

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EVERTON LUIZ SZYCHTA

MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

CURITIBA

2009

EVERTON LUIZ SZYCHTA

## MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

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

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Betina Treiger Gruppenmacher

CURITIBA

2009

## TERMO DE APROVAÇÃO

EVERTON LUIZ SZYCHTA

### MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

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

Orientadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Betina Treiger Gruppenmacher  
Departamento de Direito Público – UFPR

---

Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Departamento de Direito Público – UFPR

---

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Departamento de Direito Público – UFPR

Curitiba, 19 de novembro de 2009.

## RESUMO

As medidas provisórias, segundo a Emenda Constitucional n.º 32/2001, podem instituir ou majorar tributos. Há, porém, diversos empecilhos, extraídos da própria Constituição, que permitem concluir o contrário. Os princípios constitucionais, na acepção genérica ou tributária, são conflitantes com a natureza de urgência e relevância das medidas provisórias e já são hábeis para provocar sua inaplicabilidade em matéria tributária. Além disso, o tratamento da matéria foi modificado pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001, que, apesar de tentar limitar o uso abusivo desse instrumento normativo, acabou ratificando práticas equivocadas, tornando seus efeitos obsoletos e sua natureza inconstitucional. Não devem, portanto, prosperar as medidas provisórias em matéria tributária, apesar de sua larga utilização.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>2 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS</b> .....	8
<b>3 ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO</b> .....	14
<b>4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONEXOS</b> .....	19
4.1 SEGURANÇA JURÍDICA .....	19
4.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA .....	22
4.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE .....	27
4.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE .....	30
<b>5 ORIGEM DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS</b> .....	32
<b>6 NATUREZA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS</b> .....	39
<b>7 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO</b> .....	47
7.1 RELEVÂNCIA E URGÊNCIA .....	48
7.2 CONVERSÃO, REJEIÇÃO, EFICÁCIA E REEDIÇÃO .....	50
7.3 RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO .....	54
<b>8 MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 32 DE 2001</b> .....	56
<b>9 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO</b> .....	64
<b>10 CONCLUSÃO</b> .....	74
<b>11 REFERÊNCIAS</b> .....	78

## 1 INTRODUÇÃO

A medida provisória surgiu com a Constituição Federal (CF) de 1988 como um instrumento normativo de titularidade do Poder Executivo, que tem por objetivo a veiculação de regras com força de lei, para casos urgentes e relevantes.

Sua origem pode ser identificada nos decretos-lei italianos, com os quais possui semelhanças. No Brasil, houve o decreto-lei, que, sob a vigência da Constituição de 1967, foi utilizado de modo similar ao das medidas provisórias atuais. Porém, desde a época dos decretos-lei, já havia muita discussão quanto ao uso desses instrumentos provisórios para legislar.

Muito se discutiu acerca dos requisitos de urgência e de relevância das medidas provisórias, se eles seriam mensurados de modo discricionário ou vinculado pelo Presidente da República e que abrangência teriam.

Muitas foram as soluções apontadas, principalmente quanto à utilização ou não das medidas provisórias para instituir ou majorar tributos. Grande parte foi adversa a essa possibilidade, como se observará a seguir. O governo, entretanto, com a chancela do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário, cometeu diversos abusos no uso desse instrumento normativo, inclusive em matéria tributária.

Visando limitar, restringir a utilização das medidas provisórias, o Congresso Nacional elaborou a Emenda Constitucional n.º 32, em 2001. As inovações trazidas, porém, não pareceram suficientes para cumprir com os objetivos inicialmente propostos. Não faltaram críticas à Emenda, seja pela fragilidade de suas mudanças, pela ratificação dos equívocos ou pelas suas próprias contradições.

Consta, no sítio da Presidência da República do Brasil<sup>1</sup>, que, até a edição da Emenda Constitucional (EC) n.º 32, de 11 de setembro de 2001, foram criadas aproximadamente 2.230 (duas mil duzentas e trinta) medidas provisórias, de 03 de novembro de 1988 a 06 de setembro de 2001. Algumas foram reeditadas por dezenas de vezes. Após a edição da EC 32/2001, de 19 de setembro de 2001 a 31 de agosto de

---

<sup>1</sup> Dados extraídos do sítio:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Quadro/Quadro%20Geral.htm#anterioremc](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Quadro/Quadro%20Geral.htm#anterioremc)>. Acesso em: 08/09/2009.

2009, foram mais 468 (quatrocentos e sessenta e oito) medidas provisórias expedidas pelo Poder Executivo, aproximadamente uma por semana.

Para averiguar a situação das medidas provisórias hoje, é necessário analisar a Constituição Federal de modo sistemático, localizando as suas premissas mais importantes, para então concluir se elas são úteis ou não para legislar, sobretudo na área tributária.

Inicialmente, estuda-se no presente trabalho a aplicação do princípio da tripartição de funções, ou divisão dos Poderes no Brasil, no regime de governo adotado pelo país, o Presidencialismo. Com isso, podem-se delimitar as esferas de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os responsáveis pela criação das leis, e identificar possíveis conflitos de competência entre os Poderes.

Após, analisa-se o processo de elaboração das leis e os modos de atuação legislativa do Poder Executivo, expressamente previstos pela Constituição Federal de 1988, seja por mera interferência no processo legislativo, seja por iniciativa própria.

Na sequência, com o objetivo de extrair os valores mais protegidos pela Constituição, sobretudo na esfera tributária, pondera-se a importância dos princípios constitucionais como direitos e garantias dos cidadãos e contribuintes, mais especificamente dos princípios da segurança jurídica, legalidade, legalidade tributária, anterioridade e irretroatividade. Os princípios supracitados, pelo confronto com os requisitos e a natureza das medidas provisórias, são armas satisfatoriamente favoráveis para afastá-las do sistema tributário.

