sentido técnico; (iii) – o sentido comum da palavra, entretanto, não deverá ser desprezado, desde que não contenha inexatidões, impropriedades ou equívocidades; (iv) – o processo gramatical deve ser considerado como o início da atividade interpretativa do Direito, estando sujeito pois, às falhas e às imperfeições factíveis na atividade humana.”¹⁶⁹

Ante o explanado, concluímos que a interpretação gramatical tem alcance limitado, devendo evidentemente ser utilizada como um método inicial para atividade interpretativa do operador do Direito, geralmente como um ponto de partida.

¹⁶⁶ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁶⁷ **Interpretação...**, *op. cit.*, p. 127. E ainda, ao apontar a precariedade da utilização isolada da interpretação gramatical, BARROSO na nota de rodapé n. 90, traz à colação pitoresca passagem mencionada pelo ex Ministro **Luiz Galloti** do STF, que, ao julgar um recurso pronunciou-se nos seguintes termos: “De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Clélia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não veria mais seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso”.

¹⁶⁸ **A Interpretação Sistemática do Direito**, p. 78.

¹⁶⁹ A Interpretação da Norma Jurídica Constitucional e Infraconstitucional, **Revista de Direito Público**, n. 58, p. 320-321.

Todavia, o intérprete deve ser cuidadoso, e na maioria dos casos não se limitar a esse método, eis que, em face de sua limitação natural, muitas vezes, seu uso isolado pode levar a não raros equívocos.

3.2.2 – A Interpretação Histórica

A interpretação histórica é aquela que “..*consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da occasio legis. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode influir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos.*” (sic)¹⁷⁰

Nesse diapasão, PAULO BONAVIDES sobre o método histórico afirma: “(...) *o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico (...) trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da occasio legis*”.¹⁷¹

No mesmo sentido, reflete ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, expondo que o método histórico consiste na pesquisa do ambiente histórico que se apresentava quando dos debates e trabalhos preparatórios, à época da efetivação da assembléia constituinte. Pelo entendimento da dogmática jurídica, esse método volta-se para a busca da consciência popular através da própria consciência, para que, então, possa se “descobrir” a *mens legis*, indagando-se sobre a intenção do legislador, procurando-se compreender objetivamente a vontade expressa na lei.¹⁷²

E ainda, em suas razões, CUNHA FERRAZ, cita expressamente CARLOS MAXIMILIANO, quando ele assim discorre acerca do elemento histórico:

¹⁷⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação...*, op. cit., p. 131.

¹⁷¹ *Curso...*, op. cit., p. 446.

¹⁷² *Processos Informais...*, op. cit., p. 41.

“VIII – O elemento histórico auxilia a exegese do Código Básico, mantida a cautela de só atribuir aos debates no seio da constituinte o valor relativo que se deve dar, em geral, aos trabalhos parlamentares.”¹⁷³

Concluindo, o conhecimento e a apreciação dos elementos históricos que se apresentavam quando dos debates e trabalhos preparatórios, por ocasião da Assembléia Constituinte devem ser considerados - de forma relativa - pelo intérprete, no desenvolvimento de sua atividade, isso porque, muitas vezes, o exame do contexto histórico-social e, por conseguinte, das condições que nortearam a elaboração da lei, pode servir de auxílio no processo interpretativo. Todavia, esse método deve ser conjugado com outros, especialmente o teleológico e o sistemático.

3.2.3 – A Interpretação Teleológica.

O método interpretativo denominado como teleológico é aquele que procura “revelar” a finalidade da norma. Há muito se defende que as normas devem ser aplicadas para fins de atender “ao seu espírito” e à sua finalidade. Através do método teleológico, o que se procura é revelar o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento jurídico com a edição a norma.¹⁷⁴

Segundo ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ:

“A diferença entre a utilização do elemento histórico ou teleológico na interpretação constitucional e nas leis em geral reside em especial no fato de que, na interpretação constitucional, não se limita o intérprete a analisar o conteúdo aparentemente cristalizado na norma. Procuram-se sobretudo, os substratos históricos, políticos, ideológicos que estão na origem da Constituição ou que defluem da norma. (...) Nesta perspectiva, a análise interpretativa tem forte base subjetiva, ponto que torna o uso desse método muito vulnerável e criticável, justificando-se a recomendação de cautela na utilização do mesmo”.¹⁷⁵

¹⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação..., op. cit.*, p. 137.

¹⁷⁵ *Processos Informais..., op. cit.*, p. 42.

A par do acima transcrito, a autora aponta no sentido de que os métodos histórico e teleológico assumem “particular relevo” na atividade do intérprete, tendo em vista a especificidade da matéria constitucional.¹⁷⁶

Com efeito, quando da promulgação de uma Constituição visa-se suprir uma gama de necessidades que atendam às finalidades para as quais ela foi criada. A interpretação teleológica busca, portanto, encontrar e assegurar a efetivação dessas finalidades.¹⁷⁷

3.2.4 – A interpretação Sistemática

A interpretação sistemática tem estreita relação como o princípio da Unidade da Constituição. Podemos dizer até que se afigura como uma decorrência dele.

Acentua IVAN LIRA DE CARVALHO FILHO que “*Na interpretação sistemática, todas as normas devem ser analisadas tendo em conta as suas interrelações com outras normas do ordenamento.*”¹⁷⁸

Para NORBERTO BOBBIO, denomina-se como interpretação sistemática:

“...aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito Privado ou o Direito Penal) constituem uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁷ *Ibidem, p. 42-43.*

¹⁷⁸ A Interpretação da Norma..., **Revista de Direito Público** n. 58, p. 321.

¹⁷⁹ **Teoria do Ordenamento...**, *op. cit.*, p. 76.

Segundo JUAREZ FREITAS,

“O intérprete sistemático deve assimilar que, para além de unilateralismos e de simplificações reducionistas, a visada do conjunto torna cognoscível o Direito em sua riqueza valorativa (o todo é maior do que as partes e deve ser, também, melhor) de sorte a transcender a antiga e inconsciente técnica de decompor em elementos simples, porquanto o pensamento apto a dar conta da complexidade mostra-se dialógico em todas as suas etapas.

()

O intérprete sistemático precisa, pois, ao concretizar o Direito, preservar a sua unidade substancial e formal, sobrepassando contradições nefastas (...)”¹⁸⁰

DE PLÁCIDO E SILVA define como sistemática a interpretação que “...associando os elementos gramatical e lógico, procura a exata inteligência da lei, tendo em vista a relação natural das palavras e do pensamento com a razão natural, justiça, ordem e bem geral, para atingir, por meio de fundadas e legítimas conclusões, o verdadeiro ou mais normal sentido do texto(...)”¹⁸¹

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, com assento nos ensinamentos de PIETRO CHIERCHIA e LI BASSI, assim dispõe:

“Por essa razão, afirma-se que a interpretação sistemática é necessária e até mesmo indispensável para aclarar o sentido de qualquer norma jurídica, **mais necessária ainda se apresenta na interpretação da Constituição que é, em si mesma, concebida pelo legislador constituinte como um sistema ‘baseado na concatenação lógica entre princípios e normas, na coerência entre o conteúdo das diversas proposições normativas nela encerradas e na coordenação desta com os fins perseguidos que não podem ser com ela incompatíveis’**”(grifamos)¹⁸²

Com efeito, considerar-se uma norma constitucional de modo isolado pode reduzir muito o seu sentido, e ainda pior, colocá-la em contradição com

¹⁸⁰ A interpretação..., op. cit., p. 63-69.

¹⁸¹ Vocabulário..., op. cit., p. 444.

¹⁸² Processos Informais..., op. cit., p. 43.

outra norma. Não se pode compreender integralmente um texto legal, sem antes entender suas partes, como também, não se mostra possível, pelo menos quando se objetiva um resultado adequado, entender as partes de “algo” sem a compreensão do seu todo. Para fins de que se alcance uma interpretação meridianamente boa, a visão da Constituição como um sistema mostra-se fundamental¹⁸³.

Oportuno destacar que, em face da noção de sistema, no que tange à Ciência do Direito Positivo, ela não pode ser encarado como mera aglutinação desordenada de proposições prescritivas. Nesse sentido, muito bem considera LUÍS ROBERTO BARROSO: “*O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é o fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico.* (grifamos)¹⁸⁴”

E ainda prossegue BARROSO, com apoio no ensinamento de FRANCESCO FERRARA, acrescentando que, “*A través dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e normas jurídicas.*”¹⁸⁵

Em assim sendo, para JUAREZ FREITAS:

“Em outras palavras, não se deve considerar a interpretação sistemática como simples elemento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, **que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação**” (grifamos)¹⁸⁶

¹⁸³ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação...*, op. cit., p. 134.

¹⁸⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸⁶ *A Interpretação Sistemática...*, op. cit., p. 72-74.

Com efeito, é tendo a interpretação sistemática como fiel instrumento que pretendemos tecer nossas conclusões acerca do ponto central do presente estudo - num primeiro momento - isso porque, a maior parte dos doutrinadores que entendem ser possível a utilização da medida provisória para fins de criação ou majoração de tributos, o faz com base na mera interpretação literal da norma inserida no artigo 62 da Lei Maior - **em sua redação origina** - eis que dizem que esse dispositivo não assinalava qualquer limitação de ordem material, apontando quais matérias não poderiam ser tratadas através desse instituto.

E assim interpretando, parece-nos que esses doutrinadores não levam em consideração o Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária, consoante o disposto no artigo 150, I, da Lei Maior, pois se assim procedessem, amparados na interpretação sistemática e por conseqüência, no princípio instrumental da Unidade da Constituição, tal conclusão, parece-nos, não seria possível em face do Sistema Constitucional e também, do Subsistema Constitucional Tributário. Porém, essa é uma discussão que examinaremos adiante.

3.2.5 – A Interpretação Conforme a Constituição e a Interpretação Evolutiva.

Inicialmente, gostaríamos de esclarecer que os dois métodos aqui citados, não se encaixam “exatamente” entre aqueles que poderíamos denominar como métodos clássicos de interpretação. Todavia, uma vez que esses se mostram relevantes quando se trata da interpretação de norma constitucional, acreditamos que algumas considerações sobre eles se evidenciam indispensáveis.

ALEXANDRE DE MORAES preleciona:

“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica da interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição

Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais(...)"¹⁸⁷

Consoante o pertinente ensinamento de KONRAD HESSE

"(...) uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa "consonância" existe não só então, quando a lei, sem a consideração dos pontos de vista jurídico-constitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição, ela pode também ser produzida por um conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei ser determinado por conteúdos da Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são, portanto, não só 'normas de exame', mas também 'normas materiais' para a determinação do conteúdo das leis ordinárias."¹⁸⁸

Sobre a interpretação conforme a constituição vejamos o ensinamento de PAULO BONAVIDES: "*A interpretação das leis 'conforme a Constituição', se já não for tomou método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais.*"¹⁸⁹ Prosseguindo, BONAVIDES explica:

"Decorre em primeiro lugar da natureza rígida das Constituições, da hierarquia das normas constitucionais – de onde promana o reconhecimento da superioridade da norma constitucional – e enfim do caráter da unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta. Em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

(...)

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída, ou via de solução."¹⁹⁰

¹⁸⁷ **Direito...**, *op cit.*, p. 43.

¹⁸⁸ **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 71.

¹⁸⁹ **Curso de Direito...**, *op. cit.*, p. 517.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 518.

Logo, conforme elucida o mesmo autor “A aplicação desse método, parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada ‘conforme a Constituição’”¹⁹¹

E ainda no que se refere à interpretação conforme a Constituição, ALEXANDRE DE MORAES alerta que esse tipo de interpretação só é possível quando a norma apresentar diversos significados, sendo uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não felizes no que se refere a essa compatibilidade.¹⁹²

Sobre o assunto, vale assinalar o entendimento de JUAREZ FREITAS para quem o interpretar conforme a constituição não se reveste de um método autônomo de interpretação, sendo uma mera faceta desta ação interpretativa sistemática, afirmando que “a interpretação conforme a constituição nada mais é do que uma das facetas da interpretação sistemática”.¹⁹³

No que se refere à interpretação evolutiva, para esse método, que se consubstancia na doutrina moderna, em face da concepção objetiva da Constituição, deve-se “...buscar, não a vontade do legislador histórico (a mens legislatoris), mas a vontade autônoma que emana da lei. O que é mais relevante não é a occasio legis, a conjuntura em que fora editada a norma, mas a ratio legis, o fundamento racional que a acompanha ao longo de sua vigência. Este é o chamado fundamento da chamada interpretação evolutiva.”¹⁹⁴

Através da interpretação evolutiva, sem que se altere a redação constitucional, torna-se possível que se dê novo significado ao conteúdo do texto. Isso ocorre em razão das mudanças históricas ou dos fatores de ordem política e social, que não se encontravam presentes na consciência dos constituintes quando elaboraram a Lei Maior.¹⁹⁵

Conforme o entendimento de RAMÓN REAL: “mantida dentro de seus limites legítimos, enquanto não contraria o texto nem o sistema da

¹⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹² **Direito...**, op. cit., p. 43.

¹⁹³ **A Interpretação...**, op. cit., p. 79.

¹⁹⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, **Interpretação...**, op. cit., p. 144.

¹⁹⁵ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, **Processos Informais...**, op. cit., p. 45.

*Constituição, é indispensável para mantê-la viva e adaptada às necessidades do povo e do governo”*¹⁹⁶

Logo, devidamente utilizada, a interpretação evolutiva consiste num relevante método para a interpretação constitucional, eis que permite a adoção da **“evolução dos significados da norma constitucional”**, possibilitando que a Lei Fundamental acompanhe a natural evolução do grupo social e, por conseguinte, tornando-se um meio hábil para fins de assegurar a efetividade das normas.

¹⁹⁶ *Apud* CUNHA FERRAZ, **Processos Informais...**, *op. cit.*, p. 46.

4- O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

4.1 – A Legalidade como um Direito Fundamental

Como bem alerta PAULO BONAVIDES, “...A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?”¹⁹⁷

O acima referido autor prossegue em suas razões e esclarece que temos presenciado o “...uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica”, acentuando que as expressões direitos humanos e direitos do homem são mais usadas entre os autores latinos e americanos, ao passo que a expressão direitos fundamentais é utilizada com frequência pelos autores germânicos.¹⁹⁸

Nesse passo, conclui PAULO BONAVIDES que:

“Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. **Ao lado dessa aceção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais**” (grifamos)¹⁹⁹

Acerca da questão, JOSÉ ROBERTO VIEIRA assinala que: “A expressão, preferida na doutrina germânica (*Grundrechte*), (...), correspondendo razoavelmente a outras expressões – direitos naturais, direitos humanos, direitos

¹⁹⁷ Curso de Direito..., *op. cit.*, p. 560.

¹⁹⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

individuais, direitos civis ou liberdades públicas – que Ricardo Lobo Torres aponta como sinônimas.”²⁰⁰

INGO WOLFGANG SARLET trata essa questão terminológica com muito cuidado, fazendo sua opção pela expressão direitos fundamentais, apontando para a clara heterogeneidade das expressões utilizadas, entre elas, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.²⁰¹

SARLET aponta para relevância da diferenciação entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, assinalando que...

“Em que pesem sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção e de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (*sic*).²⁰²

Sobre a questão em pauta, assinala JORGE MIRANDA qu,: “*Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”²⁰³

²⁰⁰ Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno, in OCTÁVIO CAMPOS FISCHER (coord) **Tributos e Direitos Fundamentais**, p. 175-176.

²⁰¹ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 31

²⁰² *Ibidem*, p. 33.. Prossegue o autor esclarecendo: “A consideração de que o termo direitos humanos pode ser equiparado ao de direitos naturais não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas do direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma, incontestável, a **dimensão histórica e relativa** dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural” p. 33-34, (grifamos).

²⁰³ **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, p. 7.

Outro aspecto que merece uma breve menção se refere às denominadas gerações/dimensões dos direitos fundamentais, sendo que, na atualidade cogita-se até de uma possível quarta dimensão dos direitos fundamentais.

INGO WOLFGANG SARLET manifesta sua preferência pelo termo “dimensão”, uma vez que, ao utilizar o termo “geração”, poderia ensejar a falsa idéia de que exista a superação de uma geração por outra.²⁰⁴

Nesse contexto aduz SARLET:

“Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso das expressões ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.”²⁰⁵

Conclui o autor afirmando que “...a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional moderno (...)”²⁰⁶

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, oponíveis ao estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando, ainda, uma subjetividade que é seu traço característico. São direitos de oposição ou resistência perante o estado. Enquadram-se na categoria de *status negativos* - classificação de Jellinek.²⁰⁷

Ainda segundo a lição de BONAVIDES, os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como, os direitos coletivos ou de coletividades. Surgiram apoiados no Princípio da Igualdade, do qual, inclusive, não se podem separar. São direitos que exigem do estado certas prestações

²⁰⁴ A Eficácia..., *op. cit.*, p. 49.

²⁰⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 40-50

²⁰⁷ PAULO BONAVIDES, *Curso...*, *op. cit.*, p. 563-564.

materiais. Enquadram-se, aqui, os denominados direitos fundamentais sociais ou prestacionais.²⁰⁸

Nos direitos fundamentais de segunda dimensão, nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET,

“Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. (...), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa” (*sic*)²⁰⁹

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também conhecidos como direitos da fraternidade ou da solidariedade, têm como nota distintiva o fato de se desligarem da figura do homem enquanto indivíduo, como seu titular, titularidade essa que é transposta para um grupo de pessoas. Por isso, os direitos de terceira dimensão caracterizam-se como os direitos de titularidade difusa ou coletiva.²¹⁰ São exemplos de direitos fundamentais de terceira dimensão: o direito ao desenvolvimento, o direito de comunicação, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio histórico etc...²¹¹

Os direitos fundamentais, nas palavras de PAULO FERREIRA DA CUNHA, lição lembrada por JOSÉ ROBERTO VIEIRA, são essenciais para o desenvolvimento da vida humana, desenvolvimento pleno e de conformidade com a diretriz da dignidade da pessoa humana,

“Os Direitos Fundamentais, pela sua própria designação, já inculcam a idéia de essencialidade, magna importância, ou carácter estruturante, e evocam as imagens de esteio, estrutura, alicerce, fundação, ou...fundamento. A *fundamentalidade* parece, assim, uma característica evidente e imanente dos direitos fundamentais. Ou seja: tudo indica que, dentre os vários direitos, esses a que designamos como fundamentais serão, relativamente aos demais, um *prius* valorativo,

²⁰⁸ Curso..., *op. cit.*, p. 564.

²⁰⁹ A Eficácia..., *op. cit.*, p. 51.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 52

²¹¹ PAULO BONAVIDES, Curso..., *op. cit.*, p. 569.

lógico e ontológico; e nessa perspectiva, estão antes deles e são a base em que os demais repousam; legitimam-nos, explicam-nos na sua radicação e até na sua gênese”(sic)²¹²

Ainda com relação aos direitos fundamentais, impende que se faça, ainda que em apertada síntese, uma análise acerca da construção de ROBERT ALEXY sobre os direitos fundamentais.

Segundo essa classificação, reconhece-se a existência de direitos fundamentais a ações negativas, - que correspondem aos clássicos direito de defesa - e de direitos a ações positivas do estado, correspondendo estas aos direitos a prestações estatais.²¹³

Nesse passo, os direitos fundamentais são classificados como: (1) direitos fundamentais de defesa e (2) direitos fundamentais a ações positivas ou direitos prestacionais em sentido amplo, que se subdividem em: (2.1) direitos à proteção, (2.2) direitos à organização e procedimento e (2.3) direitos prestacionais em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais.

Quando nos referimos a direitos fundamentais de defesa, podemos compreender como sendo aqueles que sustentam as estruturas do modelo clássico do estado liberal-burguês, destinados a proteger os particulares das eventuais e possíveis intervenções do Estado. Portanto, ao contrário dos direitos prestacionais em sentido estrito que acarretam a necessidade de uma ação positiva, os direitos de defesa reclamam uma omissão/abstenção por parte do estado.

Sobre o assunto, INGO WOLFGANG SARLET considera que:

“ De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.

(...)

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito da proteção do

²¹² *Apud* JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **Legalidade Tributária...**, *op. cit.*, p. 177.

²¹³ PAULO LEIVAS, **A Estrutura Normativa...**, *op. cit.*, p. 67.

direito fundamental, ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”.²¹⁴

Ainda com apoio nos ensinamentos de INGO SARLET, importante frisar que,

“Na esteira destas considerações importa consignar, que esta ‘função defensiva’ dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas sim a sua formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, **de tal sorte que a intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.**” (grifamos) (sic)²¹⁵

Na passagem acima transcrita, acreditamos estar a devida caracterização da estrita legalidade tributária como um direito fundamental de primeira dimensão. Cumpre destacar que a legalidade genérica, prevista no artigo 5º, II, da Lei Maior, é catalogada no rol dos direitos e garantias individuais (entendam-se: fundamentais) do cidadão. Não bastasse essa previsão, o constituinte originário, ao tratar do sistema tributário constitucional, entendeu por bem reforçar essa diretriz, o que fez através da regra estabelecida no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Trata-se aqui, de regra que não comporta exceção, conforme será adiante demonstrado, tratando-se, de direito-garantia que protege o cidadão-contribuinte contra as investidas do estado que estejam em desconformidade com essa assertiva.

Logo, a legalidade, e mais ainda, a estrita legalidade tributária consubstancia-se como um direito fundamental de primeira geração do cidadão-contribuinte, servindo de escudo para as interferências indevidas contra sua liberdade e seu patrimônio.

²¹⁴ **A Eficácia...**, *op. cit.*, p. 170-171.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 171.

Refere-se, pois, a um direito fundamental que integra o denominado Estatuto do Contribuinte, segundo a definição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“Define-se o *estatuto do contribuinte*, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que positiva ou negativamente estipulam os direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões impositivas do Estado...”²¹⁶

Do mesmo modo que a estrita legalidade tributária, os princípios da capacidade contributiva, da anterioridade, da irretroatividade, entre outros, são exemplos de direitos fundamentais do cidadão contribuinte que integram nossa Magna Carta, bem como, o denominado “Estatuto do Contribuinte”.

Segundo JOSÉ ROBERTO VIEIRA, quando o autor comenta o “Estatuto do Contribuinte”,

“A esse complexo de direitos e deveres do contribuinte, indubitavelmente pertence o Princípio da Legalidade Tributária, como afirmam em concerto Paulo de Barros Carvalho, Ricardo Lobo Torres, Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho. E pertence ao estatuto do contribuinte a Legalidade Tributária para desempenhar uma *função de garantia*, como defendem Lobo Torres, Sacha Calmon e José Afonso.”²¹⁷

Diante do exposto, entendemos que a estrita legalidade tributária, prevista no artigo 150, I, da Lei Maior, a caracterizada como uma especificidade do direito fundamental à legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Lei Mãe, encontra lugar destacado entre os direitos e garantias do cidadão-contribuinte, revelando-se como um dos seus direitos fundamentais de primeira dimensão do cidadão.

²¹⁶ Estatuto do Contribuinte, Direitos, Garantias Individuais em Matéria Tributária e Limitações Constitucionais nas Relações entre Fisco e Contribuinte, **Revista de Direito Tributário**, nº 7-8, p. 138.