Para melhor averiguar a natureza da medida provisória, também é necessário desvendar sua origem. Para tanto, inevitável apontar o decreto-lei, não como antecessor propriamente dito, mas como um instrumento anterior e similar. Sua origem, sua história e sua natureza auxiliam na compreensão da medida provisória.

Feitas tais arguições, examinam-se as diversas posições doutrinárias acerca da natureza da medida provisória, seja como: ato administrativo dotado de força de lei; mero instrumento normativo, sem possuir natureza legal; lei em sentido material, mas não em sentido formal; lei sob condição resolutiva; ato normativo primário.

Avançando no trabalho, avalia-se o tratamento constitucional originário sobre o tema, na redação inicial da Constituição Federal de 1988, antes da Emenda

Constitucional n.º 32, de 2001. Após, são indicadas as mudanças implementadas pela EC 32/2001, as quais modificaram em grande parte a disciplina constitucional sobre o assunto.

Uma das importantes modificações da EC 32/2001 foi a admissão expressa de edição de medida provisória na área tributária. O problema foi muito discutido, desde o início da vigência da Constituição de 1988, com sua redação original, até o presente momento.

São explicadas, outrossim, as principais impossibilidades de aceitação da medida provisória como instrumento para instituir ou majorar tributos. Tais fatores impeditivos são desnudados no decorrer do trabalho.

Feitas as ponderações iniciais, parte-se para a apreciação mais minuciosa do tema.



## 2 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

As prerrogativas do Poder Executivo no processo de elaboração das leis tornaram-se notáveis, contrapondo-se ao domínio do Poder Legislativo nessa função. Fatores históricos e sociais foram determinantes para a inserção do Executivo em atividades legislativas e, para melhor analisar esse fenômeno, é necessário estudar as origens da separação do poder ou tripartição das funções, sua evolução no contexto histórico, sua aplicação atual e seus reflexos no ordenamento jurídico nacional.

Com relação às expressões separação do poder e tripartição de funções, parece acertado o juízo de Clèmerson Merlin Clève<sup>2</sup> e José Roberto Vieira<sup>3</sup>, que elegem a expressão tripartição de funções como a mais adequada. Para isso, Vieira se utiliza dos argumentos de Celso Bastos, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*<sup>4</sup>, e de Michel Temer, em *Elementos de Direito Constitucional*<sup>5</sup>, de que o poder estatal é uno e de que quando se fala da sua divisão, na verdade, refere-se à divisão de suas funções e não do poder em si. O que se separam são as funções, entendidas como o poder orientado ao cumprimento de determinados assuntos, no entendimento do italiano Renato Alessi<sup>6</sup>, apresentado na obra de Vieira.

Historicamente, a noção de tripartição das funções estatais através de órgãos distintos surgiu com as revoluções liberais e burguesas do final do século XVII, quando o modelo de estado absolutista foi negado. Entretanto, Alexandre Mariotti<sup>7</sup> identifica já na teoria de Aristóteles as noções de tripartição das funções e das atividades estatais.

A origem da tripartição, para Nuno Piçarra<sup>8</sup>, é moderna e teve início na Inglaterra com uma oposição entre o Parlamento e a Monarquia, resultando no *Rule of Law*. Essa

---

<sup>2</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

<sup>3</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilinárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 63-65.

<sup>4</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

<sup>5</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

<sup>6</sup> ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960, apud VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilinárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 64.

<sup>7</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

<sup>8</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 44-53.

seria uma forma primitiva do Estado de Direito, que nega o absolutismo e afirma a existência de diferentes funções estatais, como a legislativa e a executiva. Tal entendimento, para a época, foi albergado por John Locke, que imprimiu uma visão contratualista para a organização do Estado moderno. Em 1748, Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*<sup>9</sup>, captando as experiências políticas da Inglaterra, formula uma teoria própria para a tripartição de funções.

Clèmerson Clève, em sua obra *Atividade Legislativa do Poder Executivo*<sup>10</sup>, faz um estudo sobre a teoria de Montesquieu. A principal formulação do filósofo europeu foi a de que as funções executivas, legislativas e judiciárias do Estado deveriam ser geridas por órgãos autônomos e diferentes. Seu objetivo foi apresentar uma fórmula de equilíbrio para o Estado: "...para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder"<sup>11</sup>. A teoria de Montesquieu foi utilizada como premissa fundamental nas revoluções americana e francesa, do final do século XVIII.

Clèmerson apresenta as críticas surgidas ao longo do tempo à teoria de Montesquieu, das quais ele destaca a de Karl Loewenstein<sup>12</sup>, que afirma que a teoria foi útil nas circunstâncias do poder absolutista ultrapassado, mas que careceria de aplicação atualmente. Para Clèmerson, "na sociedade de massas não há como manter distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva). O governo compreende ações legislativas e administrativas"<sup>13</sup>.

A teoria da divisão dos Poderes, porém, ganhou destaque, pois se tornou um meio de "garantia das liberdades individuais"<sup>14</sup>, base integrante e fundamental das constituições modernas.

---

<sup>9</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril, 1985.

<sup>10</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril, 1985, p. 149.

<sup>12</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1986 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

<sup>13</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

<sup>14</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

Em um Estado Liberal, o sistema de governo é fundamentado pela tripartição de funções e norteador pela legalidade. A função legislativa, como explica Mariotti<sup>15</sup>, assume papel de primazia sobre as demais funções estatais, pois é através dela que emanam as leis, as grandes legitimadoras e limitadoras dos direitos individuais, também dotadas de legitimidade e obediência popular. Assim, os direitos dos cidadãos são garantidos por meio do exercício da função legislativa, fonte das leis. Esse modelo de organização está bem adequado a um modelo de Estado Liberal, que possui leis gerais editadas pelo Legislativo e medidas particulares estabelecidas pela administração estatal.