²¹⁷ **Legalidade** ..., *op. cit.*, p. 178

4.2 - O Princípio da Legalidade – Uma Breve Retrospectiva de sua Evolução Histórica e Algumas Considerações Iniciais.

Preambularmente, antes de ingressarmos no tópico em destaque, convém relembrar a noção do que é um princípio, evidenciando sua extrema relevância em qualquer ordenamento jurídico, especialmente quando se trata de um ordenamento constitucional.

Temos que “...princípio é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.”²¹⁸

Tratando, especificamente, do tópico epigrafado, o Princípio da Legalidade já se evidenciava mesmo antes do advento da Magna Charta de 1215, diploma esse que em geral é apontado pela maioria da doutrina, como sendo o primeiro onde foi estabelecido o princípio em questão.

Nesse sentido, assinala JOSÉ ROBERTO VIEIRA que “*O senso comum entre os juristas, notadamente entre os estudiosos do Direito Tributário, é que o Princípio da Legalidade tem uma data e um local certo para a sua concepção: 15 de junho de 1215, em Runnymede, na Inglaterra, quando da promulgação da Magna Charta Libertatum, pelo rei João Sem Terra*”.²¹⁹

Todavia, o Professor VICTOR UCKMAR elenca uma série de eventos onde resta demonstrado que, antes mesmo do advento da Magna Charta, já existiam robustas evidências direcionadas ao Princípio da Legalidade em matéria tributária. Entre esses eventos, merecem destaque:

(i) O Concílio de Latrão, datado de 1179, pelo qual ficou proibido que os bispos taxassem seu clero, sem que houvesse o consenso manifestado por seus arqui-diáconos.

²¹⁸ ROQUE ANTONIO CARRAZA, *Curso...*; *op. cit.*, p. 31.

²¹⁹ *Medidas Provisórias...*; *op. cit.*, p. 103.

(ii) A deliberação tomada em 1188, para fins de custear as despesas da cruzada contra Saladino, onde foi fixado um tributo no percentual de 10% sobre a renda dos leigos e também do clero.

(iii) Por ocasião do resgate de Ricardo I, em 1192, para fins de recolher cem mil libras esterlinas, foram convocadas reuniões e assembléias durante as quais se deliberou no sentido de exigir um *ecuage* de vinte *shillings* de cada *Knight's fee*, um quarto da renda de todos os leigos e um quarto das rendas temporárias do clero. Nessa ocasião, o consentimento da comunidade foi essencial para possibilitar a cobrança dos valores.²²⁰

Não obstante os eventos acima elencados, os autores insistem em apontar a Magna Charta, talvez em razão das suas características de generalidade e abstração, tornando-a aplicável às situações que envolviam tributos, no que esse diploma divergia dos demais documentos medievais típicos. Nesse aspecto, esclarece JOSÉ ROBERTO VIEIRA que:

“Insistem, contudo, os autores em destacar a **Magna Carta**, muito provavelmente pelas suas **características de generalidade e abstração**, que a tornavam potencialmente aplicável a todas as situações que envolviam tributos, no que se distingue nitidamente dos documentos medievais típicos, voltados para situações específicas e concretas, às quais eram aplicáveis em caráter exclusivo. A *natureza contratual* destes contrapôs-se a *natureza legal* daquela.”²²¹

Na seqüência, o descontentamento do povo em geral com toda a opressão, principalmente em matéria tributária, suscitou uma série de movimentos de reforma, entre eles destacando-se a Revolução Francesa e a Revolução Americana, movimentos esses, que indiretamente, ensejaram a origem de princípios basilares do Direito Constitucional.²²²

Assim, com a evolução da Teoria Constitucional e as noções de Estado de Direito, parece-nos indubitável que o Princípio da Legalidade, junto ao da

²²⁰ **Princípios Comuns do Direito Constitucional Tributário**, p. 21-25.

²²¹ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 104.

²²² VICTOR UCKMAR, **Princípios Comuns...**, *op. cit.*, p. 31.

Igualdade, revestem-se da condição de fundamento de qualquer estado que queira fugir aos rótulos de “absolutista” e “totalitário”.

4.3 – Da Estrita Legalidade Tributária – Um Paralelo com a Legalidade Genérica

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, quando dispõe sobre os direitos e deveres individuais, no inciso II, estabelece: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*”

Nesse dispositivo constitucional vislumbramos claramente o princípio da Legalidade Genérica, anteriormente comentado, princípio esse, segundo nossa Lei Maior, qualificado como um direito-garantia individual, por força da própria norma constitucional.

No que tange especificamente à matéria tributária, não bastando o enunciado da Legalidade Genérica, catalogado no artigo 5º, II, da Lei Suprema, nosso ordenamento constitucional ao tratar, do Sistema Tributário Nacional, artigos 145 e seguintes, expressamente prevê, no artigo 150, I, que:

“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes, é **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – **exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça**” (grifamos)

Diante disso, nossa Lei das Leis, agora à luz de um enfoque da matéria exclusivamente tributária, é **taxativa ao expressamente exigir a existência de lei, devendo ela ser compreendida no seu sentido genuíno**, caso contrário não haveria razão para o Princípio da Legalidade ser novamente previsto no corpo da Constituição. Nesse contexto, acreditamos que o constituinte, ao estabelecer a Legalidade num dispositivo voltado exclusivamente ao Direito Tributário, visou reforçar o comando em destaque, implicando um *plus* ao comando da Legalidade

Genérica, para fins de instituição ou majoração da carga tributária. E é isso que a doutrina costuma denominar como o Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária, ou ainda, como o Princípio da Reserva Absoluta de Lei Formal.

E esse reforço, esse *plus*, mostra-se plenamente justificado, eis que é através da efetiva observância do Princípio da Estrita Legalidade Tributária que se possibilita a realização da autotributação e, por conseguinte, da participação - ainda que através de seus representantes - e consentimento dos cidadãos, com relação ao ônus tributário que terão que suportar, dando, por via de consequência, legitimidade a essa exigência.

Conforme salienta CARRAZA, a autotributação manifesta-se: *“a)... no consentimento dos representantes das pessoas que devem suportar os tributos; e b) na estrita vinculação à lei, seja do lançamento, da cobrança das exações.”*²²³

Além disso, faz-se necessário que a lei instituidora do tributo disponha acerca de todos os elementos necessários à devida descrição do fato jurídico tributário, devendo, pois, a norma, dispor sobre a hipótese (critérios material, temporal, espacial) e consequente (sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota), uma vez que *“...criar um tributo é descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo, sua alíquota. Em suma: é ditar pormenorizadamente, a norma jurídica tributária.”*²²⁴

Nesse sentido, aponta ZELMO DALARI: *“...o princípio da legalidade é o da estrita legalidade tributária, pois quando o art. 150, I, da Constituição Federal e o art. 97 do CTN condicionam a instituição ou aumento do tributo à edição de lei, querem se referir, naturalmente, à lei ordinária federal, estadual ou municipal.”*²²⁵

Portanto, a Estrita Legalidade em matéria tributária exige que a criação ou majoração de tributos já existentes, seja veiculada através de lei no seu

²²³ Curso..., 18 ed., *op. cit.*, p. 216.

²²⁴ ROQUE ANTONIO CARRAZA, *ibidem*, *loc. cit.*

²²⁵ Apud IVO DANTAS, **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias**, p. 134.

aspecto formal, ou seja, lei como produto decorrente da atividade do legislativo, observados os requisitos e procedimentos em lei previstos.

Feitas essas considerações, passemos ao exame do Princípio da Estrita Legalidade Tributária e seus efeitos inevitáveis.

4.4 – A Estrita Legalidade Tributária – Regra sem Exceção.

Conforme aduzido no tópico anterior, além da Legalidade Genérica, prevista no artigo 5º, II, da Constituição, nossa Carta, ao tratar do Subsistema Constitucional Tributário, através da disposição do artigo 150, I, é cristalina ao estabelecer que é **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir ou majorar tributos sem lei que assim o estabeleça.

É esse princípio constitucional, que a doutrina costuma denominar como o da Estrita Legalidade Tributária, implica que, para fins de se levar a efeito gravame na carga tributária, faz-se imprescindível a existência de lei formal que assim o determine; eis que apenas a lei, como produto do Poder Legislativo, titular da representatividade popular, é veículo competente para tratar dessa questão, quando se está diante de um Estado Democrático de Direito - assegurando a auto-imposição no que se refere a carga tributária - como a República Federativa do Brasil, o que afirmamos com base em expresse mandamento constitucional.

Sobre a questão em pauta, vejamos os argumentos de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA:

“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 tributo”** (grifamos)²²⁶

O Princípio da Legalidade é considerado, nos termos do nosso ordenamento constitucional, como um direito individual, tanto que é assim expressamente disposto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Logo, por singela dedução, ao ser novamente tratado, no Sistema Tributário Nacional, podemos concluir que a intenção do constituinte foi **reforçar essa diretriz suprema, pilastra que sustenta a própria concepção de República. Eis que, sendo uma especificidade do Princípio da Legalidade Genérica, parece-nos lógico concluir, que a estrita legalidade tributária é dotada de um *plus* em relação à Legalidade Genérica. Com abrigo em tais considerações, acreditamos, com fundamento na interpretação sistemática da Lei Mãe, que a Legalidade Genérica está a referir-se à existência de um ato normativo primário legitimamente editado, enquanto que a Estrita Legalidade Tributária somente se satisfaz por intermédio da lei no seu sentido genuíno, qual seja, a lei formal.**

Ademais, uma vez qualificado como direito individual, o Princípio da Estrita Legalidade Tributária sequer pode ser objeto de delegação legislativa, nos termos no disposto no artigo 68, § 1º, II, quando estabelece:

“ Art. 68 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional:
Parágrafo 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais” (grifamos)

²²⁶ Medida Provisória..., *op. cit.*, p. 122.

A Estrita Legalidade Tributária, também é denominada por alguns autores como sendo o Princípio da Reserva Absoluta de Lei. Nesse sentido, vejamos o que nos ensina ALBERTO XAVIER:

“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 – juiz ou administrador – 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**”²²⁷

Ainda no que se refere à chamada Reserva Absoluta de Lei Formal para a instituição ou majoração de tributos, vejamos o que aduz AIRES BARRETO: “*Difere, mercê de seus estreitos contornos, do princípio albergado no inciso II, do art. 5º. A reserva relativa de lei que enuncia o conteúdo deste último e basilar preceptivo, não satisfaz, nem é suficiente, à instituição ou aumento de tributos. (,,,) Vigora, destarte, nessa matéria, o princípio da reserva absoluta de lei formal*” (grifamos)²²⁸

YOSHIAKI ICHIHARA, sobre a necessidade de lei formal para fins de criar ou majorar tributo já existente, discorre:

“Entretanto, a lei que institui, reduz ou aumenta o TRIBUTO, descrevendo a hipótese de incidência, na feliz expressão de GERALDO ATALIBA, fazendo nascer a obrigação tributária consistente no comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos (*obrigação de dar*), **exige a lei formal, ou seja, o veículo normativo;... deve ser lei emanada do Poder Legislativo, discutida, aprovada e lançada no mundo jurídico, segundo o processo legislativo previsto na própria Constituição (arts. 61 a 69 da Constituição Federal).**” (grifamos)²²⁹

²²⁷ Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, p. 484.

²²⁸ Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais, p. 137.

²²⁹ Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988, p. 73.

Vejamos o comentário de MISABEL ABREU MACHADO DERZI ao atualizar a obra “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar” do eternamente saudoso ALIOMAR BALEEIRO: *“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. A anterioridade, a irretroatividade, o afastamento da analogia e dos costumes, no que concerne à instituição dos tributos e sua quantificação, reforçam, com extrema energia, a segurança jurídica.”*²³⁰

Ante o explanado, podemos concluir que, em face da Estrita Legalidade em Matéria Tributária, o que se afirma com abrigo no texto constitucional que vigora entre nós (artigo 150, I), a instituição ou majoração de tributos **só podem ser veiculadas através de lei no sentido material e formal, ou seja, a lei como produto do legislativo, sob pena de violar-se não apenas o Princípio da Estrita Legalidade Tributária, mas também o Princípio Republicano.**

E a lei instituidora do tributo, conforme já exposto no tópico anterior, deve conter todos os elementos necessários à perfeita descrição do fato jurídico tributário, ou seja, da sua análise, da sua interpretação pelo operador jurídico, deve brotar sem obscuridades a norma jurídica tributária legitimadora da exação.

Nesse sentido, aponta AIRES BARRETO: *“O princípio da legalidade é único, seja no caso de instituição de tributo, seja no de aumento. A criação de tributo, ou a sua majoração, só podem ser efetuadas por lei. (...) a criação consiste no definir em lei os aspectos da hipótese de incidência, em estabelecer o critério de mensuração (base de cálculo) e definir a alíquota.”*²³¹

Alguns autores apontam a **existência de possíveis exceções à legalidade em matéria tributária**. Para tanto, aduzem que em razão dos impostos previstos no artigo 153, incisos I, II, IV e V: imposto de importação de produtos estrangeiros, de exportação de produtos nacionais ou nacionalizados, produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativos a títulos ou valores mobiliários.

²³⁰ Nota 14, ALIOMAR BALEEIRO, **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, p. 73.

²³¹ **Base de Cálculo...**, *op. cit.*, p. 147.

Argumentam que essa possível exceção à Estrita Legalidade Tributária reside no fato de que ao Presidente da República é facultado alterar as alíquotas dos impostos acima mencionados. **Todavia, essa alteração só se faz possível nas condições e dentro dos limites fixados na lei pertinente.**

Posto isso, o que ocorre, segundo nosso entendimento, não é uma exceção ao Princípio da Legalidade Tributária porque o Chefe do Executivo Nacional, ao agir, **está adstrito, “amarrado” aos parâmetros previamente estabelecidos em lei.** Opera-se, então, uma possível flutuação entre as alíquotas fixadas como mínima e máxima, sendo que é vedado ao Presidente da República ir além dos limites legalmente estabelecidos.

Tal entendimento decorre da norma inserida no § 1º, do mencionado artigo 153, onde resta fixado: “*É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.*”

ROQUE ANTONIO CARRAZA trata da questão como sendo “aparentes” e não efetivas exceções ao princípio em comento, afirmando que:

“Não há neste dispositivo constitucional, qualquer exceção ao *princípio da legalidade*. Apenas o Texto Magno permite, no caso que a lei delegue ao Poder Executivo, a faculdade de fazer variar, observadas determinadas condições e dentro dos limites que ela estabelecer, as alíquotas (não as bases de cálculo) dos mencionados impostos(...)

Alterar, como é cediço, pressupõe algo preexistente. Só se altera o que já está posto. No caso, só se alteram as alíquotas dentro dos limites e condições que a lei traçou. Se a lei não estabelecer limites mínimo e máximo para as alíquotas, o Executivo nada poderá fazer, neste particular (...)

Estamos, aqui, diante de uma faculdade, não da Administração, mas do legislador. É ele que está autorizado a estabelecer ‘as condições e os limites` para que o Poder Executivo altere as alíquotas dos impostos enumerados nos incs. I, II, IV e V do art. 153 da CF.”²³²

EDUARDO BOTTALLO trata a questão como uma hipótese de atenuação da regra da Legalidade sustentando que: “(..), *cabe ainda anotar outra*

²³² Curso..., *op. cit.*, p. 207-208.

*atenuação à regra da legalidade, constante do parágrafo 1º do art. 153, que faculta ao Poder Executivo, ‘atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei’, alterar-lhes às alíquotas’.*²³³

Com efeito, a proposição normativa em exame é de clareza solar ao dispor que só é possível a alteração das alíquotas, obedecendo aos limites e às condições previamente estabelecidas na lei. Não há que se cogitar de qualquer tipo de mudança no que se refere à base de cálculo e a outros critérios, na terminologia do mestre PAULO DE BARROS CARVALHO, da regra-matriz de incidência tributária.

Ante o supra declinado, concluímos no sentido de que, em matéria tributária não se verifica exceção ao Princípio da Estrita Legalidade, sendo que o aspecto em exame, parece-nos, não constitui sequer uma exceção aparente ao princípio em foco, evidenciando uma natural decorrência da interpretação sistemática da Lei das Leis.

Para concluir, com base no acima exposto é que entendemos pela flagrante inconstitucionalidade da proposição normativa prevista no atual § 2º do artigo 62 da Lei Maior, norma essa introduzida no Texto Constitucional via ação do “Poder Constituinte Derivado”, através da qual se “constitucionalizou” a possibilidade de criação ou majoração de tributos via medida provisória, o que não se pode admitir, uma vez que o constituinte originário, ao estabelecer a Estrita Legalidade Tributária, sendo ela compreendida como um direito individual do cidadão contribuinte, afastou a possibilidade de gravame da carga tributária através desse veículo, sob pena de frontal violação a dispositivo constitucional.

Cumprido destacar que essa questão será objeto de exame num tópico ainda por vir, mais precisamente quando tratarmos da EC nº 32/2001 e, por conseguinte, da nova disciplina dada ao instituto; porém, desde já, apontamos a afronta sofrida pela diretriz da Estrita Legalidade Tributária, em face da atuação desditosa do constituinte derivado que incorreu em flagrante inconstitucionalidade, eis que, ao considerarmos esse princípio tributário como um direito individual (fundamental), ele

²³³ Lições de Direito Público, p. 62.

não pode ser abolido ou restringido através da atuação do constituinte derivado; nesse sentido, é clara a exegese no disposto no artigo 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental.

II PARTE

1 – O DECRETO LEI NO DIREITO COMPARADO – A FLAGRANTE INSPIRAÇÃO ITALIANA.

1.1 – Direito Comparado – Alguns Apontamentos

No decorrer do século XX, a ciência do Direito Comparado foi objeto de numerosos estudos e questionamentos, muitos dos quais visavam averiguar a existência da sua autonomia científica e a relevância das funções que lhe eram atribuídas.

Durante um longo período de tempo, o Direito Comparado foi objeto de estudos onde se misturavam os efetivos benefícios que ele poderia trazer com as tendências passionais dos juristas, tanto é assim que, enquanto alguns afirmavam o Direito Comparado como “...a grande forma da comunicação social, fazendo com que todos os povos, nações, Estados, regiões, religiões, raças se conheçam mútua e profundamente e se compreendam”²³⁴, outros firmaram entendimento de que o Direito Comparado evidencia-se como “*espécie de culinária do Direito.*”²³⁵

Não objetivando entrar em maiores discussões, parece-nos que ambos os entendimentos pecam pelo excesso; o primeiro por mostrar uma relevância de perfil utópico, o segundo por desconsiderar os reais benefícios que o Direito Comparado pode gerar, uma vez que possibilita a expansão do conhecimento,

²³⁴ HAROLDO VALLADÃO, O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil, **Revista de Informação Legislativa**, p. 14.

²³⁵ MARCELO CERQUEIRA, *apud* JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 217.

conhecimento esse que se mostra como um dos mais eficazes instrumentos para resolução dos problemas que se apresentam no decorrer dos tempos.

Repita-se, ambos os entendimentos mostram-se excessivos, eis que o mundo contemporâneo, ainda mais na época da globalização, requer maior integração entre os países e por conseguinte, entre seus ordenamentos jurídicos; afinal, muitas fronteiras estão caindo, ou pelo menos sendo flexibilizadas.

Tanto é assim que IVO DANTAS aduz: *“Em verdade, será impossível negar-se que uma das características do mundo contemporâneo é a difusão de soluções jurídicas cada vez mais aproximadas pelos diversos Estados, ao mesmo tempo em que vale insistir na inviabilidade de que seja possível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.”*²³⁶

1.1.1 – Uma Breve Retrospectiva Histórica

Consoante leciona RENÉ DAVID, *“A comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga quanto a própria ciência do Direito. O estudo das 153 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras, serviu de base ao Tratado que Aristóteles escreveu sobre a política...”*²³⁷

DAVID, em suas razões, prossegue apontando outros precursores do Direito Comparado, entre eles o estudo de SÓLON, quando através da atividade comparativa, contribuiu para estabelecer as leis de Atenas. Mais adiante, na Idade Média, procedeu-se à comparação do direito canônico com o romano, sendo que o mesmo aconteceu na Inglaterra. no século XVI, onde se compararam os méritos do direito canônico com os da *common law*, e ainda, como influente precursor nos

²³⁶ **Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia** p. 66.

²³⁷ **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 1.

estudos comparativos de Direito, é mencionado o trabalho de MONTESQUIEU, “O Espírito das Leis”.²³⁸

Todavia, apenas nos meados no século XIX, surgem as primeiras associações de cunho científico, como também as primeiras publicações, voltadas para o estudo do Direito Comparado, merecendo destaque a *Société de Legislation Comparée*, fundada em Paris, no ano de 1869.²³⁹

Com a realização do I Congresso Internacional de Direito Comparado, em 1900 na cidade de Paris, tem sido apontado esse acontecimento como o marco para a institucionalização disciplinar do Direito Comparado, destacando-se as contribuições científicas de SALEILLES e LAMBERT.²⁴⁰

Contudo, como bem salienta JOSÉ ROBERTO VIEIRA, foi a partir da segunda metade do século XX que “...ocorreu o grande **desenvolvimento do Direito Comparado**, sucedendo-se às antigas comparações bilaterais predominantes alguns trabalhos admiráveis de macrocomparação (RENÉ DAVID e K. ZWEIGERT), bem como o aperfeiçoamento do método comparativo, culminando com os numerosos trabalhos de microcomparação dos nossos dias (FERREIRA DE ALMEIDA)”.²⁴¹

Segundo RENÉ DAVID, uma das razões fundamentais pelas quais se deu a expansão do estudo do Direito Comparado apenas no desenrolar do século XX é que foi “...necessário esperar pelo século XIX e pela destruição deste *jus commune*, substituído pelas codificações nacionais, para que a noção de um direito de valor universal caia em descrédito e para que, em consequência desta ‘revolução cultural’, a oportunidade e depois a necessidade levem, progressivamente, à comparação das diversas leis que as nações da Europa adotaram (...)”²⁴².

Logo, o desenvolvimento do Direito Comparado é ainda recente, e seu estudo foi acrescido de relevância em face da expansão das relações internacionais que proliferaram no decorrer do século passado.

²³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, **Introdução do Direito Comparado**, p. 11.

²⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴¹ **Medidas Provisórias...**, op. cit., p. 93.

²⁴² **Os Grandes...**, op. cit., p. 2.

1.1.2 – Questões Terminológicas

Como assunto que precede ao próprio conceito do que seja o Direito Comparado, convém que se faça um breve exame de outras expressões impropriamente utilizadas como designação para o direito comparado. Entre elas merecem destaque as expressões Direito Estrangeiro e Legislação Estrangeira.

O Direito Comparado pode ser entendido como sendo uma “comparação entre direitos”, com ele não se confundindo o denominado Direito Estrangeiro. Segundo MARC ANCEL “...a distinção entre o direito comparado e o direito estrangeiro era clássica, desde antes de 1900, mas ela não é sempre muito clara, e menos ainda respeitada.”²⁴³

Com efeito, o estudo do direito comparado depende do estudo dos direitos estrangeiros, sendo que o “...direito estrangeiro é matéria-prima do direito comparado”²⁴⁴. Nenhum estudioso do Direito Comparado pode assim se qualificar sem antes proceder ao estudo de direitos estrangeiros. Pois, somente através do conhecimento dos direitos estrangeiros é que se faz possível o exercício da atividade comparativa, para fins de apontar as semelhanças e diferenças verificadas nos sistemas jurídicos objeto da atividade comparativa.

Sobre essa questão, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA com propriedade, ensina:

“O direito comparado pressupõe o estudo de, pelo menos, uma ordem jurídica estrangeira, mas não se confunde com o simples conhecimento de direitos estrangeiros, porque dele se distingue pela utilização do **método** comparativo e pela apresentação de conclusões (**síntese comparativa**).

É portanto incorreto denominar como direito comparado a simples justaposição de informações sobre diferentes ordens jurídicas ou sobre institutos jurídicos afins em diferentes ordens jurídicas.” (grifamos)²⁴⁵

²⁴³ Apud IVO DANTAS, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 24.

²⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁵ *Introdução...*, op. cit., p. 10.

E ainda, consoante muito bem pondera ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES, 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.²⁴⁶

Nesse sentido, ainda ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES:

“Na verdade, é usual a leitura de textos que se intitulam de direito comparado, quando efetivamente o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos. Acadianamente, poderíamos concluir que comparar não é justapor.”²⁴⁷

Com relação à denominação, “Legislação Comparada”, como bem destaca IVO DANTAS, a impropriedade dessa expressão começa no “*...instante em que se tenta identificar o Direito com a Legislação, mormente quando estamos lembrados de que aquele tem um sentido bem mais amplo que a segunda, sendo esta (legislação), apenas, uma das formas de manifestação daquele (= Direito Positivo)*”.²⁴⁸

Como bem asseveram os doutrinadores, o estudo do Direito Comparado vai muito além do mero refletir sobre a proposição normativa em si, sendo necessário, nos termos de JORGE MIRANDA, o exame do “*...quadro geral em que a norma se encontra*”.²⁴⁹

Desse modo, o Direito Comparado não implica apenas o estudo do Direito Positivo, a análise dos enunciados legais em si, sendo relevante o conhecimento do ambiente jurídico em que elas se encontram, dando-se relevância às posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência acerca da questão.

²⁴⁶ Nota sobre o Direito Constitucional Comparado, Direito, Estado e Sociedade, **Revista do Departamento de Direito da PUC/RJ**, n.14, p. 90.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 92.

²⁴⁸ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁹ *Apud* IVO DANTAS, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 26-27.

Podemos concluir, pois, que as **expressões** *Direito Estrangeiro* e *Legislação Comparada* não equivalem à expressão **Direito Comparado**, uma vez que o objeto de estudo desta última é muito mais amplo do que o das duas primeiras.

1.1.2 – Conceito. Microcomparação e Macrocomparação.

A noção do Direito Comparado abriga em sua essência a concepção da atividade comparativa, atividade através da qual se faz possível estabelecer as diferenças e semelhanças que existem entre determinados sistemas jurídicos.

Para JOÃO DE CASTRO MENDES, o Direito Comparado pode ser conceituado como “...a *actividade intelectual de conhecimento, consistente no registro e explicação, entre realidades jurídicas comparáveis, de semelhanças e diferenças.*”²⁵⁰

Segundo, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA: “...numa primeira noção, dir-se-á que o **direito comparado** (ou estudo comparativo de direitos) é a disciplina jurídica que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre ordens jurídicas”²⁵¹. Prosseguindo, o citado autor apresenta uma definição analítica do que seja o direito comparado, afirmando que...

“O direito comparado pode ser definido de modo analítico como a disciplina que tem por objecto estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade (macrocomparação) e entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes (microcomparação)”²⁵².

DE PLÁCIDO E SILVA, no seu Vocabulário Jurídico, sobre Direito Comparado, aduz “...refere-se ao estudo que se faz do Direito, em qualquer

²⁵⁰ **Direito Comparado**, p. 24.

²⁵¹ **Introdução.....**, *op. cit.*, p. 7.

²⁵² *Ibidem*, p. 9.

de suas manifestações, com o objetivo de comparar (cotejar, confrontar, aproximar) as instituições reguladas pelas legislações dos vários países entre si, para que se anotem suas discrepâncias e se determinem as analogias encontradas, no sentido de aproximá-las ou conciliá-las.”²⁵³

Diante disso, pensamos que o Direito Comparado pode ser compreendido como a atividade intelectual que se manifesta pelo conhecimento (dos sistemas jurídicos estrangeiros) e posterior **comparação** entre eles, possibilitando estabelecer suas semelhanças e suas diferenças.

Logo, podemos concluir que a atividade comparativa é essencial para a noção do que pode ser conceituado como trabalho de Direito Comparado, posto que ele não se destina ao mero conhecimento do Direito Alienígena, mas ao estudo comparativo dos sistemas jurídicos, para então evidenciar suas distinções e afinidades.

Diretamente ligados à noção de Direito Comparado, estão os conceitos de **micro e macrocomparação**, tanto é assim que, mesmo antes de entrarmos na discussão acerca da autonomia jurídica da ciência do Direito Comparado, oportuno trazer à baila o escólio de IVO DANTAS, com exposto fundamento em FERREIRA DE ALMEIDA, mencionando o entendimento de ZWEIGERT, pelo qual, “...o direito comparado é uma ciência autônoma que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a macrocomparação e a microcomparação.”²⁵⁴

A **macrocomparação**, segundo a lição de FERREIRA DE ALMEIDA, realiza-se através “...da comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade.”²⁵⁵

Prossegue FERREIRA DE ALMEIDA assim dispondo:

“O objecto próprio da macrocomparação é também designado pela expressão ‘sistemas jurídicos comparados’.

Para este efeito, sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) são conjuntos coerentes de instituições e de normas jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou certa comunidade”²⁵⁶

²⁵³ **Vocabulário...**, *op. cit.*, p. 270.

²⁵⁴ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 59.

²⁵⁵ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 7.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 8.

Logo, “...à comparação de ordens jurídicas na sua totalidade, destacando entre elas semelhanças e diferenças, pode dar-se o nome de macrocomparação.”²⁵⁷

Em sentido amplo, a macrocomparação, como acentua FERREIRA DE ALMEIDA abrange a comparação entre os sistemas jurídicos, como também a comparação entre as famílias de direitos.²⁵⁸

E ainda, com fundamento na lição desse mestre lusitano, podemos apontar como principais tarefas da macrocomparação as seguintes: (i) – a comparação entre diversos sistemas jurídicos; (ii) – a classificação dos sistemas jurídicos em famílias de direitos; (iii) – a comparação entre as diversas famílias de direitos, a qual se denomina como megacomparação.²⁵⁹

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA salienta ainda que, para a compreensão global de cada ordenamento jurídico, exige-se o procedimento da seleção de “elementos determinantes” da sua estrutura. Logo, para que se faça possível a macrocomparação entre os sistemas jurídicos, eles devem apresentar “elementos determinantes” idênticos ou significativamente semelhantes. Acrescenta - também que a macrocomparação é sincrônica, ou seja, quando da sua realização, a comparação deve voltar-se para o momento atual de cada sistema que se coloca em comparação.²⁶⁰

O professor lusitano, em suas lições esclarece ainda, que a “...macrocomparação não é uma pura verificação comparativa. Deve ser também explicativa das semelhanças e diferenças encontradas”. Nesse contexto, FERREIRA ALMEIDA alerta-nos de que, além dos elementos componentes das estruturas jurídicas - objeto e núcleos centrais da atividade comparativa - outros aspectos devem ser levados em consideração, quais sejam, os elementos externos ou “metajurídicos” que eventualmente venham a influenciar os “constituintes jurídicos” e os elementos históricos.²⁶¹

²⁵⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito...*, op. cit., p. 10.

²⁵⁸ *Introdução...*, op. cit., p. 8.

²⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 18.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 19.

A **microcomparação**, a seu turno, consiste na comparação efetuada entre determinados institutos pertencentes a diferentes sistemas jurídicos. Logo, a microcomparação não se destina ao estudo das ordens jurídicas em sua totalidade, mas ao estudo comparativo de determinados institutos jurídicos que existam em distintas ordens jurídicas, para fins de apontar tanto suas semelhanças, como também suas divergências.

Como afirma MARC ANCEL, a microcomparação mostra-se mais freqüente do que a macrocomparação, “..., pois a pesquisa comparativa abrange, com maior freqüência, não o sistema por inteiro, mas a instituição (o casamento, o divórcio, a compra e venda), ou mesmo uma regra em especial: os direitos sucessórios do cônjuge supérstite, por exemplo”²⁶²,

Em que pese o fato da microcomparação ser mais freqüente, é mister destacar que, mesmo quando do exame em separado de um determinado instituto, em numerosas situações, a macrocomparação não pode ser totalmente descartada; isso porque, além das semelhanças e diferenças dos institutos jurídicos em si, em algumas ocasiões, a despeito das semelhanças que um determinado instituto possa apresentar em diferentes ordens jurídicas, a extensão e os efeitos dele podem estar condicionados a um mandamento constitucional. Por essa razão que, nas últimas décadas, o denominado “Direito Constitucional Comparado” tem sido objeto de sucessivos estudos.

No que tange ao método “mais adequado”, para fins da realização da atividade de microcomparação, FERREIRA DE ALMEIDA afirma “...a solução do problema parece ter encontrado razoável convergência em torno do critério da **aproximação funcional** (*functional approach*), proposto pelo jurista norte-americano R. SCHLESINGER ‘*Comparáveis seriam os institutos que, em ordens jurídicas diferentes, desempenhassem funções económico-sociais semelhantes*’”.(grifamos)²⁶³

Examinando a conclusão do jurista norte-americano, FERREIRA DE ALMEIDA argumenta que a aproximação funcional, baseada exclusivamente em exames sócio-econômicos, pode desviar o comparatista para fora do seu campo

²⁶² Utilidade e Métodos do Direito Comparado, p. 66.

²⁶³ Introdução..., *op. cit.*, p. 21.

próprio, que é o exame dos fenômenos jurídicos. Segundo ALMEIDA, a afinidade dos institutos deve ser julgada “...*também em função do seu enquadramento jurídico, que serve de complemento aos factores estritamente sociais e que marca os limites da comparação.*”²⁶⁴

Nesse contexto, conclui afirmando que “*Comparáveis serão apenas os institutos que, na perspectiva de cada ordem jurídica, intervenham na resolução de questões jurídicas semelhantes através de instrumentos de natureza semelhante.*” (grifamos)²⁶⁵

Tendo em vista que o Direito Comparado visa o estudo “comparativo” dos diversos sistemas jurídicos, parece-nos que o entendimento adotado por FERREIRA DE ALMEIDA, que na verdade complementa o de R. SCHLESINGER, evidencia-se mais apropriado, eis que sua ênfase reside nas soluções e instrumentos que compõem os sistemas jurídicos em discussão, destacando, desse modo, o núcleo do estudo a ser realizado pelo comparatista.

Por fim, no presente trabalho, o que se pretende é um estudo de microcomparação, ainda que em apertada síntese, entre o “*Decreto-Legge*” italiano e a nossa medida provisória, uma vez que o primeiro serviu de “modelo” para a segunda.

1.1.4 – O Direito Comparado e sua Autonomia Científica

A questão referente à autonomia científica do Direito Comparado tem sido objeto de constante discussão nas últimas décadas, posto que, enquanto alguns autores lhe reconhecem o cunho e a autonomia científica, outros lhe negam essa condição, afirmando que ele se evidencia como um método e não como uma ciência.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO, através de um artigo publicado no começo de 1954, tratava a questão nos seguintes termos: “*Portanto, o direito comparado, enquanto instrumento lógico de estudo, é um método científico, e,*

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 22.

²⁶⁵ *Ibidem*, loc. cit.

levando-se em consideração os resultados obtidos com o emprego desse método é uma ciência.”²⁶⁶

Alguns autores negam ao direito comparado o caráter de ciência, argumentado que ele se constitui em mero método, qual seja, o método comparativo. Esse posicionamento é defendido, entre outros, por EDGAR CARLOS DE AMORIM e JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA.²⁶⁷

VALLARTA PLATA, ao defender seu entendimento, é incisivo:

“El Derecho Comparado es, en realidad, una comparación de derechos diferentes, es el método comparativo aplicado al terreno de las ciencias jurídicas. Es un método susceptible de las más diversas aplicaciones.

La conclusión a que se há llegado, es que el Derecho Comparado no existe, lo que hay es la posibilidad de emplear el método comparativo en las ciencias jurídicas. De acuerdo con este criterio, los comparativistas son juristas, quienes, habiendo recibido una formación adecuada, son capaces de emplear con provecho el método de la comparación.

(...)

*En conclusión, el Derecho Comparado nos es outra cosa que la comparación de los derechos con objetivos diversos”*²⁶⁸.

Por outro lado, significativa parte da doutrina entende de forma diversa, ao reconhecer o Direito Comparado como uma ciência autônoma. Parece-nos, inclusive, que esse é o entendimento que atualmente predomina, eis que, conforme muito bem acentua QUIRINO RIBEIRO, “o fato de a disciplina se utilizar, obrigatoriamente, do método comparativo não a reduz a este, até porque a **comparação é o ato final de um estudo comparativo**”.²⁶⁹

Continua QUIRINO SANTOS, de modo elucidativo,

“Antes de alcançá-lo deve, o comparatista, coletar e interpretar fatos e, para tanto, utilizar-se-á de outros métodos, advindos de outros campos científicos. A orientação teórico-metodológica de um estudo

²⁶⁶ Direito Comparado, sua realidade e suas utopias, **Revista Forense** vol. 152, p. 17.

²⁶⁷ *Apud* IVO DANTAS, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 54.

²⁶⁸ *Apud, idem, ibidem.*, p. 55.

²⁶⁹ *Apud, idem, ibidem.*, p. 56.

comparativo em educação poderá provir da História e da Sociologia, sem que, por isso, deva a disciplina confundir-se com tais ciências.”²⁷⁰

No mesmo sentido é o entendimento do Professor OLIVEIRA ASCENSÃO afirmando “*O direito comparado não representa nenhum ramo da ordem jurídica, mas simplesmente uma **ciência** que estuda o Direito utilizando o chamado método comparativo.*” (grifamos)²⁷¹

A autonomia científica do Direito Comparado também é reconhecida pelo mestre italiano PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, ao discorrer sobre o Direito Constitucional Comparado,

“Querendo, em primeiro lugar, clarear a noção da **ciência do direito constitucional comparado**, pode-se, preliminarmente, afirmar-se que essa se põe – ao lado a do direito constitucional particular (isto é, atinente a um único ordenamento estatal) e do direito constitucional geral (...) – como uma das **ciências jurídicas** que têm por objeto o estudo aprofundado dos ordenamentos constitucionais dos estados” (traduzimos)²⁷²

Assim, o professor italiano reconhece o caráter científico do Direito Comparado – tratando mais especificamente do Direito Constitucional Comparado aduzindo ainda que, valendo-se do método comparativo, a ciência do Direito Comparado visa confrontar as normas e institutos existentes nos diversos ordenamentos jurídicos, com a intenção de trazer à evidência as semelhanças e diferenças existentes nesses ordenamentos.²⁷³

Ainda reconhecendo a autonomia científica do Direito Comparado, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, com a lucidez de costume, dispõe: “*Para alguns juristas (geralmente aqueles que não se dedicam à comparação*

²⁷⁰ *Apud idem, ibidem, loc. cit.*

²⁷¹ *Apud* JOÃO DE CASTRO MENDES, **Direito...**, *op. cit.*, p. 7, nota de rodapé n 1.

²⁷² **Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato**, p. 3. No original “*Volendo, in primo luogo, chiarire la nozione della **scienza del diritto costituzionale comparato** può preliminarmente affermarsi che essa si pone – accanto a quelle del diritto costituzionale generale (...) – come una delle **scienze giuridiche** che hanno per oggetto lo studio approfondito degli ordinamenti costituzionali degli stati*”.

²⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

jurídica), o direito comparado é apenas um método, porque não tem objecto próprio e definido” (grifamos)²⁷⁴

Criticando tal entendimento, FERREIRA DE ALMEIDA argumenta:

“Esta posição constitui uma extrapolação inadequada de critérios de disciplinas que correspondem aos chamados ramos de direito. **Na verdade, o direito comparado, para além de usar um método específico (o método comparativo), tem também um objecto próprio que é constituído precisamente por uma pluralidade de ordens jurídicas”** (grifamos)²⁷⁵

Na seqüência, com amparo na lição de ZWEIGERT, FERREIRA DE ALMEIDA afirma que o direito comparado é “...uma ‘*ciência autônoma*’, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a **macrocomparação** e a **microcomparação**” (grifamos)²⁷⁶

No mesmo sentido é o entendimento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²⁷⁷; e também de IVO DANTAS, quando este conclui que “...podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como método. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um objeto formal e de uma autonomia doutrinária e didática.”²⁷⁸

Ainda, admitindo o reconhecimento da autonomia científica do Direito Comparado, merece destaque a posição de CONSTANTINESCO, eis que difere em parte dos entendimentos acima explanados. Segundo CONSTANTINESCO, “...o direito comparado é uma **ciência autônoma** cujo objecto exclusivo é a comparação entre ordens jurídicas (**macrocomparação**). A microcomparação não se

²⁷⁴ *Introdução ao Direito...*, op. cit., p. 27.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 26.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁷⁷ Direito Comparado, *Ciência Autônoma*, *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, out. 1952, p. 33-46.

²⁷⁸ *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 60.

incluiria na ciência do direito comparado por ausência de objecto específico.” (grifamos)²⁷⁹

Diante dos ensinamentos anteriormente referidos, concluímos no sentido de reconhecer a autonomia científica do Direito Comparado, eis que o método comparativo utilizado não se afigura como o objeto do Direito Comparado, mas como um instrumento utilizado na persecução do fim almejado, que é o estudo comparativo dos diversos sistemas jurídicos para fins de apontar as semelhanças e as diferenças que se verificam entre tais sistemas, sendo que possui um objeto próprio, nos termos de FERREIRA DE ALMEIDA: “...*objecto próprio que é constituído precisamente por uma pluralidade de ordens jurídicas.*”²⁸⁰

1.1.5 – O Direito Comparado e suas Funções

Os estudiosos do Direito Comparado apresentam uma série de funções ou “vantagens” que o estudo dessa ciência jurídica pode propiciar. A classificação dessas funções é feita de forma bastante variada pelos doutrinadores que enfocam desde as satisfações de ordem cultural, o auxílio na compreensão dos direitos nacionais, e a harmonização dos “direitos”.

Para TULLIO ASCARELLI “*O direito comparado representa, enfim, um auxílio para o progresso legislativo dos diversos países, dado que oferece a possibilidade de utilizar as experiências legislativas alheias*”²⁸¹

RENE DAVID, esclarece:

“O direito comparado tem uma função de primeiro plano a desempenhar na ciência do direito. Tende, com efeito, em primeiro

²⁷⁹ *Apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, **Introdução...**, *op. cit.*, p. 27. FERREIRA DE ALMEIDA critica a limitação feita por CONSTANTINESCO, argumentando que a comparação entre institutos jurídicos incide também sobre uma pluralidade de ordens jurídicas, ainda que essas sejam consideradas “parceladamente”.

²⁸⁰ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 26.

²⁸¹ Premissas ao Estudo do Direito Comparado, **Revista Forense** vol. XC, p. 295.

lugar, a esclarecer os juristas sobre a função e significação do direito, utilizando, para este fim, a experiência de todas as nações. Visa, por outro lado, num plano mais prático, facilitar a organização da sociedade internacional, fazendo ver as possibilidades de acordo e sugerindo fórmulas para regulamentação das relações internacionais. Permite, em terceiro lugar, aos juristas de diversas nações, no que respeita aos seus direitos internos, considerar o seu aperfeiçoamento, libertando-os da rotina” (*sic*)²⁸²

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, quando trata das funções do direito comparado, classifica-as como “reais” ou “utópicas”.²⁸³ As “utópicas” seriam aquelas pelas quais “...alguns comparatistas acreditaram, ou acreditam, que o direito comparado dispõe de virtualidades que ultrapassam a efêmera verificação e explicação de semelhanças e diferenças entre sistemas jurídicos, **podendo contribuir para a descoberta de tendências universais ou influenciar o devir das instituições**”.²⁸⁴

São exemplos das denominadas funções utópicas as seguintes: (i) - a determinação de leis de “evolução” do direito; (ii) - o estabelecimento de um fundo comum (direito comum da humanidade civilizada – nos termos de SALEILLES). (iii) - a determinação de supostas “instituições ideais”; (iv) - contribuir no sentido de possibilitar uma melhor compreensão entre os povos.²⁸⁵

No entendimento de FERREIRA DE ALMEIDA, que é também o mais divulgado, o direito comparado deve restringir-se às funções ditas “realistas”, ou sejam, aquelas que decorrem da verificação e explicação das semelhanças e discrepâncias entre as ordens jurídicas.²⁸⁶

Sob essa óptica, podemos verificar as seguintes funções: aquelas que se dirigem às finalidades “utilitárias” - que, segundo FERREIRA DE ALMEIDA, são as “...relativas ao direito nacional, à uniformização e harmonização dos direitos, à construção de regras de aplicação subsidiária” - e ainda, uma função referida como “pura”, que também pode ser entendida como de cunho pessoal e de ordem cultural,

²⁸² **Os Grandes Sistemas...**, *op. cit.*, p. 14.

²⁸³ **Introdução...**, *op. cit.*, p. 12-13.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 12.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 13.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 12-13.

possibilitando ao estudioso o aperfeiçoamento de seus conhecimentos, não se verificando “...qualquer *objectivo pragmático*”²⁸⁷

Entre as ditas funções realistas, consoante as lições do mesmo comparatista português, parece-nos que merecem destaque as relativas ao direito nacional, quando, nos resultados da atividade comparativa colocada à disposição do direito nacional, é possível vislumbrar: (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 legislativa.

Outra relevante função do direito comparado refere-se à construção de “regras de aplicação subsidiária”, como exemplo de certos Tratados Internacionais que estabelecem, a título subsidiário, a aplicação dos princípios gerais aos diversos sistemas jurídicos.²⁸⁸

Como cediço, no mundo pós-moderno, a celebração de tratados internacionais tem sido cada vez mais constante, fazendo com que um número maior de nações participem dos acordos de foro internacional, ensejando uma gama de proposições normativas que, ao menos indireta e subsidiariamente, sejam aplicadas nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

As funções inerentes à cultura jurídica também merecem um realce especial. Para CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA essa função é “...porventura a mais importante e certamente a mais nobre das funções do direito comparado.”²⁸⁹

Nesse contexto, o direito comparado evidencia-se como uma ciência auxiliar das demais disciplinas jurídicas. Na mesma direção, ZWEIGERT chegou a argumentar que, sem o direito comparado, não se vislumbra uma “*verdadeira ciência jurídica*”. Lembrando-se, ainda, por oportuno, que o direito

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 13.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 15.

²⁸⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

comparado é um importante instrumento para a “formação dos juristas” de um modo geral.²⁹⁰

Adiante, passaremos a fazer um breve exame do “*Decreto-Legge*” italiano, uma vez que este serviu de “modelo” para nossa medida provisória.