Entretanto, como elucida Clèmerson Merlin Clève<sup>16</sup>, a transformação do Estado de Liberal para Social e Democrático forçou mudanças na organização e na distribuição clássica das funções estatais. As mudanças foram necessárias porque o modo de o Estado atuar se modificou e se intensificou.

O Estado Social surgiu a partir do capitalismo liberal, que necessitava de maior intervencionismo para atingir o equilíbrio concorrencial e a igualdade social, distribuindo a riqueza e garantindo os direitos sociais à população, que teria maior acesso ao consumo. O Estado passa a ser prestativo. Além disso, com a industrialização e a modernidade, que aperfeiçoaram o comércio, a sociedade passou a exigir mais rapidez, seja nas comunicações, nos transportes ou nas relações sociais, comerciais, financeiras e econômicas. Um exemplo notável é o da economia mundial, que oscila praticamente em bloco, de modo repentino e interligado, perpassando por momentos de crise e prosperidade.

O ponto de maior relevância na mudança do Estado Liberal para o Estado de Direito, Social, segundo Mariotti, foi que “o alargamento das funções estatais reclama um aumento não menos considerável da produção legislativa, tendo em vista as exigências do princípio da legalidade”<sup>17</sup>. Esse aumento das atividades legislativas causou grandes problemas aos Parlamentos e Casas Legislativas, o que ajudou a flexibilizar a tripartição das funções.

---

<sup>15</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

<sup>16</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

<sup>17</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

Inserido nesse ambiente, o Estado Social é demandado a atuar de maneira célere, pois, para atingir seus objetivos, obriga-se a regular a economia e intervir normativamente nas relações sociais. Clèmerson Clève<sup>18</sup> explica que “as políticas públicas sucedem-se com a finalidade de implementar diretrizes novas ou de oferecer respostas a crises conjunturais recorrentes”. Por esses motivos, o Poder Executivo foi introduzido na capacidade de produção normativa e a tripartição clássica de funções foi alterada, “governar, agora, sobre atuar de ofício a lei significa, também, legislar”. A edição de atos legislativos pelo Poder Executivo é vista como um sintoma da crise do Poder Legislativo e da legalidade.

Wadih Damous e Flávio Dino também reconhecem que o Executivo está impregnado de funções legislativas, necessárias aos novos desafios do Estado Social: “é imperioso reconhecer que a atuação do Governo no processo de legislação consolidou-se em dado imprescindível, e, por isso mesmo, inarredável da organização política do mundo contemporâneo”<sup>19</sup>.

A atuação do Executivo nas funções essencialmente legislativas mostra-se inevitável e natural no decorrer da evolução estatal, entretanto, gera riscos ao controle do Poder. Porém, não há uma necessária incompatibilidade da tripartição de funções com a democracia social.

A aplicação da teoria da tripartição de funções no modelo de Estado Social implica organização e distribuição das competências constitucionais e das responsabilidades dos órgãos estatais, na visão de Mariotti<sup>20</sup>. Há uma compatibilização do controle com a cooperação entre os Poderes. Os órgãos devem manter um laço de colaboração e não de separação.

Ainda segundo o mesmo autor, cabe ao Executivo, Legislativo e Judiciário o exercício de suas funções principais, essenciais, constitucionais, mas não de modo exclusivo. Ou seja, todos os órgãos podem desempenhar atividades de cunho administrativo, legislativo e judiciário, mas em graus distintos, dependendo de suas funções principais. A atividade principal do poder executivo é administrar, mas nada

---

<sup>18</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 17.

<sup>19</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 6.

<sup>20</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19-21.

impede que ele também legisle e julgue. Os órgãos não conseguem cumprir com exclusividade suas funções principais.

Porém, como modo de controle, a função principal atribuída constitucionalmente a um órgão não pode ser sobreposta, usurpada pela atividade de outro órgão que não é competente para tanto. Por exemplo, o Executivo não pode sobrepor sua atuação legislativa à do próprio Poder Legislativo, sob pena de haver uma concentração ilícita de Poder.

Nesse mesmo sentido, Wadih Damous e Flávio Dino<sup>21</sup>, utilizando-se dos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, afirmam:

Estatuída como preceito constitucional, o cânone da separação se dirá violado, não pelo mero exercício da função legislativa por parte do Governo, mas se, de fato, esta atividade atingir o núcleo essencial da apontada função, traduzindo autoatribuição de competência legislativa fora das hipóteses previstas na Constituição.

Clèmerson Clève, trazendo a teoria da divisão dos poderes para o constitucionalismo atual, reconhece a dificuldade e a inviabilidade na adoção da divisão plena das funções do Estado. No entanto, ele lembra que tal teoria é bastante útil para a construção de um sistema de equilíbrio para o Poder. Para atingir o equilíbrio, seria necessário permitir atividades integradas dos órgãos, que não as exerceriam de modo exclusivo, mas com preferência, e, ao mesmo tempo, aperfeiçoar sistemas de controle e limitação das ações dos Poderes, principalmente do Executivo, para que essas ações fiquem mais “seguras e eficazes”<sup>22</sup>.

O equilíbrio do Poder, então, dependeria de sua distribuição balanceada e de mecanismos de controle de seu exercício, o qual também deve ser exercido da maneira mais objetiva e precisa possível, para não deixar lacunas pelas quais esse Poder possa cometer abusos sem sofrer punições.

Essas construções teóricas se revelam muito úteis para a análise das medidas provisórias em matéria tributária. Estudada brevemente a teoria da separação dos

---

<sup>21</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 45.