1.2 – O *Decreto-Legge* Italiano – A Célula Tronco da Medida Provisória

Conforme já amplamente sabido, na doutrina pátria, a medida provisória, prevista no artigo 62, em sua redação original, teve franca inspiração no “*decreto-legge*” previsto no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947. Tanto é assim que HUMBERTO BERGMANN ÁVILA afirma: “*A medida provisória é a versão nacional do decreto-legge, previsto no Constituição Italiana de 1947 (art.77), para o regime parlamentar de governo*”.²⁹¹

JOSÉ ROBERTO VIEIRA, por seu turno, assevera que “*Tal figura teve inspiração direta, como já ocorrera com o Decreto-Lei, no direito italiano*”.²⁹²

Nesse contexto, vejamos a regra prevista no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947:

“Artigo 77 – 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

²⁹⁰ Apud CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução...*, op. cit., p. 16

²⁹¹ **Medidas Provisórias...**, p. 33. Prossegue o autor acrescentando que: “*Trata-se de medidas que o governo – Presidente do Conselho e os Ministros – pode adotar – sob sua responsabilidade, em casos extraordinários de necessidade e urgência, devendo ser convertidas em lei, no prazo de 60 dias*” - (grifamos). A transcrição mostra-se importante, pois conforme será tratado adiante, o instituto em comento foi estabelecido numa realidade onde vigora o sistema parlamentarista de governo, ao passo que entre nós vigora o sistema presidencialista, acarretando uma diferença de extrema relevância e que muito contribui para a legitimação do instituto em pauta.

²⁹² **Medidas Provisórias em Matéria ...**, op. cit., p. 215.

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 lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos” (traduzimos) (grifamos)²⁹³

De fato, tomando em conta a redação original do artigo 62 da Lei Maior, e a dessa é a norma prevista no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, ambas apresentam-se muito semelhantes. Semelhança essa que não se vislumbra quando analisamos o sistema constitucional italiano e o comparamos com o nosso ordenamento constitucional.²⁹⁴

Consoante lição de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, essa flagrante e intensa influência, acabou por fazer com que significativa parte de nossa doutrina e também, da jurisprudência se voltasse para a doutrina italiana pertinente aos “*decreti-leggi*”.²⁹⁵

²⁹³ No original: “Art. 77 – Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso, presentarti per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti”.

²⁹⁴ Acerca da flagrante influência italiana no que concerne às medidas provisórias, JOEL DE MENEZES NIEBUHR - **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**, p. 77-78, conclui: “Assim, o constituinte abeberou-se dos provvedimenti provvisori con forza di legge, consagrado no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, cuja primeira parte do texto proíbe que o Governo, sem delegação das câmaras, emita decretos com valor de lei ordinária. Entretanto a segunda parte prevê exceção à primeira, para casos extraordinários de necessidade e urgência, em que o Governo, por sua responsabilidade, pode tomar providências com força de lei, que devem, no mesmo dia, ser submetida às câmaras, que, se dissolvidas, deverão reunir-se em 5 (cinco) dias. A terceira parte do artigo 77, por seu turno, consigna que, caso esses provvedimenti não sejam convertidos em lei em 60 (sessenta) dias, a eficácia deles cessa retroativamente, facultando-se à Câmara regular por lei as relações jurídicas dele decorrentes. Todavia, para compreender o sistema constitucional italiano, há de se atentar para o artigo 89 da supracitada Carta, que preconiza a responsabilidade dos Ministros proponentes, tendo eles inclusive que referendar os atos do Presidente da República como condição de validade dos mesmos. Além disso, a segunda parte do artigo 89 determina que os atos com valor legislativo são referendados também pelo Presidente do Conselho de Ministros, que é quem dirige o órgão representativo do governo. Enfim o artigo 94 do mesmo diploma constitucional prescreve que o governo deve ter a confiança das duas câmaras, que, uma vez dada, pode ser revogada. Quer dizer que, se o governo utiliza os provimentos provisórios do artigo 77 inevitavelmente, responde por eles, podendo perder a confiança das câmaras, o que faz cair todos os integrantes do Conselho de Ministros, ensejando crise política de alta magnitude. Sob essa influência, a Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte Brasileira, que havia optado pelo sistema parlamentarista, incorporou os provimentos provisórios com força de lei previstos no artigo 77 da Constituição italiana, dando-lhe contornos próprios e denominando-o medida provisória. No entanto, como é sabido, o sistema parlamentarista não vingou, tendo sido substituído, pelo constituinte, pelo sistema presidencialista.”.

²⁹⁵ **Medida Provisória...**, op. cit., p. 215.

Nesse sentido, acentua o autor:

“Ponha-se grifo na jurisprudência, citando manifestações de juízes de nossa Suprema Corte: ‘...o constituinte brasileiro se adstringiu, em última análise, a adaptar o texto italiano ao presidencialismo...**Diferenças meramente acidentais**, que não influem na natureza do instituto` (grifamos) (Ministro Moreira Alves). ‘...**tentação - quase inevitável**, quando se cuida de medidas provisórias – de resenhar as leituras apressadas, sobre o ponto, dos juristas italianos` (grifamos) (Ministro Sepúlveda Pertence).”²⁹⁶

Talvez possamos, embasados em tais considerações, apontar um indício pelo qual seja possível começar a entender o contexto quase caótico em que vivemos no caso, quadro no qual o Poder Executivo – mesmo depois da EC nº 32/2001 – valendo-se de uma competência a ele destinada como excepcional, “legisla” muito mais do que o próprio Poder Legislativo.

Nesse contexto, impera destacar que o sistema constitucional italiano em muito se distancia do sistema brasileiro. Para tanto, necessário sublinhar que a Constituição Italiana, não abriga, sequer de forma implícita, muitos dos princípios que sustentam nossa Ordem Constitucional.

Desse modo, o mero transplante de um instituto jurídico estrangeiro para o nosso sistema constitucional, sem levar em consideração as grandes diferenças entre os referidos sistemas - italiano e brasileiro -, não podia causar outro efeito que não fosse o desastroso desacerto no tratamento do instituto, desacerto esse que ocorreu não apenas no tocante à comparação com o “*decreto-legge*” italiano, como também no que diz respeito às indevidas comparações levadas a efeito quanto ao falecido decreto-lei, questão que será objeto de exame posteriormente.

Prosseguindo, nessa linha, é lapidar o escólio de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, quando afirma que “*Na Constituição Italiana, não há referência aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF: art. 1º), à cidadania (art. 1º, II), ao valor da livre iniciativa (art. 1º, IV), ao pluralismo*

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 215-216.

*político (art. 1º, V), ao princípio democrático representativo (art. 1º, parágrafo único) e à tripartição de poderes (art. 2º)”.*²⁹⁷

Prossegue ainda o mencionado autor:

“A *eminência* desses princípios na ordem constitucional brasileira , não encontra símile na Constituição italiana (...) os princípios constitucionais condicionam a interpretação das normas constitucionais. Alguns princípios são fundamentais na linguagem da própria estrutura constitucional.

Não pode o intérprete, ao analisar a competência constitucional excepcional atribuída ao Poder Executivo pela CF, olvidar a diversidade do sistema no qual o *decreto-legge* está inserto, sobretudo no tocante aos princípios mais eminentes.” (grifamos)²⁹⁸

Desse modo, não se pode admitir que a interpretação isolada de uma determinada regra, “*in casu*”, o dispositivo previsto no artigo 62 da Lei Maior, em sua redação original, verifique uma clara semelhança com o disposto no artigo 77 da Constituição Italiana e tratr os institutos de forma análoga, desconsiderando por completo as “atmosferas constitucionais” em que estão inseridas as referidas normas. Tal prática levaria, sem sombra de dúvida, à subversão do nosso sistema constitucional.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, ao examinar o instituto italiano, comparando-o com a medida provisória da redação original do artigo 62 de Lei Maior, apresenta como principais diferenças as relativas

“(i) ao tempo de eficácia, (ii) à definição dos pressupostos habilitantes, (iii) à atuação normativa do Parlamento na hipótese de não conversão em lei formal (livre ou vinculada), (iv) à caracterização do momento da apresentação da medida ao Legislativo para efeito de conversão e, finalmente, (vi) ao órgão constitucional dotado de competência para adotá-la”.²⁹⁹

²⁹⁷ **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 35.

²⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁹ **Medidas Provisórias**, p. 41.

Outro aspecto de suma relevância consiste no fato de que na **Itália, vigora o sistema parlamentarista de governo**, ao passo que a nossa **Constituição Federal de 1988 abraçou o presidencialismo** como sistema de governo.

No sistema presidencialista, conforme elucida GERALDO ATALIBA “... o chefe de Estado e do governo é o ponto de convergência das instituições e representante do Estado. Ocupa o lugar dos reis do ancien régime, com a diferença de que é eleito por período fixo, predeterminado, o presidente da república é o centro catalisador e impulsionador de quase toda atividade política”.³⁰⁰

Prossegue GERALDO ATALIBA, afirmando que nesse sistema de governo, o presidente “(...) é peça fundamental da armação institucional. Personifica o Estado e tem nas mãos todos os instrumentos de comando e direção do Executivo, além de amplos meios de liderança do próprio Estado.”³⁰¹

PAULO MÁRCIO CRUZ apresenta como características do Presidencialismo, ainda que em apertada síntese, as seguintes:

“1.1 – Os órgãos legislativos e executivos são selecionados de forma separada e independente. Isto supõe a eleição separada do Legislativo – composto por uma ou duas câmaras – e do Executivo, com um Presidente da República eleito pelo voto direto, secreto e universal, como no Brasil, ou através de um colégio eleitoral, como no anacrônico modelo norte-americano;

1.2 – O tempo de mandato para o Legislativo e o Executivo são fixos e não podem ser interrompidos por nenhum dos outros poderes. O Parlamento não pode destituir o Presidente – salvo em caso de *impeachment*, ou crime de responsabilidade – nem este pode dissolver aquele;

1.3 – Em princípio, cada poder desenvolve suas funções sem a interferência do outro. A função legislativa pode ter início, se desenvolver e terminar no Parlamento, com este não podendo interferir na função executiva;

1.4 – Existe radical incompatibilidade entre o desempenho de funções num poder e a permanência simultânea no outro. Nenhum ocupante de cargo no Poder Executivo, como o Presidente e os ministros, pode desempenhar as funções típicas do Parlamento;

³⁰⁰ República e Constituição, p. 52.

³⁰¹ *Ibidem, loc. cit.*

1.5 – O Presidente, como cabeça do Poder Executivo, elege livremente seus auxiliares, que passam a dever confiança a ele, individualmente. São pois colaboradores do Presidente e hierarquicamente dependentes dele.” (*sic*)³⁰²

GOMES CANOTILHO, ao examinar a estrutura do sistema de governo presidencialista, parte do modelo do regime norte-americano, afirmando que ele tem servido de paradigma “...às várias engenharias presidenciais”.³⁰³ Assim, ao discorrer acerca do modo de governo, CANOTILHO acentua que:

“O Presidente da República é simultaneamente, o *chefe do Estado* e *chefe do governo*, e daí a ausência de um gabinete ministerial no verdadeiro sentido e a existência de simples secretários de Estado, subordinados ao Presidente. Além do *monopolismo do executivo* – o poder executivo é conferido ao Presidente dos Estados Unidos – verifica-se a ausência de um governo colegial, pertencendo a definição de programas e a preparação de políticas públicas a esquemas organizativos da presidência ou até assistentes pessoais da mesma (*Executive Office*)”³⁰⁴

Ainda tratando desse assunto, GOMES CANOTILHO menciona especificamente o modelo presidencialista que vigora nos países latino-americanos, alegando que ele apresenta muitos desvios em relação ao modelo norte-americano. E complementa:

“Embora com várias especificidades nos vários estados latino-americanos, o sistema presidencialista destes estados acentua disfunções político-organizativas: (1) os amplos poderes do Presidente, ordinários e extraordinários, derivados do facto de o Presidente ser, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo, alicerçam uma confusão e concentração de poderes executivos e legislativos (ex: as medidas provisórias no sistema presidencialista brasileiro); (2) esta confusão e concentração perturba o sistema de *cheks and balances*, o que conduz à insuficiência notória de controlos institucionais (por parte, por ex., do parlamento ou do poder judiciário sobre os actos

³⁰² **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 123-124.

³⁰³ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 581.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 582.

presidenciais). Daí a designação deste presidencialismo como ‘cesarismo representativo’ ou ‘centralismo presidencialista’.³⁰⁵

Ultrapassadas tais considerações, o que podemos concluir, sem receio, é que no sistema presidencialista, conforme menciona GERALDO ATALIBA, com suporte no ensinamento de DALMO DALLARI: “*O presidente da república é chefe do Estado e chefe do governo. O mesmo órgão unipessoal acumula as duas funções, exercendo o papel de vínculo moral do Estado e desempenhando as funções de representação, ao mesmo tempo em que exerce a chefia do Poder Executivo*”³⁰⁶.

Muito diversa é a realidade existente no sistema parlamentarista. Senão, vejamos.

Enquanto o sistema presidencialista é baseado na separação intensa de poderes, entenda-se, de funções, o parlamentarismo evidencia-se como um sistema de governo em que se verifica uma profunda colaboração - ou integração - entre os poderes Executivo e Legislativo. Existe, nesse sistema de governo, uma flagrante cooperação ou coordenação entre as funções Executiva e Legislativa e o governo dá-se através da integração dessas duas funções, havendo uma “relação de confiança” entre o Governo e o parlamento.

Em que pesem as diferenças circunstanciais entre os diferentes sistemas parlamentaristas, GOMES CANOTILHO aponta para a existência de três idéias estruturantes que embasam o referido sistema de governo, quais sejam:

“(1) *responsabilidade* do gabinete perante o Parlamento: o gabinete ou o primeiro-ministro é nomeado pelo chefe de estado (rei ou presidente da república), mas deve, antes, obter a confiança do parlamento, havendo a obrigação de demitir-se no caso de aprovação de moções de censura ou de rejeição de votos de confiança; (2) *dissolução do parlamento* pelo chefe de estado, sob proposta do gabinete (do primeiro-ministro), ou seja, a dissolução é feita por decreto presidencial ou real (consoante se trate de república ou monarquia), mas trata-se de um acto de iniciativa do gabinete que assume a responsabilidade política do mesmo através da referenda (dissolução ministerial ou governamental); (3) eleição (no caso de se tratar de um regime republicano) do presidente da república pelo parlamento, sem

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 584.

³⁰⁶ **República...**, *op. cit.*, p. 53.

relevantes funções de direcção política mas com um estatuto constitucional de *responsabilidade* política perante o mesmo.”³⁰⁷

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE afirma: “...*questão polêmica concerne às conseqüências que a adoção do parlamentarismo ou do presidencialismo pode aportar para a compreensão do regime jurídico das medidas provisórias. Eros Roberto GRAU, por exemplo, entende que a questão não assume maior importância*”.³⁰⁸

Todavia, importante o alerta levado a efeito por MARCELO CERQUEIRA, citado por MERLIN CLÈVE, quando assinala que “...*no sistema presidencial, a separação de poderes possui categoria axiologicamente diferente da separação dos sistemas de gabinete. Aqui, como nos Estados Unidos da América, matriz da família constitucional a que se filia a república, a separação supõe a independência entre Poderes, que a medida provisória rompe*”.³⁰⁹

O mesmo entendimento é esposado por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, destacando o autor que a medida provisória precisa ser considerada dentro do contexto jurídico nacional, contexto esse muito diverso do italiano.³¹⁰

Parece-nos indubitoso que, no regime parlamentarista, em que não se apresenta com robustez o princípio da tripartição de funções, o fato do “*decreto-legge*” ser editado pelo Conselho de Ministros, que é formado por membros do próprio Parlamento, torna claro que, nessa hipótese, evidencia-se uma observância, mesmo que por via oblíqua, da representatividade popular - a legislação pelo Parlamento implica a noção de representatividade, de debate prévio e, por último e não menos importante, da expressão da vontade popular. Tal não ocorre no caso da medida provisória, em razão do sistema presidencialista de governo, pelo qual sua adoção deriva da decisão individual do Chefe do Executivo.

Outro aspecto importante é que o “*decreto-legge*” editado sob responsabilidade do Presidente da República (que é eleito pelo Parlamento), do

³⁰⁷ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 579.

³⁰⁸ **Medidas Provisórias**, p. 42.

³⁰⁹ *Apud* CLÈMERSON CLÈVE, **Medidas...**, *op. cit.*, p. 43.

³¹⁰ *Apud* CLÈMERSON MERLIN CLEVE, **Medidas...**, *op. cit.*, p. 43.

Presidente do Conselho, nomeado pelo Presidente da República e pelos Ministros que compõe o Gabinete, a rejeição de um “decreto-lei” pode implicar a própria queda do Governo.

Tanto é assim que o artigo 94 da Constituição Italiana de 1947 estabelece : *“O Governo tem de obter a confiança das duas Câmaras. Cada Câmara concede ou revoga a confiança mediante moção fundamentada (...).”*

JOEL DE MENEZES NIEBUHR, ao discorrer acerca da opção do constituinte brasileiro de fazer uso de um instituto estrangeiro, próprio do sistema parlamentarista e fazê-lo valer para a nossa realidade, que adota o sistema presidencialista, teria acarretado um equívoco:

“O constituinte, nada obstante tenha acolhido o presidencialismo, preservou normas e institutos jurídicos que são inerentes ao sistema parlamentarista, destacando-se, entre elas, a medida provisória prevista no artigo 62 do texto definitivo da Carta de 1988.

Convém notar que, em suposto sistema parlamentarista, se houvesse abuso de medida provisória, tal qual na Itália, seu autor seria responsabilizado, podendo inclusive perder o cargo que ocupasse. Ora, no sistema presidencialista, nada acontece ao Presidente da República, que usurpa o Poder Legislativo, abusando, à saciedade, do uso de medidas provisórias.

Conclui-se que o constituinte nacional agiu de maneira bastante equivocada, por não ter tido o mínimo de rigor no trato do método comparativo, ao importar para a Constituição de um Estado presidencialista um instituto típico de um Estado parlamentarista. Não se pode querer transplantar um dispositivo específico de Estado estrangeiro, sem atentar para as especificidades do sistema que ele integra, devendo-se tomar ciência das diferenças culturais, institucionais e de controle existentes.

Como dito, a Constituição é um todo ordenado, uma unidade, um sistema. As normas constitucionais não são isoladas uma das outras, mas todas elas se relacionam reciprocamente, havendo verdadeira imbricação. 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.

Por isso, os provimentos provisórios italianos revestem-se de configuração absolutamente diversa do tratamento que foi dispensado à medida provisória brasileira, conquanto os respectivos enunciados constitucionais se assemelhem(...)³¹¹

³¹¹ **O Novo Regime...**, *op. cit.*, p. 77.

Sobre a questão em análise, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE pondera:

“Que o regime jurídico da medida provisória deve refletir as peculiaridades do presidencialismo, já alertou, certa feita, Raul MACHADO HORTA. Afinal, o Executivo, entre nós, não pode ser responsabilizado, politicamente, pela edição de medida provisória, sendo a rejeição a única conseqüência da manifestação desfavorável do Legislativo. Por outro lado, **inocorre, em nosso país, qualquer debate prévio acerca das providências adotadas, uma vez que substanciam matéria de exclusiva competência do Presidente da República (órgão unipessoal e não colegiado como o Governo no parlamentarismo)**” (grifamos)³¹²

Não obstante, cumpre destacar que mesmo o artigo 62 da Lei Maior não tendo previsto serem as medidas provisórias editadas sob a responsabilidade do Chefe do Executivo, tal responsabilidade pode ser aferida através da interpretação sistemática do texto constitucional. Eis então que, toda vez que o executivo editar medidas provisórias que atentem contra a Constituição - como por exemplo, quando não existentes cumulativamente os pressupostos da relevância e da urgência, exigidos na redação constitucional, ou ainda, quando viole algum dos numerosos princípios constitucionais - a responsabilidade pode ser caracterizada. Tal assertiva encontra amparo na norma do artigo 85, II e III, da Lei Maior.

Logo, mesmo tendo sido inspirada no “*decreto-legge*” italiano, a medida provisória requer um tratamento próprio, pois muitas são as diferenças entre a ordem constitucional nacional e o sistema constitucional italiano. Ademais, em face das alterações trazidas pela EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, as diferenças ficaram ainda maiores, pois, como será objeto de análise futura, a Emenda Constitucional em comento trouxe numerosas modificações, muitas das quais de constitucionalidade duvidosa, sendo que algumas são letais ao nosso sistema constitucional. Nessa linha, vejam-se as regras previstas nos §§ 2º e 11º do artigo 62 da Lei Maior.

³¹² **Medidas...**, *op. cit.*, p. 43.

1.3 – O Princípio da Legalidade na Constituição Italiana – A Reserva Relativa de Lei.

Outro importante aspecto a ser considerado, no que tange à distinção entre os regimes jurídicos que se aplicam ao “*decreto-legge*” e a medida provisória, consubstancia-se, no tocante a medida provisória, no Princípio da Estrita Legalidade Tributária previsto no artigo 150, I, da Magna Carta de 1988.

Aqui, 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)³¹³

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 lei.³¹⁴

Logo, podemos defender, sem qualquer receio, que o “*decreto-legge*” atende ao disposto no artigo 23 da Constituição Italiana, no sentido de equivale a uma norma primária, apta a inovar o ordenamento jurídico. Conforme acrescenta ALEXANDRE MARIOTTI “*O decreto-legge é um instrumento autorizada pela Constituição de 1947 a participar da função legislativa, tendo tanto o regime jurídico da lei como a sua potencialidade de inovar a ordem legislativa*”.³¹⁵

³¹³ **Apunnti di Diritto Tributário**, p. 102. No original: “*Per legge nella previsione dell’art. 23 si intende sia la legge ordinaria, sia il decreto-legge, sia il decreto-legislativo*”.

³¹⁴ **Diritto Tributário**, p. 29-32.

³¹⁵ **Medidas Provisórias**, p. 69. Para melhor elucidar a questão vejamos o que explana MARIOTTI, ao discorrer acerca do alcance da expressão “força de lei” na doutrina italiana: “*O tema da ‘força de lei’ é enfrentado com maior propriedade pela doutrina italiana, que se vê a braços com igual dificuldade a propósito dos decreti-legge, que veiculam, conforme já esclarecido, medidas provisórias com força de lei’.* Há consenso de que ‘força de lei’ (*forza di legge*) tem relação com a situação formal da lei, não com qualquer particularidade do conteúdo. O mesmo não ocorre, porém, no que tange à definição adequada no conceito. Espósito advoga a tese de que, em face da Constituição italiana, a expressão ‘força de lei’ limita-se a indicar que os decreti-legge estão sujeitos ao mesmo regime de controle da constitucionalidade que as leis

Portanto, também em relação ao acima exposto, necessário muita cautela ao comparar os institutos em comento, bem como, os respectivos regimes jurídicos.

Logo, em razão dessas diferenças, resta evidente a distinção entre os regimes jurídicos aplicados ao “*decreto-legge*” e à medida provisória. É oportuno e interessante o conhecimento do instituto italiano e do seu regime jurídico. Todavia, no que se refere ao regime jurídico a que se submete a medida provisória, como também, às implicações decorrentes desse instituto, tais aspectos devem ser procurados e aplicados em atenção ao nosso Sistema Constitucional.

em geral – definição que, na verdade, tem mais que ver com o regime jurídico do que com a particular força jurídica dos atos em questão. Mais bem sucedida – e mais seguida – é a construção de Sandulli, para quem o regime próprio das leis é indicado no texto italiano pela expressão ‘valor de lei’ (valore di legge). ‘Força de lei’, por sua vez, consiste na particular aptidão que possui a lei de inovar a ordem legislativa preexistente. Essa força inovadora é típica de lei, diferenciando-a dos outros atos estatais típicos – sentença e o ato administrativo- p. 68-69.