<sup>22</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

Poderes, origem, evolução e aplicação atual, resta analisar seus reflexos no ordenamento jurídico nacional.

No Brasil, tal teoria foi incorporada à primeira Constituição do país, mas de modo desvirtuado, pois, na época de sua criação, acrescentou-se também o Poder Moderador, de titularidade do Imperador, com a prerrogativa de controlar os demais Poderes.

Da Constituição Federal Brasileira de 1988, extrai-se que a separação dos Poderes é um princípio fundamental da República, conforme o artigo 2.º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além de ser um princípio, é um dispositivo intangível, cláusula pétrea e imutável do ordenamento constitucional, conforme o artigo 60, § 4.º, inciso III: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a separação dos Poderes”. Ou seja, a tripartição de funções assume papel de extrema relevância na Carta Magna, sendo um dos pilares do sistema constitucional e republicano, tão forte que não se pode modificar.

Portanto, pode-se concluir que a teoria da tripartição de funções, elaborada cientificamente por Montesquieu, ainda é bastante válida e eficaz, mas com as adaptações necessárias. Atualmente, a teoria pode ser interpretada como uma garantia à liberdade do cidadão e aplicada ao Estado Social como um sistema de colaboração e controle mútuo dos órgãos estatais e como um método de preservação das funções essenciais de cada órgão. No ordenamento jurídico nacional, a tripartição de funções possui *status* de princípio fundamental e cláusula pétrea constitucional. A teoria revela-se um alicerce muito importante para o estudo da atividade legislativa do Poder Executivo, sobretudo por meio das medidas provisórias em matéria tributária.

### 3 ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO

As atribuições do Poder Executivo, como vistas na separação de funções, alargaram-se no Estado Social e atingiram a produção normativa, contribuindo para a descentralização da atividade legislativa.

No entendimento de Clèmerson Clève<sup>23</sup>, a participação do Poder Executivo na elaboração das leis pode ocorrer de duas maneiras: interferindo em uma parte do processo legislativo ou produzindo a norma por inteiro, por iniciativa própria.

O processo legislativo, segundo José Afonso da Silva<sup>24</sup>, compreende um conjunto de atos que visam à criação das leis: iniciativa, emenda, votação, sanção e veto. Para ele, a criação de medidas provisórias e leis delegadas não configuram propriamente um processo legislativo, pois elas não obedecem ao trâmite típico de um processo legislativo, mencionado acima. Esses seriam casos de mera edição, formando um “processo elaborativo”. Só haveria processo legislativo na autorização do Congresso Nacional que cede à delegação constitucionalmente prevista, no caso das leis delegadas.

Alexandre Mariotti<sup>25</sup> esclarece a existência de dois tipos de normas que podem ser emanadas: normas primárias e normas secundárias. Estas são as que não se inovam juridicamente, estão baseadas em outra lei, como os regulamentos subordinados. Já aquelas são as que provocam uma inovação originária no ordenamento, como as medidas provisórias, equiparadas às leis formais. Segundo explica o autor, a criação de normas secundárias pelo Poder Executivo não é prejudicial ao sistema legislativo, pois elas estão subordinadas a uma lei, são normas de cunho executivo. O problema principal seria a criação de normas primárias pelo Executivo, o que deveria ser sempre a exceção, nunca a regra.

---

<sup>23</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 526.

<sup>25</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24.

Há algumas hipóteses em que o Executivo poderia atuar na criação de normas primárias. Mariotti<sup>26</sup> identifica três das principais teorias sobre o tema: ou Executivo teria competência para elaborar a norma primária, mas somente através de prévia autorização do Legislativo, sendo o caso das leis delegadas; ou o Executivo teria competência constitucional regulamentar, ou seja, de criar regulamentos autônomos; ou por fim, o Executivo poderia legislar sob condições fáticas impostas pela Constituição, sujeitas à confirmação pelo Legislativo, sendo o caso de competência de urgência, em que se encaixam as medidas provisórias.

Retornando ao modelo apresentado por Clèmerson<sup>27</sup> e se aproximando do descrito por José Afonso da Silva<sup>28</sup>, elucidam-se os meios pelos quais o Executivo pode fazer uma mera intervenção no processo legislativo: poder de iniciativa, sanção ou veto, promulgação e publicação, ou de outras maneiras.

Por poder de iniciativa entende-se o direito de agir, dar início ao processo legislativo. A Constituição Federal de 1988, artigo 61, § 1.º, inciso II, alíneas *a* até *f*, conferiu ao Executivo o poder de iniciativa em determinadas matérias. Dentre elas, destaca-se: “b) organização administrativa e judiciária, **matéria tributária** e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”<sup>29</sup> (grifou-se). Entretanto, não se pode negar a força do Congresso Nacional no processo de produção normativa, pois qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso possui iniciativa para a produção de lei. O Executivo, ainda assim, é privilegiado por “exercer a liderança do processo de elaboração das leis”<sup>30</sup>, frente à posição que assumiu na sociedade social democrática.

Outro modo de participação pode se dar através do veto ou sanção. Essa modalidade está prevista na Constituição Federal de 1988, artigo 66 e seus parágrafos. Segundo a Carta Magna, o Executivo poderá vetar projeto de lei totalmente ou

---

<sup>26</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>27</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 526.

<sup>29</sup> BRASIL, Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 20/07/2009.

<sup>30</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.



parcialmente, no prazo de quinze dias, se o considerar inconstitucional ou contrário aos interesses da nação. Se parcial, o veto deve englobar todo o conteúdo do dispositivo, artigo, inciso ou alínea vetados. O veto pode ser rejeitado pelo Congresso Nacional, se for a vontade da maioria absoluta dos parlamentares. Dessa maneira, o poder do veto não é absoluto no ordenamento, “é suspensivo e superável”<sup>31</sup>, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de modo que sua força para o Poder Executivo acaba se mitigando, sem deixar de auxiliá-lo, entretanto, no controle da atividade do Poder Legislativo.

A atribuição do Executivo para promulgação e publicação das leis é conferida pela Constituição, artigo 84, inciso IV. A promulgação também é abordada pela Constituição no artigo 66, § 7.º. Trata-se de um dever imposto às autoridades, para que promulguem uma lei sancionada: primeiramente, um dever do Presidente da República. Se este não o fizer no prazo legal, transfere-se a obrigação ao Presidente do Senado e, sucessivamente, a seu Vice-presidente. Constitui, portanto, um ônus a promulgação das leis, a qual possui o sentido de cientificar os cidadãos dos atos normativos produzidos. José Afonso da Silva explica que “a promulgação não passa de mera comunicação aos destinatários da lei”<sup>32</sup>. O Presidente da República pode promulgar qualquer ato normativo submetido à sua sanção, especialmente os mencionados no artigo 48 da Constituição Federal. Promulgado, o ato é enviado à publicação.

A publicação seria o ato pelo qual a promulgação é transmitida, evidenciada. A lei já existe por ocasião da sanção, mas seus efeitos passam a ocorrer depois da promulgação publicada. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>33</sup> alerta que a promulgação e a publicação já não fazem parte do processo legislativo, pois versam sobre leis prontas, sancionadas, e não mais sobre projetos de leis.

Outro meio que o Executivo possui para interferir na produção normativa é através da indução, para que o Poder Legislativo atue. Isso ocorre, por exemplo, na hipótese de envio de uma mensagem ao Congresso Nacional, no momento da abertura

---

<sup>31</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 530.

<sup>33</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 72.

da sessão legislativa, apresentando a situação do país e requerendo que este promova os atos que julgar necessários (CF, art. 84, inc. XI). Outros exemplos são o da solicitação de urgência na tramitação de um projeto de iniciativa do Executivo (CF, art. 64, §1.º) e o da convocação extraordinária do Congresso Nacional em caso de urgência ou relevante interesse público (CF, art. 57, § 6.º, inc. II). Essas são algumas maneiras pela qual o Executivo pode interferir no processo legislativo.

Agora, quando o Executivo prepara inteiramente a norma, ainda no entendimento de Clèmerson<sup>34</sup>, mas se aproximando, agora, ao de Mariotti<sup>35</sup>, ele pode fazer por delegação com previsão constitucional; delegação anômala; e atividade legislativa decorrente de atribuição, gerando um ato com força de lei ou não equiparado à lei.

A delegação por previsão constitucional ocorre quando a Constituição Federal atribui a um ato normativo do Executivo a natureza de ato legislativo. Constitucionalmente, a lei delegada, prevista no artigo 68, é o exemplo de delegação por previsão constitucional, que depende da autorização do Poder Legislativo.

Entretanto, por delegação anômala entende-se aquela pela qual o Executivo emite ato normativo sem força de lei, sem natureza legislativa, com características de um regulamento, por exemplo. As suas diferenças com a delegação por previsão constitucional se evidenciam porque, na delegação anômala, o governo não será necessariamente o beneficiário do ato. O ato não terá força de lei e geralmente tal delegação não está prevista na Constituição. São exemplos, na prática brasileira: regulamentos autorizados ou delegados, editados pelo Presidente da República.

A atividade do Executivo em matéria legislativa pode ocorrer também por atribuição. Ou seja, a Constituição confere ao Executivo o poder de emitir atos normativos, com ou sem força de lei.

Atos normativos com força de lei, segundo explicação de Michel Temer<sup>36</sup>, são aqueles que possuem o atributo de criar direitos e obrigações, assim como uma lei faz, mas não seriam emanados do órgão competente, o Poder Legislativo, o que impediria

---

<sup>34</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

<sup>35</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>36</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

que se tornassem leis. Assim, produziriam efeitos de lei, apesar de não serem leis. Exemplo de ato com força de lei é o decreto-lei, muito utilizado no Brasil, sob o regime da Constituição anterior, e em países europeus: Portugal, Itália e Espanha. As medidas provisórias, oriundas da Constituição de 1988, são consideradas também um modo de atuação legislativa do Executivo com força de lei e são objeto mais detalhado desse estudo.

Entretanto, os atos normativos que não possuem força de lei seriam os incapazes de criar direitos e obrigações e de vincular os cidadãos à sua obediência, como faria uma lei, mas teriam a função, dentre outras, de viabilizar sua aplicação. Como exemplos de atos que não possuem força de lei, oriundos de atribuição, podem-se citar os regulamentos elaborados pelo Executivo que versam sobre leis emanadas pelo Legislativo e que não dependem de autorização ou delegação, pois decorrem de atribuição constitucional, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>37</sup>.

Portanto, podem-se notar certas diferenças nas abordagens doutrinárias, mas que não comprometem a ideia geral dos modos de atuação do Executivo na esfera legislativa, incluindo-se, também, as medidas provisórias. Tal análise, desamparada de maior profundidade, serviu apenas como base para identificação das medidas provisórias dentre os meios normativos do Estado. Pelo exposto, pode-se entender que elas são oriundas de uma atribuição constitucional de competência legislativa, visam à produção de normas primárias com força de lei e estão sujeitas ao controle fático de urgência e confirmação pelo Legislativo. Tal noção será mais bem trabalhada no estudo da natureza das medidas provisórias.

---

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 158.

## 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONEXOS

Para adentrar no estudo das medidas provisórias, é necessário trabalhar os princípios constitucionais relacionados a elas. Para tanto, alguns princípios foram eleitos para análise, especialmente pela conexão com o tema. Dentre eles, pode-se iniciar pela segurança jurídica, a partir da qual será possível especificar os demais: legalidade, legalidade tributária, anterioridade e irretroatividade.