2 – NOSSO PASSADO RECENTE – O DECRETO LEI

2.1 – Introdução

Como é senso comum, o processo de redemocratização não é algo que se faz da noite para o dia. Configura-se como uma mudança lenta e paulatina, mudança essa que não é alcançada com a mera alteração da redação constitucional. A democracia exige muito mais do que isso; ela requer mudança de comportamento, e total consciência disso e principalmente ação, muita ação, podendo ela ser materializada através do efetivo exercício dos direitos e deveres inerentes à cidadania.

O regime totalitário que até há pouco tempo vigorou no Brasil deixou marcas, eis que a repressão sempre gera efeitos, e a maioria deles de natureza negativa.

Com o advento do revés militar de 1964 e a outorga da Constituição de 1967/1969, a democracia sofreu severos golpes, indo parar no “exílio”. Logo, naquela época, a atividade legislativa ficou praticamente a cargo do executivo, que fez do Decreto-Lei seu aliado e ordinário instrumento.

2.2 – O Decreto-Lei – Seu Perfil na Constituição de 1967/1969

A Constituição Federal de 1967, em sua redação original, fixava em seu artigo 58 ...

“Art. 58 – 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 fôrça de lei sobre as seguintes matérias:

I – Segurança nacional;

II – Finanças públicas.

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.”

GERALDO ATALIBA, ao tratar a respeito do instituto do Decreto-Lei, em sua redação original, sem os acréscimos da EC nº 01/69, dispôs: “A *inserção do dispositivo que prevê a faculdade presidencial de editar decretos com força de lei (art. 58), no capítulo constitucional que trata do ‘Poder Legislativo’ (cap. VI), não importa, absolutamente, significar que estes instrumentos normativos tenham força de lei por virtude própria; menos ainda, a mesma qualidade ou natureza.*”³¹⁶

Prossegue o mencionado mestre:

“Primeira observação, pois a ser formulada em torno da colocação do decreto—lei, no nosso sistema, é no sentido de que esta faculdade é excepcional e só excepcionalmente pode ser exercida e abrigada por nossa ordem jurídica. Mesmo porque – é lição de FORSTHOFF – a atribuição de competência representa sempre, a um tempo, uma autorização e uma limitação.”³¹⁷

Já naquela ocasião, ATALIBA deixou evidente que o decreto lei, em que pese a norma constitucional lhe ter atribuído força de lei, dela muito se distingue, notadamente no que se refere ao processo de produção. Além disso, a lei, como manifestação de vontade do estado tem caráter geral e sua vigência, em regra, é indeterminada, exceto se a própria lei dispuser de forma diversa, sua edição não está condicionada à verificação de determinados pressupostos. Por outro lado, o decreto-lei, que sequer corresponde ao conceito de lei, é previsto como um instituto de natureza excepcional, condicionado à verificação dos pressupostos previstos na norma que o prevê. Logo, em muito se distancia da lei.³¹⁸

³¹⁶ **O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, p. 19.

³¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

³¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

A Constituição Federal de 67/69 trazia em seu corpo o Princípio da Legalidade, consoante o artigo 150, § 2º. Portanto, já naquela ocasião não se fazia possível a utilização do instituto para fins de criar ou aumentar a carga tributária.

Apesar disso, através da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que já se referiu ao decreto-lei e não mais ao decreto com força de lei³¹⁹, pela redação dada ao artigo 55, ampliou-se o âmbito de aplicação do instituto, assim restando delineado o seu perfil:

“Art. 55 – O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesas, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

- I – segurança nacional;
- II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
- III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 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.

§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.”

A seu turno, fixava o § 3º, do artigo 51, que “*Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafos anteriores, considerar-se-ão aprovados os projetos*”.

Treze anos após a edição da Emenda Constitucional n. 1, quando já se viam sinais do movimento de redemocratização, foi editada a Emenda Constitucional nº 22, que alterou a redação desse § 3º, do acima citado artigo 51, que passou a vigorar nos seguintes termos:

“Art. 51 – (...)

§ 3º - Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez

³¹⁹ CLÊMERTON MERLIN CLÉVE, **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 38.

sessões subseqüentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.”

Com efeito, como alerta HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, a mudança trazida pela Emenda Constitucional n.22 de 1982, que alterou a redação desse dispositivo, modificou apenas o procedimento para fins de manifestação do Congresso Nacional, todavia o efeito permaneceu o mesmo: em não se manifestando o Congresso, o silêncio dele implicava a aprovação do decreto-lei e, na hipótese deste ser rejeitado, os atos praticados durante a sua vigência permaneciam válidos.³²⁰

O regime jurídico do decreto-lei é bem distinto do que deve regular a medida provisória do texto constitucional original, conforme restará evidenciado no tópico a seguir. Em que pese isso, mister destacar que o decreto-lei, que fora concebido pela Lei Maior como uma exceção, no decorrer do anos imperou como incontestável regra, sendo que a “atividade normativa” que devia ser praticada pelo legislativo, passou a ser exercida pelo executivo, por intermédio da ordinária e torrencial edição de decretos-leis, fazendo com que a atividade normativa do executivo, que necessariamente tem natureza excepcional num estado que albergava em seu seio o Princípio da Tripartição de Funções, fosse transmutada em regra, distanciando-se, e muito, da ideologia e da normatividade constitucional.

A par disso, é preciso que mantenhamos na memória a origem da Carta de 1967/1969, que foi produto de um golpe de estado, tendo sido outorgada, fatos que por si só já demonstram o caráter totalitário do regime então em vigor.

Nesse sentido, bem acentua ALEXANDRE MARIOTTI, com apoio nas considerações de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “*Em tais circunstâncias, ‘o decreto-lei tornou-se a forma ‘normal’ de legiferação’, em manifesta distorção da finalidade constitucional do instituto, implicando, por consequência, uma concentração de poderes nas mãos do Presidente da República que era denunciada como um dos inomináveis abusos do ‘regime militar’*”³²¹

³²⁰ **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 28.

³²¹ **Medidas Provisórias**, p.62.

Assim, em manifesta contradição aos dispositivos constitucionais existentes à época, o decreto-lei que foi concebido como uma competência excepcional, converteu-se em efetiva regra, tendo sido uma “arma” eficaz para execução dos mandos e desmandos verificados no decorrer do regime militar.

2.2 – A Comparação entre o Decreto-lei e a Medida Provisória Original

A medida provisória, assim como também, o decreto-lei, tiveram franca inspiração no direito italiano, mais propriamente no “*decreto-legge*”, consoante o previsto no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947.³²²

No entanto, em que pese a mesma fonte de inspiração, o decreto-lei em muito difere das atuais medidas provisórias, sendo que esses institutos estão submetidos a regimes jurídicos distintos. Nesse sentido, afirma HUMBERTO BERGMANN ÁVILA: “*O regime jurídico do decreto-lei é diverso do aplicável à medida provisória, não apenas pela intensidade do princípio da legalidade ou pelo papel que o Congresso Nacional assume na CF, mas pelas próprias alterações das normas, relativas à competência excepcional do Poder Executivo.*”³²³

O perfil da medida provisória estava bem delineado na Lei Magna quando esta, na redação original do seu artigo 62, previa:

“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, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

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.”

³²² JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *Medidas Provisórias...*, *op. cit.*, p. 215.

³²³ *Medida Provisória...*, *op. cit.*, p. 28-29.

Comparando-se a redação do artigo 55 e §§ da Carta Constitucional anterior e o texto acima transcrito, podemos visualizar uma série de diferenças entre os dois institutos:

(i) no que se refere aos pressupostos que autorizam a edição, o decreto-lei previa a necessidade de urgência **ou** interesse público relevante - a existência de apenas um dos pressupostos já autorizava a edição do decreto-lei - ao passo que, para fins de edição legítima da medida provisória, a norma constitucional exige a presença **cumulativa dos pressupostos de relevância e urgência**. Diante disso, podemos concluir que, nos termos expressos do texto constitucional, a edição da medida provisória requer uma excepcionalidade maior do que a exigida pelo decreto-lei;

(ii) no que tange á eficácia temporal, a do decreto-lei era de sessenta dias, ao passo que a eficácia da medida provisória era de trinta dias – passou hoje a ser de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, em face da alteração introduzida pela EC nº 32/2001);

(iii) quanto ao decreto-lei, existia uma delimitação das matérias que podiam ser tratadas pelo instituto; no que diz respeito à medida provisória não existia a mesma delimitação material na redação original do artigo que a previa; e sendo assim, para verificar se a matéria poderia ou não ser tratada via medida provisória, far-se-ia necessário um exame do caso em concreto, com fundamento na interpretação sistemática da Constituição;

(iv) o decreto-lei, por força do texto constitucional exposto, não admitia a possibilidade de que fossem apresentadas emendas de qualquer natureza, o que não ocorre com as medidas provisórias, não havendo qualquer vedação, no que se refere à apresentação de emendas;

(v) no caso do silêncio do Congresso Nacional, o decreto-lei era considerado como aprovado; no caso da medida provisória, o mesmo não ocorre, pois caso ela não fosse apreciada no prazo de trinta dias, o que foi modificado com a EC nº 32/2001, perdia sua eficácia;

(vi) também no que tange aos efeitos, a medida provisória e o decreto-lei possuem tratamento diverso; na hipótese deste último ser rejeitado pelo Congresso, os atos praticados durante a sua vigência permaneciam válidos, logo, os efeitos operados pela rejeição tinham natureza “*ex nunc*”; com relação à medida provisória, **em sua redação original**, na hipótese de rejeição pelo Congresso, os atos praticados durante a sua vigência são nulos, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas deles decorrentes, logo, quando da rejeição da medida provisória, operam-se efeitos de natureza “*ex tunc*”;

(vii) o prazo de sessenta dias para a apreciação do decreto-lei começava a fluir a partir do seu recebimento pelo Congresso Nacional, enquanto que o prazo de trinta dias, da redação original do artigo 62, para a conversão da medida provisória em lei passa a correr da data da publicação da medida³²⁴;

(viii) para que o decreto-lei pudesse ser editado, não podia implicar aumento de despesas, etal ressalva não existe no que se refere à medida provisória;

(ix) por fim, a medida provisória na redação original do artigo 62, previa a convocação extraordinária do Congresso Nacional, na hipótese desse estar em recesso, o que não era previsto para o decreto-lei e ainda; o texto constitucional é expreso a atribuir a medida provisória a “força de lei”, o que não ocorre na hipótese do decreto-lei.

Portanto, muitas são as diferenças entre os institutos em comento - decreto-lei e medida provisória em sua redação primitiva - e ainda acrescentaríamos mais uma, que mesmo fugindo um pouco da esfera normativa, parece-nos muito relevante, qual seja: **a teleologia que norteia os sistemas constitucionais**. 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

³²⁴ Com relação ao início do prazo para conversão, necessário destacar que tendo em vista que os efeitos operados na hipótese de rejeição do decreto-lei eram de natureza **ex nunc**, ou seja, os atos praticados durante a sua vigência permaneciam válidos, não eram raras as ocasiões em que o envio para o Congresso Nacional era postergado, permitindo que, mesmo sendo rejeitado o decreto-lei, os efeitos decorrentes de sua vigência fossem bastante significativos, muitas vezes até satisfazendo os motivos que ensejaram sua edição.

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, onde os direitos fundamentais possuem posição de destaque e a “separação de poderes”, expressamente fixada no artigo 2º, foi elevada à categoria de “cláusula pétrea”, sendo que o mesmo ocorreu com os direitos e garantias individuais.³²⁵

Logo, a ideologia e os princípios que informam nossa Lei Maior em vigor são muito mais robustos do que aqueles que vigoravam na ordem constitucional passada, principalmente no que se refere à democracia e à proteção aos direitos individuais.

Nesse aspecto, é lapidar o ensinamento de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, quando expõe:

“Claro está que a medida provisória tem regime jurídico distinto do anteriormente aplicável ao decreto-lei, não só porque as regras específicas são diferentes, mas sobretudo, **porque o sistema constitucional em que estão insertas é diverso, com opções valorativas próprias. A transposição da interpretação dada aos decreto-leis para as medidas provisórias é inviável. Ela esbarra na compreensão sistêmica e diacrônica da Constituição descrita segundo as suas normas – regras e princípios (da CF e , não da CF/67 ou da EC 1/69)**” (grifamos)³²⁶

Logo, podemos concluir, no que tange à comparação entre os textos constitucionais, mais especificamente entre as regras insculpidas nos artigo 55 e §§ da constituição passada, e a norma inserida no artigo 62 da Lei Maior, **em sua redação original**, houve um avanço na redação constitucional, evolução essa que era fortalecida em face do sistema constitucional vigente e toda a sua principiologia.

³²⁵ Artigo 60, § 4º, III e IV da Constituição Federal.

³²⁶ **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 31.

2.3 – O Avanço da Medida Provisória Original e o Descompasso da Jurisprudência.

Consoante o explanado no item anterior, concluímos pelo avanço na redação do artigo 62 da Lei Maior, em sua versão original, em relação à norma que previa o decreto-lei que vigorou na ordem constitucional anterior.

Parece-nos evidente a distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis aos mencionados institutos. Cortado, a jurisprudência de nossa Corte Constitucional tem-se posicionado no sentido de admitir a utilização da medida provisória em sentido até mais amplo do que ocorria com o decreto-lei.

Mais especificamente quanto ao núcleo do presente estudo, ou seja, a instituição ou majoração de tributos via edição de medida provisória, o Supremo Tribunal Federal tem admitido essa possibilidade - entendimento esse que restou consolidado, através do § 2º, do artigo 62 da Lei Maior em sua redação atual - porque assim já era possível quando da vigência do decreto-lei.

Desse modo, parece-nos evidente o descompasso da jurisprudência em face da atual ordem constitucional, fazendo com que o “novo”, ganhe o tratamento dado ao “velho”.

O Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, olvidando a interpretação sistemática da Lei Maior, tem, admitido a criação ou majoração de tributos via medida provisória. Nesse sentido:

“ Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém registrar que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no tocante à matéria. E se a medida vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu, no caso. A MP n. 22, de 6-12-88, foi convertida na Lei n. 7.689, de 15-12-88.

Não seria, portanto, pelo fato de que foi a contribuição criada originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional’.³²⁷

No mesmo sentido, entendendo a medida provisória, ainda em sua versão original, como instrumento hábil para instituir ou majorar tributos, mais uma vez citamos a decisão proferida na ADIn nº 1417 –0 – DF, em que restou expressamente consignado, no corpo da decisão que, *‘Tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-leis do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu.*³²⁸

No que se refere ao presente tópico, outra questão revestida de importância diz respeito ao controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência, cuja, existência exclusivamente cumulativa, autoriza a edição da medida de urgência pelo executivo.

É bem verdade que os termos “relevância” e “urgência” são vocábulos vagos, de difícil precisão, mas compete à doutrina e eminentemente à jurisprudência delinear uma noção desses termos, partindo para tanto do exame do caso concreto, para então verificar a plausibilidade da relevância e urgência alegadas, e ainda se, no caso, as duas apresentam-se cumulativamente.

Nosso Supremo Tribunal, ainda que de forma tímida, em um de seus julgamentos, admitiu que os pressupostos de relevância e urgência não eram de todos imunes ao controle jurisdicional. Nada obstante, a atuação da Suprema Corte tem ficado aquém das reais necessidades, eis que vem dando um tratamento de cunho significativamente político, admitindo que os pressupostos em tela estão sujeitos ao juízo de discricionariedade do executivo; e essa concepção de discricionariedade tem sido admitida com muita amplitude.

A par disso, conforme pondera ALEXANDRE MARIOTTI, *“Nada justifica, entretanto, que se caracterize como puramente político – isto é, insuscetível de controle jurisdicional – o juízo de existência dos pressupostos*

³²⁷ STF, RE 138.284-CE, RTJ, 143:321.

³²⁸ STF, ADIn 1.417-DF, publicada no Diário da Justiça de 24/05/96, p. 17.412, *Lex-JSTF*, 215:35.

*constitucionais autorizadores da edição das medidas provisórias. Se fosse para conferir um poder incondicionado, a Constituição não teria feito referência a pressupostos, ainda mais de forma cumulativa: relevância e urgência”.*³²⁹:

Prossegue o mencionado autor, acrescentando:

“E ainda que esses pressupostos tenham sido expressos, através de termos de significado vago e impreciso, é função indelegável do Supremo Tribunal Federal – encarregado *precipualemente* da guarda da Constituição (art. 102) – dar a palavra final sobre a sua interpretação. A cada vez que o fizer tornará menos vago e impreciso o significado dos conceitos em referência e sinalizará aos poderes políticos a real dimensão da cláusula constitucional.”³³⁰

Sobre a extrema relevância de um controle do Judiciário, no que tange ao exame da verificação dos pressupostos da relevância e urgência, com muita propriedade, conclui CARLOS DAVID S. AARÃO REIS: “*Menos ainda seria possível supor que a adoção das medidas provisórias se convertesse em instrumento ‘normal’ de legislação. Principalmente depois de março de 1990, os abusos foram de tal monta que o Presidente da República transformou-se em ‘grande legislador’ (...)*”³³¹

E de forma acertada, AARÃO REIS arremata a questão afirmando: “*O controle jurisdicional dos pressupostos para a adoção daquelas medidas constitui um dos meios mais eficazes de conter tais excessos, desde que o Judiciário realize um exame, nas palavras do Juiz inglês Lord Shaw, despido de espírito de complacência, caracterizando um escrutínio independente*” (grifamos)³³²

Com efeito, apenas com a verificação da existência **cumulativa** dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência é que o Presidente da República está autorizado a editar as medidas provisórias, através da competência excepcional que a norma constitucional lhe atribuiu. **Caso contrário, elas**

³²⁹ **Medidas ...**, *op. cit.*, p. 76-77.

³³⁰ *Ibidem*, p. 77.

³³¹ Medida Provisória: Controle Jurisdicional de seus Pressupostos, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 8/94, p. 121.

³³² *Ibidem*, p. 131.

caracterizam-se como inconstitucionais, em razão da evidente violação da norma constitucional.

Sobre a questão, mais uma vez, recorreremos às lúcidas considerações de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA::

“ Relevância e urgência são expressões vagas, fluidas, mas que uma vez confrontados com os valores do sistema no qual estão inseridas, perdem, senão a totalidade – que apenas o caso concreto permite acabar – pelo menos grande parte de sua indeterminação. A edição de medidas provisórias não envolve apreciação discricionária, nos sentido de que o Poder Executivo pode editá-las, em qualquer situação, ou pode escolher se a utiliza, ou não. 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 que lhe serve de pressuposto.” (grifamos)³³³

Acerca da extrema necessidade do Poder Judiciário atuar no controle da verificação dos pressupostos de relevância e urgência, mister trazer à baila, as considerações sempre acertadas, do incomparável CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“O Judiciário não saí de seu campo próprio nem invade discricção administrativa, quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência, existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face da situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para a irrupção da aludida competência. É dizer: sem elas inexistirá poder para editá-las

(...)

Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, **sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias.**

(.....)

Logo, o Judiciário sempre se poderá pronunciar conclusivamente ante casos de ‘certeza negativa` ou ‘positiva`, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma inteleccção seria razoável. **Assim fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que a autorizam, nos casos de**

³³³ **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 85.

‘certeza negativa` e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais’ (grifamos)³³⁴

Ante tais alegações, resta evidente a necessidade de que o Judiciário atue de forma mais consistente quanto ao controle judicial dos pressupostos que autorizam sua edição. Esse é, parece-nos, indubitavelmente, o caminho pelo qual se torna possível o controle da enxurrada de medidas provisórias inconstitucionais que integra nosso atual contexto.

Aliás, LENIO LUIZ STRECK, ao discorrer acerca da crise que afeta nossa hermenêutica jurídica em geral e acerca do papel do Judiciário, diante do conceito do Estado Democrático de Direito, traça substanciais comentários sobre as características de “...dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo”³³⁵

A doutrina procedimentalista, em apertada síntese, tece críticas ao que chama de “gigantismo” do Judiciário, que surgiu no pós-guerra. Para os autores que sustentam essa doutrina, dentre os quais podemos citar HABERMAS e GARAPON, o modelo de democracia é proposto não com base em conteúdos substantivos, como também não se fundamenta em valores compartilhados pelo grupo social. Para os procedimentalistas, a formação democrática da vontade e da opinião é assegurada através de procedimentos, exigindo uma identidade não mais baseada em uma “noção de cultura”. Diante disso, os procedimentalistas tecem severas críticas à denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes européias, notadamente a alemã.

Para os substancialistas, a solução aponta em sentido contrário, ensejando uma efetiva atuação do Judiciário.

Segundo LENIO STRECK, pela perspectiva substancialista:

“(...) concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de check and balances, ou seja, como bem lembra Viana, mais do que

³³⁴ Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, **Revista de Direito Público** n. 95, p. 32.

³³⁵ **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 40-43.

equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário, na tese substancialista, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as maiorias eventuais, a vontade implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente – o universalismo mais presente em Capelletti do que em Dworkin, este último mais próximo de um republicanismo cívico.”³³⁶

Inclinamo-nos pela adoção da doutrina substancialista, eis que nos parece ser através de um Judiciário atuante, forte e comprometido com a defesa dos preceitos constitucionais que a Democracia poderá se concretizar em sua plenitude.

Nossa Lei Suprema, em seu artigo 102 estipula que “*Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição*”. Embasados nessa determinação normativa, acreditamos que o controle jurisdicional dos pressupostos cumulativos de relevância e urgência, para fins de possibilitar a edição de medida provisória pelo Chefe do Executivo, revela-se plenamente amparado em nosso texto constitucional.

³³⁶ *Ibidem*, p. 43.

3- AS MEDIDAS PROVISÓRIAS ORIGINAIS

Mas, inquire-se, quando o Poder Executivo chega esse nec plus ultra da usurpação, quando o chefe do Governo legisla, em o legislador o direito de lhe perdoar? (Ruy Barbosa)³³⁷

3.1 - Reflexões iniciais.

Conforme o que foi estudado no capítulo anterior, procuramos grifar as grandes diferenças existentes entre o regime jurídico aplicável à medida provisória, na redação original do artigo 62 da Lei Magna, e o que regia o antigo decreto-lei.

Em decorrência das comparações promovidas, concluímos no sentido de que, através da adoção da medida provisória, em sua redação primitiva, ocorreu uma evolução da norma constitucional, em relação ao dispositivo legal que tratava do decreto-lei.

Também, concluímos que, a despeito da inexistência da limitação material no corpo do artigo 62 da Constituição Federal, considerando-se a unidade do sistema constitucional, numa interpretação sistemática, é forçoso concluir que a medida provisória, antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, caracterizava-se como uma competência excepcional mais restrita do que a do antigo decreto-lei. Basta para tanto, lembrarmos que, para fins de legitimar a edição da medida provisória, necessária é a **existência cumulativa dos pressupostos da relevância e da urgência, o que não ocorria à época do decreto-lei.**

³³⁷ **Comentários à Constituição** Coligidos por Homero Pires, V. II, p. 9.

Por fim, concluímos que a jurisprudência caminha na contramão da vigente Ordem Constitucional, estando em descompasso com as alterações ocorridas na redação constitucional.