Os princípios, no âmbito da Constituição brasileira de 1988 e na opinião de José Souto Maior Borges<sup>38</sup>, possuem um caráter interpretativo das normas constitucionais, devendo haver uma coesão entre eles e as demais regras. Eles são os vetores do sistema constitucional, sua base e dão sentido a todo o texto. Por isso, possuem relevância e importância ímpares.

Paulo de Barros Carvalho<sup>39</sup> revela que os princípios são “linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de forte agregação num dado feixe de normas”. Eles influenciam fortemente todas as demais normas constitucionais e possuem força altamente atrativa sobre elas. Observa o autor que alguns princípios estão implícitos na Constituição, mas nem por isso são menos relevantes que os aludidos expressamente.

### 4.1 SEGURANÇA JURÍDICA

Com relação à segurança jurídica, ela é bastante protegida e valorizada pela Constituição Federal de 1988. O texto constitucional revela, já em seu preâmbulo, que a finalidade da Constituição, dentre outras, é a de garantir a segurança aos cidadãos. Sem equívoco, pode-se perceber que esse é um valor enaltecido pela sociedade brasileira e merece ser preservado pela lei máxima do país. O fato de o legislador iniciar

---

<sup>38</sup> BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 14.

<sup>39</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 148.

o texto da Constituição da República citando a proteção desse preceito já é suficiente para que seja percebido o seu grau de relevância, mesmo por aqueles que considerem o preâmbulo como mero instrumento interpretativo da Constituição, sem conferir-lhe aplicabilidade como norma jurídica constitucional cogente.

A Carta Magna, entretanto, não menciona a segurança somente no preâmbulo, mas confere a ela a condição de direito fundamental (art. 5.º). Pelas letras da lei:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

Roque Antonio Carrazza<sup>40</sup> acentua que o exercício dos direitos fundamentais acaba formando direitos subjetivos genuínos, com feixes de situações jurídicas ativas oponíveis a todos e ao Estado. Segundo ele, os direitos fundamentais são oriundos do Estado de Direito e das primeiras Constituições, em que a segurança, principalmente contra o Estado, é uma necessidade dos cidadãos e faz parte do “patrimônio irretroatável da personalidade humana”<sup>41</sup>. Assim sendo, eles representam um limite à competência tributária dos entes políticos.

Hugo de Brito Machado<sup>42</sup> assevera que o próprio Direito não existe se a segurança jurídica não é protegida. A função do Direito, além de regular as relações sociais, é oferecer segurança aos cidadãos. Tal segurança, ao lado da justiça, é tida como fundamental ao sistema jurídico pátrio, sem a qual os cidadãos e contribuintes não poderiam permanecer.

Por sua vez, Roque Carrazza<sup>43</sup> vincula a noção de segurança jurídica às de certeza e igualdade. A noção de certeza seria, inclusive, um atributo do próprio Direito, que a confere às relações sociais. Trata-se da “confiança” que o Direito deve expressar. Para a área tributária, o autor atrela a certeza do Direito à hipótese de incidência

---

<sup>40</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 393.

<sup>41</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 394.

<sup>42</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 109.

<sup>43</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 420-421.

tributária, em que são identificados abstratamente todos os elementos do mundo dos fatos que, quando conjugados, ensejam a incidência de uma norma tributária. A hipótese de incidência oferece a certeza necessária para se compreender o alcance da norma tributária. Quanto à igualdade, esta seria suprema para a aplicação da isonomia entre os contribuintes, o que gera, conseqüentemente, segurança jurídica aos destinatários do Fisco.

José Roberto Vieira<sup>44</sup> também se aproxima do pensamento exposto acima. Para ele, a segurança efetivamente é um dos preceitos soberanos para o país. O autor estabelece, até, uma relação de proporção direta entre o grau de segurança de uma sociedade e o seu grau de civilização. Ele também conecta a segurança jurídica à “certeza do direito”, à “clareza” e à “estabilidade”. Há segurança jurídica quando existe “previsibilidade da atuação estatal”<sup>45</sup>. O conceito de segurança, porém, é mais abrangente que o de certeza, previsibilidade, englobando todos eles.

Paulo de Barros Carvalho<sup>46</sup> explica que a segurança jurídica visa difundir socialmente a sensação de previsibilidade das normas e os efeitos de sua aplicação, na regulação das relações tributárias.

Precisamente, o princípio da segurança jurídica é largamente albergado pela Constituição Federal, que, no âmbito tributário, demanda segurança jurídica aos contribuintes, para que estejam protegidos da máquina estatal. Alberto Xavier<sup>47</sup> faz uma importante colocação, indicando que a segurança jurídica é necessária ao modelo de economia de mercado em que se vive, pois seus valores supremos, a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada, dependem da segurança jurídica para serem exercidas. A manutenção da ordem econômica vigente depende dessa garantia. A concessão de flexibilidades ao governo gera insegurança sobre o mercado, que não quer estar constrito vulneravelmente às políticas públicas.

---

<sup>44</sup> VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 317-373.

<sup>45</sup> VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 322.

<sup>46</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 150.

<sup>47</sup> XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 50-55.

José Roberto Vieira faz ainda um estudo interessante acerca do subsistema constitucional tributário brasileiro, em que desvenda outros princípios constitucionais que cumprem a segurança jurídica. Dentre eles, destaca-se o princípio da legalidade e da legalidade tributária. Ambos possuem força e previsão constitucional (CF, art. 5.º, inc. II e art. 150, inc. I), são amplamente consagrados e apontados como um dos pilares do constitucionalismo e da tributação atual.