3.2 – Medidas Provisórias – Algumas Considerações acerca de sua Natureza Jurídica.

A discussão referente à natureza jurídica da medida provisória não é nova, e muitas já foram as alegações tecidas a respeito. No entanto, convém que, em apertada síntese, façamos um breve exame dessa questão, que ainda hoje enseja discussões na doutrina e jurisprudências pátrias.

Para JOSÉ SAULO RAMOS, a medida provisória consiste num “Poder de Cautela”, atribuído ao Presidente da República, para fins de “*..impedir, de um lado, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do ‘periculum in mora’, e, de outro, tornar possível a útil e eficaz prestação legislativa pelo Estado*”.³³⁸

Segundo MARCO AURÉLIO GRECO, a medida provisória teria natureza de ato administrativo.³³⁹ O mesmo entendimento é adotado por CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, traçando algumas considerações especiais acerca de tal ato.³⁴⁰

HUMBERTO BERGMANN ÁVILA apresenta uma consideração significativa, ao atribuir à medida provisória a natureza de ato normativo primário de competência do Presidente da República, não possuindo natureza de lei.³⁴¹ Neste sentido, aduz ainda o autor:

³³⁸ *Apud* JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 232. Parece-nos que tal entendimento é o mais esdrúxulo apontado em nossa doutrina. Tanto é assim que VIEIRA expressamente cita CLÉMERSON CLÈVE quando este afirma que “*..a medida provisória, portanto, seria um projeto de lei com força cautelar de lei*” *ibidem*, p. 233.

³³⁹ **Medidas Provisórias**, p. 16-19.

³⁴⁰ Conceito de Urgência no Direito Público Brasileiro, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 1, p. 246.

³⁴¹ **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 95.

“A medida provisória diverge do ato administrativo, porque é primária e obriga a todos, ao passo que o ato administrativo é secundário e só prevalece no âmbito material da lei.

Medida provisória é, pois, ato normativo de competência do Poder Executivo, com eficácia de lei, transitório e não revogatório, a ser editado em casos excepcionais de relevância e urgência, sujeito à indispensável conversão em lei pelo Congresso Nacional no prazo de trinta dias, sem a qual perde os efeitos desde o início.”³⁴²

No que se refere ao assunto em pauta, não se pode deixar de citar o brilhante e amplamente conhecido, trabalho de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “O Perfil Constitucional das Medidas Provisórias”, quando o aclamado mestre aponta cinco aspectos fundamentais que distinguem a medida provisória da lei em seu sentido genuíno. Vejamos:

“A **primeira diferença** (...) em reside que as medidas provisórias correspondem a um forma **excepcional** de regular certos assuntos, ao passo que as leis são a via normal de discipliná-los.

A **segunda diferença** consiste em que as medidas provisórias são **precárias**, isto é, de vida curtíssima, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmo fixado, ao contrário da medida provisória em que a duração máxima já está estabelecida na Constituição: 30 dias.

A **terceira diferença** consiste em que as medidas provisórias são precárias, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qualquer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, em contraste com lei cuja a persistência só depende do próprio órgão que as emanou (Congresso).

A **quarta diferença** resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não convertida em lei, perde sua eficácia desde o início; esta, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos **ex nunc**.

(...), a **quinta e importantíssima diferença**, procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos; especificamente os de ‘relevância e urgência’, enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria **não é condição para que seja produzida**”³⁴³

³⁴² *Ibidem*, p. 95-96.

³⁴³ O Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, *Revista de Direito Público*, n. 95 p. 28-29.

Em face de tais considerações, parece-nos devidamente demonstrada a nítida diferença entre a medida provisória e a lei compreendida no seu sentido genuíno.

Entretanto, é mister que se proceda a uma breve análise da parte da doutrina que entende a natureza jurídica da medida provisória como lei ou ainda como ato legislativo.

PONTES DE MIRANDA, expressamente citado por JOSÉ ROBERTO VIEIRA³⁴⁴, fazendo alusão ao não mais existente decreto-lei, considerava tal instituto como sendo lei ou ato “...*sob condição resolutive*”.

Segundo JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, a natureza jurídica da medida provisória equivale à de “...*atos normativos do Poder Executivo que se revestem de força, eficácia e valor de lei*”.³⁴⁵

Entendimento semelhante tem EROS ROBERTO GRAU, que encara a medida provisória “...*como lei especial, dotada de vigência temporária imediata*”³⁴⁶

Para ALEXANDRE MARIOTTI, as medidas provisórias podem ser admitidas como “...*lei em sentido formal*”³⁴⁷, ao passo que CLÉMERTON MERLIN CLÉVE as compreende como “...*lei (embora não lei formal)*”.³⁴⁸

Urge ressaltar, com base nas palavras de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que desses muitos autores, assim entendem em razão “(....)*da inclusão do ato normativo do executivo no elenco do artigo 59 (inciso V), como integrante do processo legislativo, para desenvolver a argumentação no sentido da sua identidade como ato legislativo*” (grifamos)³⁴⁹

JANINE MALTA MASSUDA, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, aduz que a natureza jurídica da medida provisória seria de

³⁴⁴ *Apud Medidas Provisórias...*, *op. cit.*, p. 233-234.

³⁴⁵ *Apud JOSÉ ROBERTO VIEIRA, Medidas Provisórias...*, *op. cit.*, p. 236.

³⁴⁶ *Ibidem, loc. cit.*

³⁴⁷ *Medidas...*, *op. cit.*, p. 70.

³⁴⁸ *Medidas...*, *op. cit.*, p. 61.

³⁴⁹ *Ibidem, loc. cit.*

“...atos quase-legislativos, de natureza cautelar e subordinados à vontade soberana do Congresso Nacional.”³⁵⁰

Em que pese tal entendimento ser defendido por parte de alguns dos mais ilustres autores da nossa doutrina, não concordamos com tal assertiva, isso porque, sendo a Constituição concebida como um sistema, acentuado-se seu cunho unitário, e ainda, tendo-se em mente a sua interpretação sistemática, não nos parece que da mera inclusão de um instituto em determinado “lugar” da Lei Maior, decorra necessariamente certa natureza jurídica para esse instituto.

Pensamos, assim como HUMBERTO ÁVILA, entre outros autores, que a medida provisória consiste num ato normativo primário, todavia, um ato normativo primário “qualificado”, em razão do expresse assento constitucional. Em sendo assim, como bem apontam JOSÉ ROBERTO VIEIRA³⁵¹, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO³⁵², CLÉLIO CHIESA³⁵³ e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA³⁵⁴, a natureza jurídica da medida provisória pode, muito bem ser concebida como um ato normativo de governo. Nesse sentido é o nosso entendimento.³⁵⁵

3.3 -Os Pressupostos Constitucionais da Urgência e da Relevância

Como já explanado, quando da comparação entre os institutos do decreto-lei e da medida provisória, apenas a presença **cumulativa dos pressupostos da urgência e da relevância** autoriza a edição dessas medidas de urgência pelo Chefe do Executivo. Em não existindo esses pressupostos, a medida provisória caracteriza-se

³⁵⁰ **Medidas Provisórias: os fenômenos da reedição**, p. 27.

³⁵¹ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 245.

³⁵² *Apud* JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 245.

³⁵³ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 31-32.

³⁵⁴ Medida Provisória: Natureza Jurídica, **Revista Trimestral de Direito Público**, n.1, p. 160-161.

³⁵⁵ Trata-se de ato de governo pois é praticado em decorrência de expresse assento constitucional, diferenciando-se dos atos administrativos em sentido estrito, é um ato político, este compreendido como um ato governamental “*de Direito Constitucional, de órgão do poder político, da Chefia do Poder Executivo [...]*”. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *apud* CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, **Medidas...**, *op. cit.*, p.52.

flagrantemente como inconstitucional, em razão do não atendimento desses pressupostos.

É bem verdade que os termos “urgência” e “relevância” são vagos e ambíguos, suscitando algumas divergências na sua efetiva acepção.

Contudo, em se tratando de matéria tributária, onde significativa parte dos tributos está condicionada ao Princípio da Anterioridade, o termo urgência pode ser considerado como de menor amplitude na sua interpretação. Nesse sentido, CLÉLIO CHIESA registra: “*Em matéria tributária, os conceitos de relevância e urgência, extraídos do contexto normativo do Sistema Tributário Nacional, adquirem uma dimensão própria, diferente das demais matérias. A vaguidade e a fluidez dessas expressões desaparecem ao serem examinados em confronto com os princípios constitucionais básicos que disciplinam o sistema tributário*”.³⁵⁶

A aferição do termo “urgência” é menos complexa, uma vez que podemos ter como ponto de partida um dado objetivo, qual seja, o prazo previsto para a votação e aprovação de projeto de lei em regime de urgência, nos termos do previsto no artigo 64 e seus §§. Logo, para que se admita a mencionada urgência, a situação não pode aguardar o decurso de prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Nesse contexto, acentua ROQUE ANTÔNIO CARRAZA:

“..., podemos dizer, sempre com apoio na Constituição, que só há urgência a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e inilidíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada por lei ordinária. Ora, é perfeitamente possível, nos termos dos parágrafos 1º a 3º do art. 64 da CF, aprovar-se uma lei ordinária no prazo de cem dias, contados da apresentação do projeto. Melhor elucidando, estes versículos constitucionais disciplinam o regime de urgência constitucional, também chamado, processo legislativo sumário...”³⁵⁷

No mesmo sentido é o entendimento de JOEL DE MENEZES NIEBUHR: “*Relativamente à urgência, a medida provisória não está destinada a*

³⁵⁶ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 47.

³⁵⁷ **Curso...**, *op. cit.*, 18 ed., p. 248. Para concluir pelo prazo de cem dias o autor está prevendo o prazo de quarenta e cinco dias para a deliberação em cada uma das Casas, computando, ainda, o prazo de dez dias para a apreciação de eventuais emendas.

situações fáticas que podem aguardar os trâmites ordinários do procedimento legislativo .(..) Diante desse quadro, a urgência de medida provisória é aquela que não pode aguardar o procedimento legislativo de projeto de lei com regime de urgência,...”³⁵⁸

Esse dado, aliado ao Princípio da Anterioridade Tributária, seja a prevista no artigo 150, III, “b”, como também a Anterioridade Nonagesimal prevista nos artigos 150, III, c e 195, § 6º, restringe, e muito, a alegação da urgência, no que se refere à instituição ou majoração de tributos.

Ademais, cumpre destacar que a regra acrescida ao Texto Maior, através do disposto no § 2º, da atual redação do artigo 62, veio a “implodir” com o Princípio da Estrita Legalidade Tributária, bem como, a aniquilar o próprio instituto da medida provisória, eis que ele foi concebido como sendo uma competência excepcional para o chefe do executivo, uma vez reconhecida a existência dos pressupostos autorizadores, como medidas de urgência com força de lei e com eficácia imediata. Ao assim agir, o constituinte derivado aniquilou com o instituto da medida provisória em sua redação original, dando vida a um novo instituto, eis que ao atropelar o pressuposto da urgência, postergando os efeitos da medida provisória para depois da sua conversão em lei, o constituinte acabou por ferir letalmente uma das principais características do instituo que é a da eficácia imediata e, por conseguinte, aniquilando o pressuposto da urgência.

Trata-se de questão a ser tratada adiante, no entanto frisamos desde já nosso entendimento de que a proposição normativa inserida no § 2º do artigo 62 da Lei Magna é inconstitucional, ferindo direito fundamental do cidadão-contribuinte, razão pela qual consideramos válida a argumentação de que a anterioridade tributária constitui um obstáculo ao uso das medidas provisórias para fins de gravame da carga tributária.

Retomando o assunto, em face da redação dada ao artigo 64, § 2º, da Lei Maior, quando prevê que cada Casa se deverá manifestar “...cada qual, sucessivamente, em até 45 dias, sobre a proposição”, parece-nos que esse prazo é

³⁵⁸ O Novo Regime..., *op. cit.*, p. 93-94.

único para ambas as Casas, devendo tanto a Câmara dos Deputados como o Senado Federal pronunciar-se no acima referido lapso de tempo.

Relativamente à expressão “relevância”, sua delimitação apresenta maiores dificuldades, porém, como acertadamente observa JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “São pois hipóteses de relevância e urgência em matéria tributária as **exceções ao Princípio da Anterioridade** (Constituição, artigos 150, § 1º, 148, I, e 195, § 6º), nas quais essa barreira constitucional à utilização tributária das medidas provisórias pode ser transposta. **Todavia, não se há de olvidar a outra barreira, a da estrita legalidade (...)**”³⁵⁹

Sobre a noção de relevância, CLÉMERTON MERLIN CLÈVE assinala que “Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público”.³⁶⁰

Acerca do pressuposto constitucional da relevância, JANINE MALTA MASSUDA consigna que: “Não é qualquer relevância, mas uma proeminência para os interesses públicos de caráter imediato, evidentemente analisado, segundo os princípios constitucionais que direcionam a atividade estatal. (...) relevante significa insuperável, importante. Refere-se à gravidade da situação, à grandeza do dano que pode advir à sociedade caso não se adote a medida necessária.”³⁶¹

E ainda, conforme assevera JOEL DE MENEZES NIEBURH, “...os conceitos de relevância e urgência remetem o intérprete diretamente a situações fáticas determinadas. Não há relevância e urgência em abstrato, sem o correspondente suporte fático. Tais conceitos só são aferíveis mediante o perigo ou a

³⁵⁹ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 301.

³⁶⁰ **Medidas...**, *op. cit.*, p. 68-69. Nesse contexto, questionamos, como exemplificativamente um entre tantos outros casos, onde está a urgência ou a relevância tuteladas através da Medida Provisória n. 207 de 2004, através da qual se atribuiu o *status* de Ministro de Estado ao Sr. Henrique Meirelles, Presidente do Banco Central!

³⁶¹ **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 55.

*ocorrência de algo que precisa ser palpável. É com base em fatos que se pode avaliar as normas consignadas na medida provisória”.*³⁶²

3.4 –As Medidas Provisórias Originais *VERSUS* Princípio da Estrita Legalidade em matéria tributária em face da interpretação sistemática da Constituição.

O princípio da **Estrita Legalidade Tributária**, que também pode ser denominado como o da necessidade da reserva de lei formal, apresenta-se como uma especificação do Princípio da Legalidade Genérica insculpido no artigo 5º, II, da Lei Maior.

A Estrita Legalidade Tributária está consagrada em nossa Lei Fundamental, no artigo 150, I, onde resta estabelecido que é **vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, **instituir ou aumentar tributos, sem lei que o estabeleça.**

Da Estrita Legalidade Tributária tratamos no capítulo quatro, da parte I, do presente estudo, onde concluímos que, para efetivo atendimento do mandamento constitucional, faz-se necessária a edição de Lei em sentido formal, ou seja, como produto do Poder Legislativo, eis que no regime de governo presidencialista, é apenas através da edição da lei pelo Poder Legiferante que será possível atender ao ideal “secular” da auto-imposição tributária, pelo qual os cidadãos, diretamente ou através de seus representantes legitimamente eleitos, expressam seu consentimento em relação ao gravame tributário.

CLÉLIO CHIESA, valendo-se do escólio de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, com acerto, destaca:

ROQUE ANTONIO CARRAZZA salienta que uma interpretação sistemática do Texto Constitucional revela que **só a lei ordinária** (lei em sentido orgânico-formal) **pode criar ou aumentar tributos.** Dito de

³⁶² O Novo Regime..., *op. cit.*, p. 92.

outro modo, só a lei – tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmites e formalidades exigidos pela Constituição”³⁶³

E prossegue CHIESA, concluindo: “*Portanto, as medidas provisórias não são veículo hábil para instituir ou majorar tributos, pois não são lei em sentido estrito, conforme exige o artigo, 150, I, da CF/88*”³⁶⁴

Logo, por não atender às exigências da Estrita Legalidade Tributária, ou seja: **a necessidade da edição de lei no sentido formal** - as medidas provisórias não servem como instrumento hábil para fins de agravamento da carga tributária.

A par disso, conforme o versado no capítulo três, da parte I, deste trabalho, a interpretação constitucional consiste numa especificação da atividade interpretativa das leis em geral, porém, em face das peculiaridades da norma constitucional, a atividade do intérprete deve ser acompanhada/informada de princípios próprios, entre os quais, merecem realce os princípios instrumentais da Supremacia e Unidade da Constituição.

Ademais, a atividade interpretativa deve valer-se, na medida em que se faça necessário, dos numerosos métodos para interpretação. Sobretudo, em sede de interpretação constitucional, acreditamos que o método sistemático caracteriza-se como indispensável, sob pena de subverter a ordem constitucional e sua teleologia.

Identificando a interpretação sistemática, eis a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO:

“Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do seu todo.

(...)

A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado

³⁶³ **Medidas Provisórias.....**, *op. cit.*, p. 49.

³⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.”³⁶⁵

Diante disso, o entendimento no sentido de que a medida provisória pode criar ou majorar tributos, pois, na redação original do artigo 62 da Lei Maior, não existia qualquer limitação quanto às matérias que podiam ou não ser tratadas via medida provisória, implica olvidar por completo nosso Sistema Constitucional, acarretando inclusive a sua subversão.

Nesse sentido: “*A interpretação em favor da utilização das medidas provisórias para instituir tributos se revela em manifesta contradição com o texto constitucional, bem como contraria as normas constitucionais programáticas: garantia da liberdade e da propriedade em um Estado Democrático de Direito*”.³⁶⁶

Dessarte, concluímos no sentido de que, em razão do Princípio da Estrita Legalidade Tributária, encartado no artigo, 150, I, da Constituição, princípio esse que não comporta exceções, não se mostra possível a criação ou aumento de tributo via medida provisória, conclusão a que chegamos instrumentalizados pela interpretação sistemática da Lei Magna.

Além disso, de forma breve, ainda cabe considerar que:

(i) no caso dos empréstimos compulsórios, previstos no artigo 148 da Carta Magna, sua instituição sequer pode ser objeto de lei ordinária, sendo necessária a edição de lei complementar, e esta não pode ser objeto de delegação legislativa, por força do inserido no artigo 68, § 1º, da Lei Suprema, não podendo, por via de consequência ser veiculados por medida provisória,

(ii) o mesmo podemos concluir em relação aos impostos residuais do artigo 154, I, da Constituição;

(iii) no que diz respeito às novas contribuições para a seguridade social, aplica-se o mesmo raciocínio dos impostos residuais, por força do disposto no artigo 195, § 4º da Constituição;

³⁶⁵ **Interpretação e Aplicação...**, *op. cit.*, p. 134-135.

³⁶⁶ HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, **Medida Provisória...**, *op. cit.*, p. 126.

(iv) no que tange às contribuições para a seguridade social já existentes, por terem elas natureza tributária, estão submetidas à exigência da Estrita Legalidade Tributária, e só por isso já não podem ser criadas ou majoradas via medida provisória.³⁶⁷

(v) os tributos de uma maneira geral estão submetidos ao princípio da anterioridade, ou ainda, como é denominado por alguns autores, o princípio da não surpresa. Este corolário encontra-se expresso no artigo 150, III, “b”, da Magna Carta, e em decorrência desse princípio, os efeitos (não a vigência ou a validade) da lei que crie ou majore os tributos, ficam postergados para o exercício financeiro seguinte em que houver sido publicada a lei.

Nesse aspecto, podemos constatar uma absoluta antinomia entre as medidas provisórias (que em razão da natureza do instituto tem eficácia imediata) e as leis tributárias, que em geral tem sua eficácia postergada em razão do princípio da anterioridade, princípio este que inclusive foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal como direito individual do contribuinte, quando decidiu a questão referente ao extinto IPMF.

Logo, a instituição ou majoração de tributos via medida provisória, não só macula a estrita legalidade tributária, como também, desnatura o próprio instituto da medida provisória, eis que mutila uma de suas características fundamentais, qual seja: a eficácia imediata.

E ainda, tudo que acabamos de explanar em relação à medida provisória na redação original do artigo 62 da Lei Maior, segundo nosso enfoque, continua valendo, pois conforme será a seguir aduzido, temos convicção de que as alterações trazidas pela EC 32, no que tange à utilização das medidas provisórias, para fins de gravame da carga tributária, são inconstitucionais, ferindo não apenas a estrita

³⁶⁷ Em relação às contribuições para a seguridade social, considere-se, adicionalmente, o obstáculo do Princípio da Anterioridade, para o uso das medidas provisórias, desde que, sujeitas à Anterioridade Nonagesimal (artigo 195, § 6º), o protraimento da sua eficácia por noventa dias não se compatibiliza com o pressuposto da urgência que condiciona esses atos normativos do governo. Raciocínio que se estende a todos os tributos atualmente sujeitos à Anterioridade Nonagesimal, nos termos do artigo 150, III, c, fruto da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, ressalvados apenas aqueles que foram expressamente excepcionados no parágrafo único do mesmo artigo, também na redação da EC n. 42/2003.

legalidade tributária que é um direito individual do contribuinte, bem como, aniquilando com a própria natureza do instituto em pauta.

4 – A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 32/2001

4.1 – A Medida Provisória e as Alterações da EC n. 32/2001.

A Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001, deu uma nova redação ao artigo 62, trazendo várias alterações, algumas delas altamente nocivas, notadamente no que tange à matéria tributária.

Todavia, cumpre destacar que a emenda em foco, foi recebida de braços abertos por muitos juristas³⁶⁸. E que acreditavam que ela serviria para coibir a utilização desenfreada do instituto, utilização essa que beirou as raias do absurdo, pois a competência excepcional converteu-se na regra geral³⁶⁹.

Na verdade, entendemos que através da Emenda Constitucional n. 32/2001, o constituinte derivado extrapolou a sua competência de reforma, acarretando

³⁶⁸ Nesse aspecto, veja-se o reportado por JOSÉ ROBERTO VIEIRA, *Legalidade Tributária...*, *op. cit.*, p. 204: *“Também foram bem recebidas as modificações da emenda entre muitos juristas, colhendo algumas manifestações de verdadeiro entusiasmo e exaltação: ‘A Reforma Constitucional anunciada é bem-vinda e, tal como está, representará grande avanço e será elemento de pacificação social (Anderson Suzuki, Fábio Marques Dias e Marco Antônio Violin); ‘Promulgada a emenda que acaba com as reedições! Esta foi a solene proclamação que se ouviu atentamente, para regozijo da Nação e do povo...’ (Leon Frejda Szklarowsky); ‘Parece que se pode afirmar com tranqüilidade que, caso seja aprovada a proposta de Emenda Constitucional...estarão resolvidos a grande maioria dos graves problemas envolvendo as sucessivas edições e reedições de Medidas Provisórias...não deverão ser enfrentados mais problemas sérios com a edição de Medidas Provisórias..’ (sic – Edson Freitas de Oliveira).”*

³⁶⁹ ANDERSON SUZUKI, FÁBIO MARQUES DIAS e MARCO ANTONIO VIOLIN, *Constituição Federal e Medidas Provisórias*, Carlos Aurélio Mota de Souza (coord), **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**, p. 27, esclarecem que: *“Segundo dados da própria Casa Civil, de março de 1984 até 26 de março de 2001, foram editadas 5.770 (cinco mil setecentos e setenta) Medidas Provisórias, com destaque para o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1º. 1995 até 31.12.1998), onde foram editadas originariamente 160 (cento e sessenta) medidas provisórias, reeditadas de Governos Anteriores 699 (seiscentos e noventa e nove) e do Próprio Governo 2.143 (duas mil, cento e quarenta e três), mais do que qualquer outro governo”*. É bem verdade que existe um equívoco na citação, pois em março de 1984 ainda vigorava o extinto decreto-lei, mas mesmo assim, uma olhada atenta apenas para o número das medidas provisórias editadas só no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso já evidencia, com inquestionável clareza, o uso excessivo e desenfreado do instituto.

a aniquilação do instituto em sua versão original, e “criando” um instituto novo e muito diferente do original. Nesse sentido, afirma ROQUE ANTONIO CARRAZA: “*O que se nota, prima facie, é que o constituinte derivado investiu-se das prerrogativas de constituinte originário e, sem a menor cerimônia, ‘reconstruiu’, a seu talante, a figura da medida provisória.*”³⁷⁰

Estabelece o artigo 62, da Lei Maior, em sua atual redação:

“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.

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

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos 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, ressalvados 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 à 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 e 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 parágrafos 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do parágrafo 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes.

³⁷⁰ Curso..., *op. cit.*, 18 ed., p. 245.

§ 4º - O prazo a que se refere o parágrafo 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 da medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contados da 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 vedado 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 da medida provisória, **as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos 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” (grifamos)

Com efeito, para nós é muito difícil falar em aspectos positivos decorrentes da mudança, uma vez que o “ônus constitucional” caracteriza-se como muito alto. Ainda mais se citarmos as questões **que a emenda explícita e que não eram necessárias, uma vez que já estavam no texto original** e que dependiam exclusivamente da interpretação sistemática da Lei Maior. Entre as alterações

“desnecessárias” podemos citar as seguintes: (i) a limitação material das matérias previstas no § 1º, I, alíneas *a, b, c e d*; (ii) a regra inserta no inciso III, (iii) a regra prevista no inciso IV – desde que entendimento contrário implicaria a inquestionável violação ao princípio constitucional, e cláusula pétrea, da Tripartição de Funções.

Como possíveis aspectos positivos citamos: (i) a regra prevista no inciso II, do § 1º; (ii) a previsão da apreciação pelos parlamentares da verificação dos pressupostos de urgência e relevância (§ 5º); (iii) a aplicação às medidas provisórias da sistemática do regime de urgência (§§ 6º e 8º), (iv) a inclusão automática das medidas provisórias em vigor na pauta de convocações extraordinárias do Congresso Nacional, “*ex vi*” redação atual do artigo 57, acrescido do § 8º.

Cumpre destacar que, nesse particular, nosso entendimento aproxima-se e muito, do explanado por JOSÉ ROBERTO VIEIRA:

“Debrucemo-nos, pois, sobre o texto da emenda, identificando-lhe, de começo, os *aspectos positivos*: o estabelecimento de restrições materiais negativas, mediante uma lista de assuntos que não podem ser objeto da medida provisória (nova redação do artigo 62, § 1º - artigo 1º da emenda); a limitação à possibilidade de reedição (prorrogação) a uma única, na mesma sessão legislativa (artigo 62, §§ 3º, 7º e 10º); a determinação expressa da apreciação parlamentar dos seus pressupostos constitucionais, antes do juízo de mérito (artigo 62, § 5º); a aplicação às medidas provisórias da sistemática do regime de urgência dos projetos de lei de iniciativa presidencial, do artigo 64, §§ 1º e 2º (artigo 62, §§ 6º e 8º); e a inclusão automática das medidas provisórias em vigor na pauta das convocações extraordinárias do Congresso Nacional (nova redação do artigo 57, acrescido do § 8º - artigo 1º da emenda)”.³⁷¹

Assim, pelo exame das alterações que podem ser consideradas positivas, percebemos, sem qualquer dificuldade, por uma simples comparação quantitativa, que a Emenda Constitucional em comento trouxe muito mais aspectos negativos do que positivos, apresentando, ainda, dispositivos de flagrante inconstitucionalidade, como a proposição normativa extraída do § 2º, do artigo 1º, admitindo o instrumento para a instituição e majoração de impostos, como também, a regra prevista no artigo 2º da emenda, pela qual passaram a existir dois tipos de

³⁷¹ **Legalidade Tributária...**, *op. cit.*, p. 207-208.

medidas provisórias em nosso Ordenamento Jurídico, quais sejam: (i) as “provisórias-permanentes”, medidas já editadas e vigentes quando da promulgação da emenda, que continuam indeterminadamente vigentes até deliberação definitiva do Congresso Nacional, ou até a sua revogação expressa; (ii) e as medidas provisórias adotadas posteriormente à promulgação e que estão submetidas ao regramento previsto na emenda.

No tocante à limitação do número de reedições, ou prorrogações por igual prazo, a uma única vez, na mesma sessão legislativa, nos termos do previsto no artigo 62, §§ 3º, 7º e 10º, não encaramos essa alteração como um aspecto positivo, pois sempre defendemos o entendimento – em que pese a sólida jurisprudência em sentido contrário – de que a hipótese de reedição não era possível por ferir não apenas a natureza do instituto, mas principalmente a teleologia constitucional. Assim, no silêncio do Congresso Nacional, é nossa percepção de que estávamos diante de um rejeição tática e por conseguinte, a medida provisória perdia sua eficácia desde a edição.

4.2 – Aspectos Letais

No item anterior, já demos um indício de quais os dispositivos que consideramos como “letais” e que foram acrescentados ao texto da Lei Maior pela EC n. 32/2001, dispositivos esses que JOSÉ ROBERTO VIEIRA classifica como de “*alta ou altíssima negatividade*”, que são os seguintes: (i) a regra prevista no § 2º que “constitucionalizou” a possibilidade de criação ou majoração de impostos via medida provisória; (ii) a admissão de uma prorrogação da medida provisória na mesma sessão legislativa - o que entendemos não ser positivo diante da redação original do instituto, (iii) a proposição normativa extraída do artigo 62, §§ 3º e 11, segundo os quais a medida provisória não perde a eficácia desde a sua edição, **mas somente após a rejeição**, nos casos em que não seja editado o decreto legislativo, no prazo de sessenta

dias, para fins de disciplina das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei, situação na qual teremos uma medida provisória que foi rejeitada, mas que, mesmo assim, produziu efeitos perante o ordenamento jurídico, efeitos esses que serão mantidos; (iv) a nova redação dada ao artigo 246, eliminando para o futuro o limite imposto para as medidas provisórias que versassem temas objeto de emendas a partir de 1995 –restrição a essa limitação, que, de uma vida de duração indefinida passou a ter a curta vida de apenas seis anos e nove meses; (v) a regra prevista no artigo 2º da emenda, segunda a qual todas as medidas vigentes quando da promulgação da emenda converteram-se em “permanentes”, até a deliberação definitiva do Congresso Nacional ou até a sua revogação expressa.³⁷²

Isso posto, já é possível aferir o alto “custo constitucional” da EC n. 32/2001, eis que os benefícios dela decorrentes caracterizam-se como pífios, em face dos prejuízos e gravames por ela trazidos ao nosso Ordenamento Constitucional.

Sobre o retrocesso imposto por essa malfadada emenda, JOEL DE MENEZES NIEBUHR pronuncia-se nos seguintes termos:

“A Emenda Constitucional 32 reflete um esboço de reação do Congresso Nacional, certo inconformismo com o uso abusivo que o Presidente da República tem feito das medidas provisórias. A intenção talvez fosse realmente apurar as competências, expressar com todas as letras os limites do Presidente da República, pôr cobro aos abusos. No entanto, apesar de alguns avanços, é claríssimo que tal intenção não vingou. Há de se presumir que houve o desvirtuamento dessa idéia, porque, conquanto, repita-se, haja pontos positivos, a aludida Emenda Constitucional resolve pouco. Traz algumas soluções e vários novos problemas, como explanado no curso deste estudo. Se a vontade era de acabar com os abusos do Presidente da República, restaurar a ordem constitucional, é inevitável concluir que o Congresso Nacional foi incompetente.”³⁷³

Diante do exposto, pensamos que resta indubitado ter a EC n. 32/2001 com suas inovações, produzido poucos benefícios e muitos prejuízos, subvertendo esse ato normativo de governo em relação ao seu perfil original, bem

³⁷² **Legalidade Tributária...**, *op. cit.*, p. 208-210. Cumpre destacar que o autor trata da questão referente ao dispositivo previsto no artigo 62, § 2º, num tópico separado, em que examina exclusivamente essa questão.

³⁷³ **O Novo Regime...**, *op. cit.*, p. 174-175.

como, acarretando, inconstitucionalidade manifesta, admitindo o intolerável uso desse instrumento normativo para instituir e aumentar impostos.

4.3 – A EC 32 – Um Enfoque Tributário

Através da regra inserida no § 2º do artigo 62 da Lei Maior, restou consentida a possibilidade da criação ou majoração de impostos via medida provisória, o que, segundo nosso entendimento, é nitidamente inconstitucional, uma vez que faz letra morta da Estrita Legalidade Tributária prevista no artigo 150, I, da Lei Mãe, norma caracterizada como um direito fundamental do cidadão-contribuinte.

O constituinte derivado fez o que era vedado por força do disposto no artigo 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental – deliberou acerca de uma proposta de emenda mais do que “tendente”, no caso, a abolir uma garantia do cidadão - o que leva à forçosa conclusão de que o § 2º do artigo 62 está maculado pelo vício insuperável da inconstitucionalidade.

Lamentavelmente, não acreditamos que o Supremo Tribunal Federal venha a exercer sua função de guardião constitucional de forma competente, eis que, antes mesmo da promulgação da malsinada emenda, a jurisprudência da Suprema Corte já se encontrava sedimentada no sentido da possibilidade de criação ou majoração de tributos via edição de medida provisória, e assim já ocorria desde o tempo do decreto-lei.

Além disso, conforme será adiante analisado, além de fazer letra morta da Estrita Legalidade Tributária, a proposição normativa em pauta, aniquila com a própria natureza da medida provisória, eis que essa foi concebida para ter eficácia imediata. Assim, ao postergar seus efeitos para o exercício seguinte ao da lei de conversão – o que fez procurando uma forma de atender ao comando da anterioridade – a emenda constitucional não só violou a Estrita Legalidade Tributária, com também mutilou a medida provisória em sua substância, suprimindo-lhe característica que lhe é

essencial e que decorre dos seus pressupostos da urgência e da relevância, ou seja: a aptidão para gerar efeitos imediatos no ordenamento jurídico, inovando-o.

Sobre a questão, JOSÉ ROBERTO VIEIRA elucida:

“No que tange especificamente à *matéria tributária*, conquanto reconhecendo alguma positividade na submissão da instituição ou majoração de impostos à anterioridade não em relação à medida provisória que tomar a providência, mas em relação à lei em que se converter a medida provisória (artigo 62, § 2º); há que sublinhar a suprema negatividade, **que raia pelo âmbito da insensatez e do disparate constitucional**, da admissão de medida provisória para instituição e majoração de impostos, de um lado (artigo 62, § 2º); e de outro, do esvaziamento do pressuposto material da urgência de tal medida provisória, ao submetê-la à anterioridade da lei em que vier a se converter (artigo 62, § 2º). Felizmente, neste particular, trata-se apenas de uma mera tentativa plenamente infrutífera de alteração do Texto Máximo. Isso porque, à toda evidência, tais modificações se encontram despidas de qualquer eficácia, por sua *flagrante inconstitucionalidade*. São duas as barreiras à utilização de medida provisória para a instituição ou majoração de tributos(...) os princípios da Legalidade Tributária (intimamente ligado aos princípios da República e da Democracia) e da Anterioridade Tributária, ambos concretizadores do Princípio da Segurança Jurídica; princípios todos eles incluídos no rol dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, tema em relação ao qual estão severamente afastadas não só as emendas contrárias, mas inclusive aquelas que apenas lhe guardem tendência de contrariedade (artigo 60, § 4º, IV), uma vez que cláusulas intocáveis da Lei Magna” (grifamos)³⁷⁴

Ante ao acima exposto, pensamos estar suficientemente evidenciada a flagrante inconstitucionalidade em que incorreu a EC n. 32/2001, notadamente no tocante ao disposto no artigo 62, § 2º, da Lei Maior, eis que o constituinte derivado ultrapassou em muito sua competência, ferindo letalmente direitos e garantias individuais do cidadão-contribuinte, entre as quais o da Legalidade Tributária.

³⁷⁴ **Legalidade Tributária...**, *op. cit.*, p. 210-212.

4.4 – Poder Constituinte Originário *VERSUS* Competência Constitucional Reformadora

Inicialmente, esclarecemos que no presente tópico, não pretendemos dissertar amplamente a respeito do poder constituinte, suas teorias, titularidade, limites e tantas outras complexas questões. O que pretendemos é fazer uma análise, ainda que de modo sucinto, quanto ao poder constituinte originário e ao “poder constituinte derivado ou constituído”, traçando suas características principais, para então podermos examinar a questão que aqui nos preocupa, atinente à inconstitucionalidade da norma prevista no atual § 2º, do artigo 62, da Lei Magna, pois nos parece, nessa hipótese, o constituinte derivado foi além do permitido pelo constituinte originário, acarretando violação à regra do artigo 60, § 4º, IV, da Lei Fundamental.

Consoante afirma PAULO BONAVIDES: “A *teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria de legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII*”.³⁷⁵

Nas palavras de PAULO MARCIO CRUZ: *O Poder Constituinte é, de modo geral, a expressão máxima da soberania nacional se concebido como elemento fundamental para a criação do Estado*. BOBBIO escreve que: *O Poder Constituinte é pois, absolutamente, livre no fim e nas formas através das quais ele se explica..*³⁷⁶

Sobre o Poder Constituinte, R. FRIEDE assevera que:

“Poder constituinte é, em última análise, a expressão máxima da *soberania nacional*, como elemento basilar de caracterização do Estado. Por essa razão fundamental, não é correto afirmar que a Constituição seja a lei máxima de um Estado, porquanto, pelo menos em sua origem, o *poder constituinte* pode estabelecer, de forma efetiva, regulamentos normativos caracterizados do próprio Estado, criando tal concepção a

³⁷⁵ **Curso de Direito...**, *op. cit.*, p. 141.

³⁷⁶ **Fundamentos...**, *op. cit.*, p. 57.

partir da prévia existência de uma nação (necessariamente não dotada de uma Constituição) ou mesmo *recriando* idêntica concepção a partir da existência de um Estado anterior (já dotado, portanto, de uma Constituição).

Destarte, se é possível ao *poder constituinte*, por intermédio de sua expressão soberana, conceber o próprio Estado, na qualidade de nação jurídica e politicamente organizada, com mais razão é lícito concluir que ele pode alterar a concepção constitucional do Estado preexistente, impondo uma nova Constituição, que substituísse, para todos os efeitos, a Constituição anterior”.³⁷⁷

J. CRETELLA JR., por sua vez, conceitua o poder constituinte como: “o órgão legislativo do Estado, dotado de autoridade política, cuja a finalidade é a de criar a Constituição ou de revê-la, o que só ocorre nos casos de Constituição rígida.”³⁷⁸

Para PAULO RICARDO SCHIER, o Poder Constituinte seria: *uma manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado. Repise-se: trata de poder, de natureza fática, e não jurídica (em sentido contrário, Edvaldo BRITO), voltado à criação de uma ordem jurídica e política novas. Poder de constituir juridicamente um Estado, mostrando-se superior e anterior à própria ordem estatal.*³⁷⁹

R. FRIEDE conceitua o poder constituinte como: “Contemporaneamente, podemos conceituar o poder constituinte como sendo a expressão da vontade política de um povo, política, social e juridicamente organizado. As *normas constitucionais*, assim, que emanam sempre do poder constituinte, que as ampara e lhes dá o fundamento básico norteador de sua *legitimidade*.”³⁸⁰

O poder constituinte classifica-se em originária ou de 1º grau e derivado ou constituído.

O poder constituinte originário visa a instaurar o Estado, inaugurando a ordem jurídica da Ordem Social politicamente organizada. Seu

³⁷⁷ Lições Objetivas..., *op. cit.*, p. 78.

³⁷⁸ Elementos de Direito Constitucional, p. 96.

³⁷⁹ Direito Constitucional..., *op. cit.*, p. 82.

³⁸⁰ Lições Objetivas..., *op. cit.*, p. 79.

exercício decorre de um poder supra ou metajurídico, de conteúdo político e sociológico, não estando sujeito a qualquer outro poder existente.³⁸¹

R. FRIEDE destaca que ao poder constituinte originário “é pertinente uma só função: a de instaurar o Estado e inaugurar a ordem jurídica da sociedade política. É um *poder de decisão*, cujo exercício antecede, necessariamente, a formulação do próprio Texto Constitucional.”³⁸²

Segundo J. CRETELLA JR.:

“*Poder constituinte originário* é o órgão legislativo incondicionado, dotado de autoridade política máxima, que tem por finalidade a criação da Constituição, em Estado que acabou de nascer, ou de elaborar, em Estado já existente, outra Constituição, quando o texto constitucional vigente deixa de existir, em razão de ruptura evidente com a ordem política reinante. Trata-se do poder criador do Estado, força exterior autônoma, incondicionada, que não pode ser limitada por nenhuma norma pertencente à ordem jurídica vigente.”³⁸³

São características fundamentais do poder constituinte originário:

(i) é inicial, sempre inaugura uma nova ordem, não se funda em nenhum outro, ao contrário: serve de fundamento para os demais poderes – que dele derivam -; (ii) é ilimitado em face ao direito positivo, não está atrelado/adstrito aos direitos e valores existentes na Constituição que ainda vigora, enquanto ele, poder constituinte derivado, se manifesta, e por isso mesmo, não deve obediência à Constituição que irá substituir; (iii) é incondicionado, posto que não está subordinado à qualquer regra, “*tampouco tem fórmula pré-fixada para a sua manifestação*”.³⁸⁴

O Poder Constituinte Derivado “*é instituído pelo Poder Constituinte Originário, que institui a Constituição, seja qual for o modo de exercício utilizado. Concorda-se, isto sim, com a natureza jurídica do Poder Constituído Derivado. Ele é um poder jurídico, pois está sujeito e limitado pela Constituição.*”³⁸⁵

Sobre a questão, assevera J CRETELLA JR.:

³⁸¹ PAULO MÁRCIO CRUZ, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 62-63.

³⁸² *Lições Objetivas...*, *op. cit.*, p. 81.

³⁸³ *Elementos...*, *op. cit.*, p. 96.

³⁸⁴ GISELE MARIA BESTER, *Cadernos de Direito Constitucional – Parte I – Teoria Constitucional*, p. 76.

³⁸⁵ PAULO MÁRCIO CRUZ. *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 66.

“*Poder constituinte instituído*, condicionado ou derivado, diferente do *poder constituinte originário*, é o que age, em decorrência de dispositivos constantes da Constituição, em vigor, de tal modo que – sem qualquer tipo de ruptura – há continuidade entre a Carta Política vigente e a elaborada pelo *poder constituinte instituído*. Previsto pela Constituição, em vigor, a *ação do poder constituído* não apresenta nenhum problema jurídico, já que seu modo de atuação estava previsto, ao contrário do *poder constituinte originário*, que suscita problemas de mais alta indagação no campo da ciência política.”³⁸⁶

Logo, o poder constituinte derivado sempre pressupõe a existência de uma Constituição já em vigor, Lei Maior esta que lhe fixa os limites, bem como, impõe sua forma de atuação. É um poder jurídico, de exercício plenamente vinculado e que tem sua atuação normativa restrita aos ditames e condições já previstos (e fixados) pelo poder constituinte originário.

Em razão do exposto no que tange ao poder derivado, tendo em vista nosso Ordenamento Constitucional Positivo, podemos afirmar, sem justificado receio, que em razão da atuação do Constituinte Originário e por escolha deste, as matérias previstas no § 4º, e incisos da CF/88, não podem ser objeto de alteração ou supressão, por parte da ação do poder reformador, trata-se das denominadas cláusulas pétreas, cláusulas estas que são consubstancial e verdadeira limitação material ao poder de reformar.

Em sendo assim, conforme será aduzido no tópico seguinte, uma vez que entendemos a estrita legalidade tributária como um direito individual do cidadão-contribuinte, não temos outra solução, que não seja a de concluir no sentido de que o § 2º, do artigo 62, é inconstitucional visto que ao fixar a possibilidade da criação ou majoração dos tributos (a letra da lei fala em imposto) sejam veiculados através de medida provisória, tal emenda constitucional fez letra morta da estrita legalidade tributária, suprimindo direito individual do cidadão-contribuinte.

³⁸⁶ Elementos..., *op. cit.*, p. 97.

4.5 – As Limitações Constitucionais à Competência para Emendar a Constituição

A Constituição Federal em seu artigo 60, § 4º, estabelece:

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

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

I – a forma federativa do Estado;

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

III – a separação dos Poderes;

IV – **os direitos e garantias individuais**” (grifamos)

Com referência as cláusulas pétreas, PAULO RICARDO SCHIER assinala que: “*As limitações materiais expressas, no conjunto da Constituição, substanciam as denominadas cláusulas pétreas. Tratam-se de matérias que **sob nenhuma hipótese podem ser modificadas**. Ou seja, nem sequer pelo procedimento da reforma é possível atingir referidas matérias*” (grifamos)³⁸⁷

Logo, tendo em vista que a Estrita Legalidade Tributária consubstancia direito individual do cidadão-contribuinte, o § 2º do artigo 62 da Magna Carta, ao golpeá-lo e violá-lo provocou uma inconstitucionalidade patente.

Sobre tal questão, assim se pronuncia JOEL DE MENEZES NIEBUHR:“(...) *o princípio da legalidade em matéria tributária traduz direito individual, que, como prescreve o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, não pode ser afetado por Emenda à Constituição. O Direito Individual é cláusula pétrea, da qual o poder de reforma não pode olvidar.*”³⁸⁸

E arremata esse mesmo autor: “*O Congresso Nacional, mesmo que quisesse, como quis, não reúne competência para, através de Emenda à Constituição minimizar o direito individual à legalidade tributária, admitindo que medida provisória disponha livremente de instituição e majoração de impostos.*”

³⁸⁷ **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 91.

³⁸⁸ **O Novo Regime...**, *op. cit.*, p. 118.

Malgrado autoria Congressual, este parágrafo 2º do artigo 62 introduzido pela Emenda à Constituição nº 32 é inconstitucional... e deve ser alijado da ordem jurídica vigente” (sic)³⁸⁹

No mesmo sentido é a defesa de ROQUE ANTONIO CARRAZA:

“Todavia, obtemperamos que tal Emenda Constitucional, na parte pertinente às medidas provisórias, afronta o princípio da legalidade tributária e, por via de consequência, a autonomia e independência do Poder Legislativo. Viola, pois, a *cláusula pétrea* do art. 60, parágrafo III, que estabelece que nenhuma emenda constitucional, poderá sequer tender a abolir a separação de Poderes.

Como se isso não bastasse, a mesma EC n. 32/2001 – sempre no que concerne às medidas provisórias – atropela o direito fundamental dos contribuinte de só serem compelidos a pagar tributos que tenham sido adequadamente ‘consentidos’ por seus representantes imediatos: os legisladores. Invocável, portanto, na espécie, também a *cláusula pétrea* do art. 60, parágrafo 4º, IV, da CF, que veda o amesquinamento, por meio de emenda constitucional, dos direitos e garantias individuais *lato sensu*.³⁹⁰

Diante do exposto, concluímos pela inconstitucionalidade da determinação normativa do artigo 62, § 2º, da Lei Maior, eis que tal dispositivo magoa a Estrita Legalidade Tributária, um direito individual/fundamental do cidadão-contribuinte; ocasionando, ainda, a infração da cláusula intocável do artigo 60, § 4º, IV, do Diploma Fundamental.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 118-119.