Importante apresentar, outrossim, as palavras de Alberto Xavier, que explica a relação entre segurança jurídica e legalidade, indicando que a noção de segurança é mais vasta do que a de legalidade, “mas posta em contato com esta não pode deixar de a modelar, de lhe imprimir um conteúdo, que há de necessariamente revelar o grau de segurança ou certeza imposto”<sup>48</sup>.

Outros princípios de alta relevância são o da anterioridade, contido na CF, art. 150, inc. III, alíneas *b* e *c*, e o da irretroatividade, tratado pela CF, art. 150, inc. III, alínea *a*. O exame desses princípios e a importância deles para o estudo das medidas provisórias e da segurança jurídica serão tratados a seguir.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Um dos alicerces do sistema jurídico tributário e constitucional é o princípio da legalidade, valorado e protegido pelo sistema constitucional brasileiro. Tal princípio pode ser visto em duas acepções, uma genérica, destinada a todas as esferas do Direito e das relações sociais, e outra específica, reiterada no Direito Tributário, norteadando a atuação do Estado na área.

Além da sua importância para o sistema jurídico geral, a legalidade apresenta-se como chave para uma conclusão jurídica sobre a possibilidade de se legislar em matéria tributária através das medidas provisórias. Muitos autores a apontam, ao lado

---

<sup>48</sup> XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 43-44.

da anterioridade e de outros princípios, como um empecilho constitucional às medidas provisórias.

José Roberto Vieira<sup>49</sup> assinalou a legalidade como um instrumento que efetiva a segurança jurídica. Antes, porém, de adentrar no estudo desse princípio, torna-se interessante entender sua origem. Victor Uckmar<sup>50</sup> afirma que a Magna Carta inglesa costuma ser vista por diversos autores como a origem da tributação sob a deliberação do legislativo, preservando-se uma legalidade primitiva.

Porém, antes mesmo desse marco, já haveria a existência de monarcas na Europa que respeitavam regras de direito consuetudinário, que procuravam obter o “consentimento” dos cidadãos, súditos, para a cobrança dos impostos pretendidos. Carrazza<sup>51</sup> afirma, contudo, que esse consentimento não era suficiente para garantir aos cidadãos da época a segurança da atuação do rei, que poderia agir arbitrariamente em desfavor dos súditos.

O órgão legislativo citado na Magna Carta era composto por cleros, bispos, barões, entre outros. A partir da concentração dos povos em cidades, a mudança da carga tributária sem a aprovação deles não era mais tolerada, pois seria contrária ao conjunto de liberdades titularizadas pelos cidadãos da época.

Uckmar<sup>52</sup> lembra também que foi a partir da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos da América que as bases da sociedade atual foram moldadas, com a elucidação dos princípios e direitos dos cidadãos, especialmente na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, e na Constituição Americana, de 1787. Grande parte das Constituições modernas possui inspiração francesa e reitera a necessidade de aceitação dos órgãos legislativos para a aprovação dos tributos.

Foi com o surgimento do Estado de Direito que a legalidade passou a ser uma garantia dos cidadãos, de que o Estado estaria vinculado e limitado a ela e que só poderia tributar por meio dela. Observa-se que o órgão competente para sua criação é

---

<sup>49</sup> VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 324.

<sup>50</sup> UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. rev. atual. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

<sup>51</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 239.

<sup>52</sup> UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. rev. atual. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 31.



o Legislativo, que é legitimado pelo povo para essa função específica, diferentemente do Executivo.

Na concepção atual, indica Vieira<sup>53</sup>, o princípio da legalidade pode ser visto sob um viés ampliativo, em que se deve agir estritamente nos termos da lei, ao contrário da concepção restritiva, em que se poderia fazer o que a lei não proíbe. A concepção ampliativa se apresenta mais completa, pois abrange a restritiva. Conclui Vieira apresentando sua compreensão do princípio da legalidade, no ordenamento nacional, “como uma relação de conformidade com a lei em sentido formal”<sup>54</sup>, respeitado-se as regras de competência constitucional.

Por outro lado, Alberto Xavier<sup>55</sup> se utiliza da expressão “reserva de lei formal” para indicar a definição ampliativa, de que a lei é o pressuposto para atuação estatal. Segundo ele, a reserva de lei pode ser material ou formal. A primeira vincula a conduta do Estado a uma autorização legal, seja qual for a modalidade normativa. A segunda vincula a atuação do Estado a um ato normativo com força de lei, oriundo de um órgão com competência legislativa para editá-la.

O princípio genérico da legalidade está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, inciso II: “...ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Paulo de Barros Carvalho<sup>56</sup>, na interpretação do dispositivo constitucional, acentua que somente a lei deve estipular o aparecimento de direitos subjetivos e deveres correlatos. Tal princípio, observa-se, é cláusula pétrea da Constituição, pois, como direito e garantia individual, está protegido pelo art. 60, § 4.º, inc. IV.

Quanto à questão da competência para editar normas, Carrazza afirma que, no Estado de Direito, a lei emana do Legislativo, que é o órgão legitimado pelo povo para tal atribuição. No entanto, o Legislativo não é livre para legislar, pois está submetido ao controle de constitucionalidade, efetuado pelo Judiciário. No Brasil, “só a lei pode

---

<sup>53</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 78.

<sup>54</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 80.

<sup>55</sup> XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 17.

<sup>56</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152.

compelir as pessoas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”<sup>57</sup>. No conceito de legalidade genérica, afirma Carrazza, está contida uma das maiores garantias de liberdade. Ou seja, o único impedimento sobre a atuação dos indivíduos deve estar contido na lei, que é igual para todos. O Executivo deve aplicar o disposto em lei e se submeter às vontades do povo. A legalidade deve ser considerada aquela orgânico-formal, advinda do órgão, da pessoa política competente para instituí-la, o Legislativo.