³⁹⁰ *Curso...*, 18 ed, *op. cit.*, p. 247.

4.6 – A EC 32 e o Aniquilamento do Pressuposto de Urgência – A Constitucionalização do Equívoco.

Conforme já exposto, quando trouxemos à discussão a natureza jurídica da medida provisória, entendemos que se trata de ato normativo primário, “constitucionalmente qualificado”, ou seja, ato de governo, portanto, apto a inovar a ordem jurídica.

Trata-se aqui de uma competência excepcional que a Lei Mãe atribuiu ao Chefe do Executivo, competência essa que só pode ser exercida diante do preenchimento **cumulativo** dos pressupostos da urgência e da relevância.

Ademais, em razão do pressuposto da urgência, é decorrência lógica que as medidas provisórias terão eficácia imediata, pois, caso contrário, como se justificaria a indispensável “urgência”? Eis uma questão de pura lógica.

Assim, a proposição normativa extraída do artigo 62, § 2º, da Lei das Leis, segundo a qual se postergam os efeitos da medida provisória até o exercício financeiro seguinte ao da lei de conversão, exigência que visa atender à Anterioridade Tributária, além de inconstitucional por profanar a Estrita Legalidade Tributária, acabou por esvaziar o pressuposto constitucional da urgência, indispensável para fins de legitimação do uso dessa competência excepcional, suscitando uma situação no mínimo paradoxal.

Confirma-se a reflexão de JOEL DE MENEZES NIEBUHR: “A medida provisória, conforme já assinalado, reveste-se de eficácia imediata, justamente para responder à situação que reclama providência urgente, havendo verdadeiro perigo de prejuízo e gravame de monta caso o Estado não produza normas também imediatamente.”³⁹¹

E acrescente-se o raciocínio lógico, sempre apurado, de PAULO DE BARROS CARVALHO assevera que:

³⁹¹ O Novo Regime..., *op. cit.*, p. 116.

“As *medidas provisórias* constituem inovação da Carta de 1988. Sob o ângulo político, diríamos que vieram compensar a União pelo desaparecimento do decreto-lei. Seu perfil jurídico, não obstante, é diverso. Bem que subordinadas aos pressupostos de relevância e urgência, são expedidas pelo Presidente da República e irradiam, de pronto, todos os efeitos para os quais estão preordenadas. (...). Pode-se afirmar, por isso mesmo, que é traço imanente à fisionomia jurídica da entidade o entrar em vigor *imediatamente* quando publicada. **Abriga uma contradição de ordem semântica cogitar de medida provisória publicada, mas com prazo inicial de vigência fixado para tempo posterior. E a urgência?**” (grifamos)³⁹²

Dessarte, é forçoso concluir que a EC n. 32/2001 no que tange ao dispositivo do artigo 62, § 2º, além de manifestamente inconstitucional, pois infringe frontalmente a Estrita Legalidade Tributária, direito individual do cidadão-contribuinte; igualmente destrói o pressuposto da urgência, e por conseguinte, mutila a própria medida provisória, enquanto instrumento normativo, levando, lamentavelmente, à “constitucionalização do equívoco”.

4.7 – A EC 32: a “Emenda pior que o Soneto”.

Em razão do que analisamos nos tópicos anteriores, fazendo um balanço das alterações introduzidas no Texto Fundamental por intermédio da EC n. 32/2001, não temos outra alternativa que não seja a de concluir que a emenda em questão só veio a piorar a situação constitucional.

Com efeito, essa emenda disse o que não precisava, trouxe mínimos benefícios, e muitos significativos problemas, de fato, trouxe muitas autênticas atrocidades de cunho jurídico, fazendo-nos lembrar a popular passagem da “Emenda pior, mas muito pior, que o soneto”.

³⁹² Curso..., *op. cit.*, 14 ed., p. 62.

Atente-se para apreciação precisa de ROQUE ANTONIO

CARRAZA:

“Para tornar mais atraente a ‘reforma’, o mesmo *constituente derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos ‘pretensos obstáculos’ porque onde os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituente originário*, eram totais (v. g., a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *inertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma forma ardilosa de, restringindo, ampliar.”³⁹³

Na mesma direção, JOSÉ ROBERTO VIEIRA acentua que “... *essa emenda constitucional é portadora de algum mel e de muito veneno, talvez constituindo boa exemplificação daquela emenda que, na expressão irônica de Manuel Maria Barbosa du Bocage, o poeta português, é pior do que o soneto*”.³⁹⁴

E arremata este autor: “*Aliás, promulgada em 11 de setembro de 2001, mesma data dos ataques terroristas a Nova Iorque e Washington, quiçá pudéssemos identificá-la, por analogia, como algo próximo de um ataque terrorista ao Estatuto Supremo*”.³⁹⁵

³⁹³ Curso..., *op. Cit.*, 18 ed., p. 246.

³⁹⁴ Legalidade Tributária..., *op. cit.*, p. 212.

³⁹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

5 – O COMANDO DA SEGURANÇA JURÍDICA – O ÍCONE FERIDO.

A Segurança Jurídica é um dos mais relevantes princípios, podendo, algumas vezes, confundir-se com o próprio escopo do Direito, e ainda, segundo alguns, caracterizando-se, como um sobreprincípio.

A seu respeito, JOSÉ ROBERTO VIEIRA³⁹⁶ registra:

“ A segurança é proclamada no preâmbulo constitucional, **um dos valores supremos da sociedade brasileira...** mas a segurança também comparece à Carta de 1988 na condição de **direito fundamental** (art. 5º, *caput*); não mais como ‘segurança individual’, na expressão repetida por todas as nossas Constituições até 1946, mas efetivamente **segurança jurídica**. Trata-se de direito que, hospedado no *caput* do artigo que demoradamente arrola os direitos e deveres individuais e coletivos, influencia-os a todos, a ponto de poder-se afirmar, com Roque Carraza, que tal artigo (...) existe, em última análise, para dar segurança jurídica às pessoas...”

Geralmente, a noção de segurança jurídica é associada com a idéia de certeza do direito. Verifica-se a certeza do direito quando se encontram devidamente delimitadas as “esferas jurídicas” dos particulares entre si e deles perante o Estado. Ao passo que a segurança jurídica existe quando é possível ao cidadão prever, com meridiana certeza, a atuação do ente estatal, repelindo as surpresas indesejáveis que acabam por hostilizar o ordenamento jurídico.³⁹⁷ Em outras palavras, a Segurança Jurídica abrange a certeza do direito, mas a excede, alcançando também a previsibilidade.

Com relação à matéria tributária, a Segurança Jurídica geralmente vem instrumentalizada através dos Princípios da Legalidade, Anterioridade e Irretroatividade das leis tributárias. Desse modo, procura-se acautelar a sociedade, ou, em caráter individual, o contribuinte, de possíveis investidas abusivas por parte do estado.

³⁹⁶ Princípios Constitucionais e Estado de Direito, **Revista de Direito Tributário**, n. 54, p. 98.

³⁹⁷ JOSÉ ROBERTO VIEIRA, **Medidas Provisórias...**, *op. cit.*, p. 57-58.

Para HECTOR B. VILLEGAS, a segurança jurídica em matéria tributária assim se caracteriza:

“La seguridad jurídica en materia tributaria implica certeza pronta y definitiva acerca de la cuantía de la deuda tributaria, así como ausencia de cambios inopinados que impidan calcular con antelación la carga tributaria que va a recaer sobre el mismo. Implica también, certidumbre de que no se realizarán alteraciones ‘que vayan para atrás’ cambiando las expectativas precisas sobre derechos y deberes. También significa que quede interdicta toda arbitrariedad en su tratamiento administrativo y jurisdiccional.”³⁹⁸

Acerca da segurança jurídica, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, alarga-nos a visão, ao ponderar, com a lucidez que lhe é natural, que “*Uma conclusão central se impõe: sem isonomia não há segurança, nem Estado Constitucional, (...)*”³⁹⁹ E arremata o mestre pernambucano:

“(…), porque a igualdade não se confina aos direitos e garantias individuais, espraiando-se nas relações internacionais e nas relações internas que entretêm as pessoas constitucionais entre si. **A segurança jurídica na criação e aplicação do tributo é apenas uma particularização desse quadro mais amplo**” (grifamos)⁴⁰⁰

Dessa forma, diante do uso indiscriminado e abusivo - extremamente abusivo - das medidas provisórias, na maioria das vezes distanciadas da existência cumulativa dos pressupostos que autorizam sua edição, verificamos, de modo indireto, um ataque ao próprio mandamento da Segurança Jurídica.

Tendo em vista que o instituto em comento foi criado para ser uma exceção e hoje se converteu na mais ordinária das regras, fazendo com que a cada dia, o ordenamento jurídico sofra inovações das mais variadas ordens, as quais, sob nossa óptica, muitas vezes afrontam o Texto Magno

³⁹⁸ Principio de Seguridad Jurídica en la Creación e Aplicación del Tributo – El contenido de la seguridad jurídica, **Revista de Direito Tributário**, n. 66, p. 9-10.

³⁹⁹ Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo, **Revista de Direito Tributário** n. 63, p. 210.

⁴⁰⁰ *Ibidem, loc. cit.*

Logo, ante a enxurrada de medidas provisórias, em boa parte inconstitucionais, bem como, diante de uma emenda constitucional que, a despeito de alguns benefícios, trouxe sérios gravames para o texto da Lei Mãe, inclusive ensejando agravo a direito individual do cidadão-contribuinte artigo 62, § 2º, acreditamos viver numa época em que a Segurança Jurídica pode ser caracterizada como um “ícone ferido”.

6 – CONCLUSÕES.

Perante todo o anteriormente exposto, e levando em consideração o objetivo visado no presente estudo, chegamos às seguintes conclusões:

1 – É irrecusável a natureza sistemática do ordenamento jurídico, especificamente da Constituição, sob pena de admitir-se o direito positivo como uma aglutinação despropositada, desordenada e caótica de proposições normativas.

2 - A Constituição é um sistema de normas-regras e de normas-princípios, formando um todo harmônico e coerente, quando examinada pelo prisma da boa ciência jurídica.

3 - Em sede normativa, nossa Lei das Leis é clara ao estabelecer a República Federativa do Brasil como um Estado Social Democrático de Direito. Todavia, entendemos que esse estado ainda não se efetivou no mundo da vida, efetivação essa que deve constituir uma luta de cada brasileiro.

4 - A República Brasileira, vencedora no plebiscito de 1993, constitui, hoje, uma cláusula pétrea do nosso Sistema Constitucional, estando seus fundamentos devidamente protegidos, por força do disposto no artigo 60, § 4º, II, da Lei Magna.

5 – Os princípios instrumentais da Supremacia e Unidade da Constituição evidenciam-se como diretrizes altamente relevantes, que devem ser observados pelo intérprete constitucional, quando do exercício de sua atividade interpretativa, sob pena de pôr em risco a teleologia ínsita ao Sistema Constitucional.

6 – No labor hermenêutico, o operador do direito deve-se valer de todos os métodos de interpretação que se mostrem necessários. Quando o caso concreto apontar para possível contradição entre normas constitucionais, somos da opinião de que se deve recorrer à interpretação sistemática do Estatuto Supremo, auxiliada pelos princípios próprios da interpretação constitucional.

7 – O nosso Sistema Constitucional expressamente prevê o Princípio da Legalidade, sendo que, no artigo 5º, II, consagrou a Legalidade Genérica,

ao passo que no seu artigo 150, I, contemplou a Estrita Legalidade Tributária, no que diz respeito à instituição ou majoração de tributos.

8 - A Legalidade Tributária consubstancia direito fundamental de primeira dimensão do cidadão-contribuinte, estando protegida pela regra prevista no artigo 60, § 4º, IV, da Lei das Leis.

9 – O Princípio da Estrita Legalidade Tributária exige, para seu devido atendimento, a edição de lei no sentido formal, ou seja, ato emanado do Poder Legislativo. Além disso, esse princípio tributário superior configura-se como uma regra sem exceção.

10 - Em que pese a inspiração do nosso constituinte no “*decreto-legge*” italiano, instituto previsto no artigo 77 da Constituição Italiana de 1947, para criar a figura da nossa medida provisória, mister destacar que um mero transplante do instituto alienígena não pode ser levado a efeito, uma vez que seriam instrumentos pertencentes a “ambientes” constitucionais muito diversos, estando, por conseguinte, submetidos a diversos regime jurídicos.

11 - Complementando a última conclusão, importa frisar que o artigo 23 da Constituição Italiana de 1947, que trata do Princípio da Legalidade, não o faz com a mesma intensidade prevista no artigo 150, I, da Constituição Federal – Princípio da Estrita Legalidade Tributária brasileira.

12 – Comparando-se a norma jurídica relativa ao nosso decreto-lei, vigente ao tempo da Constituição Federal de 1967/69 com o texto original do artigo 62 de nosso Diploma Superior, concluímos no sentido de que se operou um avanço na redação constitucional.

13 - A medida provisória tem natureza jurídica de ato normativo primário, todavia ato que se mostra qualificado em face do exposto assento constitucional, caracterizando-se pois como um ato normativo de governo.

14 - Com fundamento na interpretação sistemática da constituição e tendo em vista a Estrita Legalidade Tributária, para efeitos de criação ou majoração de tributos, além do também invocável Princípio da Anterioridade, a medida

provisória não é instituto hábil para fins de estabelecer ou majorar qualquer gravame tributário.

15 – A inexistência de limitação material no corpo do artigo 62 do Estatuto Superior, em sua redação original, não apontando expressamente quais as matérias que podem ou não ser reguladas por medida provisória, não significa que esse instrumento possa ser utilizado em todas as matérias. Eis o que se depreende da interpretação sistemática da constituição.

16 – Com efeito, a interpretação isolada e *meramente* gramatical da norma encartada na versão original do artigo 62, do Código Maior, implica evidente equívoco, capaz de subverter a teleologia do ordenamento constitucional.

17 – Os pressupostos para edição das medidas provisórias, quais sejam, relevância e urgência, **que precisam existir cumulativamente**, possuem em matéria tributária, uma noção menos vaga, e acabam freados pela Estrita Legalidade Tributária e pela Anterioridade.

18 - A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, no que pertine à matéria tributária, é flagrantemente inconstitucional, uma vez que atinge direito fundamental do cidadão-contribuinte, ou seja, a Estrita Legalidade Tributária, direito esse que se caracteriza como uma cláusula intocável, portanto, não podendo ser objeto de supressão ou minimização através da atividade do constituinte derivado.

19 - Não bastasse fazer letra morta da Estrita Legalidade Tributária, a proposição normativa extraída do artigo 62, § 2º, do Estatuto Supremo, ao postergar os efeitos da medida provisória para o exercício financeiro seguinte ao da lei de conversão, acabou por esvaziar o pressuposto constitucional da urgência, implicando a mutilação desse instituto.

20 - A Emenda Constitucional n. 32/2001, segundo nosso entendimento, caracteriza-se como um perfeito desastre jurídico, consubstanciando a verdadeira “emenda pior que o soneto”.

21 – A Segurança Jurídica consiste num dos princípios mais importantes de todo o ordenamento jurídico. Em matéria tributária, esse princípio

geralmente é instrumentalizado pelos Princípios **da Legalidade, Anterioridade e Irretroatividade das leis tributárias**

A título de argumentação final, mister destacar que o uso indiscriminado e torrencial de medidas provisórias, muitas vezes distanciados dos pressupostos indispensáveis para a sua edição, é causa de transgressão de vários princípios constitucionais, entre eles o próprio princípio do Estado Democrático de Direito, provocando a subversão da Ordem Constitucional.

É preciso que a comunidade jurídica, e principalmente o Poder Judiciário, reflitam acerca de nosso atual contexto constitucional, em que por obra e graça das medidas provisórias, beiramos a insanidade normativa, para que, então, seja possível atuar, assegurando a efetivação da teleologia que embasa nosso Sistema Constitucional. E um bom começo para tal mudança, seria indubitavelmente uma decisão judicial que reconhecesse a inconstitucionalidade da regra do artigo 62, § 2º, da nossa Lei Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Drechos Fundamentales**. Madri. Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1994.

ANCEL, Marc. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**. Trad. Sérgio José Porto, Porto Alegre, Fabris, 1980.

ASCARELLI, Túlio. Premissas ao Estudo de Direito Comparado. **Revista_Forense**, Rio de Janeiro, Forense, V. XC, n. 466, maio de 1942, jan. 2004.

ATALIBA, Geraldo., **O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, São Paulo, RT, 1967.

_____, **República e Constituição**. Atualiz. Rosoléa Miranda Folgosi. 2. ed. São Paulo. Malheiros, 1998.

_____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo, RT, 1968.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. Porto Alegre, Fábri, 1997.

_____, **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003

BALEIRO, Aliomar, **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.**, 7ª ed., Atualiz. Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

BACHOFF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Almedina, 1994.

BARRETO, Aires. **Base de Cálculo, Alíquota e princípios constitucionais**, 2ª, Max Limonad, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª. ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo. Celso Bastos, 1997.

BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional: Parte I: Teoria da Constituição**. Porto Alegre, Síntese, 1999.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introduzione al Diritto Costituzionale Comparado**. Milão, Milano-Dott-A Giuffré, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

-_____, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, 1999.

_____, **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000,

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed, 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2003.

BORGES, José Souto Maior. Princípios da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, n. 63, p. 206-210.

-_____, **Ciência Feliz**, 2ª ed, São Paulo, Max Limonad., 2000.

BOTALLO, Eduardo Domingos, **Lições de Direito Público**, São Paulo, Dialética, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.

_____, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002

CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. **Revista de Direito Público**. São Paulo, RT, n.96, p. 143-147, out./dez. 1990.

_____, **Curso de Direito Tributário**, 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

_____, **Curso de Direito Tributário**, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____ - **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**, 2ª ed., revista, São Paulo, Saraiva, 1999.

_____, “Estatuto do Contribuinte, Direitos, Garantias Individuais em Matéria Tributária e Limitações Constitucionais nas Relações entre Fisco e Contribuinte”, **Revista de Direito Tributário**, nº 7-8, jan./jun., São Paulo, RT, 1979, p. 138.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 13ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18ª ed., revista e ampliada até a Emenda Constitucional n. 38/2002, São Paulo, Malheiros, 2002.

CHIESA, Clélio. **Medidas Provisórias- O Regime Jurídico Constitucional**. Curitiba. Juruá.1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. -, **Medidas Provisórias**. 2 ed., São Paulo, Max Limonad. 1999.

_____, **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio de Ulhoa. **Para Entender Kelsen – Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior**, 3ª ed., 2ª tiragem, Max Limonad, São Paulo, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre. Fábris, 1997.

CRETELLA JR, J. **Elementos de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo, RT, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba, Juruá, 2001

DANTAS, Ivo. **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias**, 3ª. ed. Brasília, Brasília Jurídica, 1997.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

DE PLÁCIDO, e Silva. **Vocabulário Jurídico**, 16ª ed., atualizada por Nagib Slaib Filho e Geraldo Magela Alves, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medida Provisória: Natureza Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, n. 1, p. 153-167, 1993.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo, Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª. ed. São Paulo, Atlas, 1980.

FIGUEIREDO, Fran . As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal-Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 110, p. 137-485, abr./jun. 1991.

_____, Introdução á teoria da interpretação Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, n.87, p.175-200, jul./set, 1985.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002

FRIEDE, R. **Lições Objetivas de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

GIULIANI, Giuseppe. *Diritto tributario*. 2ª. ed. Giuffrè, 1996.

GRECO, Marco Aurélio. **Medidas Provisórias** São Paulo, RT, 1991. (Constituição de 1988-Primeira Leitura, 11).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A Interpretação Especificamente Constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**, n.8, p.105/110, 1991.

GUSMÃO, Paulo Dourado. “Direito Comparado, sua realidade e suas utopias”. **Revista Forense**, vol. 152, mar./abr. de 1954, Rio de Janeiro, p. 17-20.

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Consituição**. Trad, Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fábris, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, tradução da 20ª ed. alemã, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998.

ICHIBARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machada. Martins Fontes, 1999.

_____, **O Problema da Justiça**. Trad. De João Machado Baptista, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

LAPATZA, J. J. Ferreiro. *El Principio de Legalidad y la Reserva de Ley*. **Cadernos de Direito Tributário. Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, n.50, p. 7-13.

LATAILLADE, Iñigo Cavero & RODRIGUES, Tomas Zamora. *Introduccion al Derecho Constitucional*. Madri, Editorial Universitas, 1996.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais**. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da UFRS, Porto Alegre, Setembro, 2002.

LIRA FILHO, Ivan. A Interpretação da Norma Jurídica (Constitucional e Infraconstitucional). **Revista de Direito Público**.n.58, p.315-329, jul./ago.,1994

MARIOTTI, Alexandre **Medidas Provisórias**. São Paulo, Saraiva, 1999.

MASSUDA, Janine Malta. **Medidas Provisórias: Os Fenômenos da Reedição**. Porto Alegre, Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n.95, p. 28-32, jul./set. 1991.

MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa, Livraria Petrony, 1982-1983.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.

MITA, Enrico de. *Appunti di Diritto tributario*. Milano, Guiffè, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de La Brede et de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Gabriela De Andrade Dias Barbosa. São Paulo, Edições e Publicações Brasil Editora, 1960.

MOTA, Leda Pereira e SPITZCOVISKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional** 6ª, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**, São Paulo, Dialética, 2001.

RAMOS, José Saulo. Parecer n. SR-92- Consultoria Geral da República. **Diário Oficial da União**. Brasília, Imprensa Oficial, seção I, p. 10180-10186, 23 de jun. 1989.

REAL, Alberto Ramón. *Los Métodos de Interpretación Constitucional*. **Revista de Direito Pública**, São Paulo, n. 53/54.

REIS, Carlos David S. Aarão. Medida Provisória: Controle Jurisdicional de seus Pressupostos. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, Malheiros, n.8, p. 114-122, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional – Anotações Nucleares**. Curitiba, Juruá Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

SUZUKI, Anderson, DIAS Fábio Marques, VIOLIN, Marco Antônio. “Constituição Federal e Medidas Provisórias”. **Medidas Provisórias e Segurança Jurídica**. Coord. Carlos Aurélio Mota de Souza, São Paulo, Juarez Freitas, 2003, p.13-34.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

UCKMAR, Victor. **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**. Trad. Marco Aurélio Greco. 2ª. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

VALLADÃO, Haroldo. “O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: Séculos XIX e XX”. **RIL – Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Brasília, Abr./jun. de 1971, 3-14.

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

_____, “Princípios Constitucionais e Estado de Direito.” **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, RT, n. 54, p. 95-104.

_____, A Noção de Sistema no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 33, 2000, p. 53-64.

_____, “Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno”. **Tributos e Direitos Fundamentais**. Coor. Octávio Campos Fischer, São Paulo, Dialética, 2004, p. 175-216

VILLEGAS, Héctor B. *Principio de Seguridad Jurídica em la Creación y Aplicación del Tributo*. **Revista de Direito Tributário**. N. 66, p. 7-16.

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