Essa é a concepção genérica de limitação ao Poder de tributar, oriunda do princípio da legalidade. A Constituição Federal, entretanto, apresentou o princípio da estrita legalidade tributária, que aparece no artigo 150, inciso I: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Hugo de Brito Machado<sup>58</sup> esclarece a existência de dois entendimentos para a legalidade na área tributária: ou o tributo deve ser criado mediante a aceitação dos contribuintes ou segundo os critérios prévios de normas objetivas. Porém, ele alega que um tributo pode ser instituído sem o consentimento expresso do povo, mas jamais pode ser instituído em desacordo com a lei. Conclui, portanto, que há mais força na concepção de legalidade como o regramento, a disciplina para a criação e a cobrança de tributos.

O princípio da legalidade tributária é um dos apoios do sistema tributário, pela intensidade da segurança que proporciona. Roque Carrazza<sup>59</sup> vincula o princípio da legalidade ao da segurança jurídica, mas também acrescenta o princípio da tipicidade, que seria um modo de cumprir a legalidade e segundo o qual um tributo somente será exigido se previsto tipicamente na lei, afastando a discricionariedade da administração pública. Em análise semelhante, Alberto Xavier<sup>60</sup> expõe que o princípio da tipicidade é complementar ao da legalidade, não se configurando como princípio autônomo a ela. A tipicidade dos tributos é derivada somente da lei.

---

<sup>57</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 240.

<sup>58</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17.

<sup>59</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 423.

<sup>60</sup> XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 70.

O princípio da legalidade, então, determina que os tributos somente possam ser instituídos, com a descrição de sua regra-matriz de incidência, através da lei. Paulo de Barros Carvalho<sup>61</sup> preceitua que o princípio da estrita legalidade determina que a lei tributária traga informações descritoras do fato jurídico e da relação obrigacional, o que a aproxima da tipicidade tributária, citada por Carrazza<sup>62</sup>, que seria decorrente da legalidade.

Alberto Xavier<sup>63</sup> elucida que o princípio da estrita legalidade seria, na verdade, a “reserva absoluta de lei”, que agrega duas funções: deve fundamentar a atuação estatal na seara tributária, através da lei editada pelo órgão legislativo competente; e deve ser utilizada como critério de vinculação do administrador, que não pode atuar discricionariamente na instituição ou majoração de tributos.

Alberto Nogueira<sup>64</sup> indica que a lei tributária deve acatar todos os princípios constitucionalmente protegidos, seja expressa ou implicitamente. Ele pondera que a legalidade, no Brasil, deve ser tida como democrática, impondo-se ao Legislativo os valores supremos da Constituição como limite à sua atividade.

Continuando no estudo do princípio, Carrazza acrescenta que os regulamentos, atos administrativos e portarias não seriam aptos a criar ônus tributários aos contribuintes. Ele afirma que “o princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do fisco”<sup>65</sup>. Tal princípio faria uma blindagem jurídica contra a vontade de tributar do Fisco, garantindo segurança às relações tributárias.

A legalidade, como atributo do Poder Legislativo, garante a legitimidade das normas e cobranças tributárias e a vinculação de todos perante a lei, pois seu processo elaborativo se dá com o consentimento dos cidadãos, representado pela atuação do Poder Legislativo, eleito pelo povo.

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158-159.

<sup>62</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 423.

<sup>63</sup> XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 17.

<sup>64</sup> NOGUEIRA, Alberto. *Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. 2 ed. aum. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30.

<sup>65</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244.

Carrazza ainda defende que somente as leis ordinárias, com exceção das leis complementares, podem criar ou alterar os tributos. O contribuinte tem dois tipos de garantia: material, de que o tributo só será criado por lei oriunda de um órgão legitimado para tanto; e formal, com a segurança de que o Judiciário pode fiscalizar o cumprimento do princípio da legalidade.

Portanto, pode-se entender que a legalidade é um dos valores mais respeitados da sociedade, pois garante aos cidadãos a sua liberdade e aos contribuintes sua segurança frente à atuação do Estado, que somente pode legislar através do Poder Legislativo, o qual possui competência para edição de leis ordinárias e complementares.

#### 4.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade também possui função essencial na limitação do poder de tributar do Estado, sobretudo como forma de garantia à segurança jurídica dos contribuintes e à previsibilidade da atuação estatal.

Esse princípio é especificamente tributário, pois é previsto somente para a legislação tributária. Ele aparece por duas feições: anterioridade de exercício e anterioridade nonagesimal e está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 150, inciso III, alíneas b e c:

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

III - cobrar tributos:

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

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19.12.2003).

§ 1.º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19.12.2003).

Inicialmente, pode-se analisar a anterioridade de exercício na Constituição, bem como de suas exceções expressas no § 1.º. O exercício financeiro a que alude o constituinte é o que se inicia no primeiro dia de janeiro de cada ano e se encerra no último dia de dezembro.

O autor Roque Antonio Carrazza esclarece que, pela anterioridade de exercício, “a lei que cria ou aumenta um tributo (...), ao entrar em vigor, fica com a sua eficácia paralisada até o início do próximo exercício financeiro, quando (...) incidirá, ou seja, passará a produzir todos os efeitos, na ordem jurídica”<sup>66</sup>. Ou seja, se um tributo é criado ou majorado em um determinado ano, só poderá ser efetivamente exigido a partir de janeiro do ano seguinte. No caso do imposto de renda, que possui fato imponible com abrangência anual, seu aumento somente pode ser exigido se a lei for modificada antes do próximo ano-base, cujo ajuste ocorrerá no ano posterior.

A própria Constituição previu casos de exceção para o princípio da anterioridade de exercício. O princípio será afastado para a criação de empréstimos compulsórios visando atender despesas extraordinárias, oriundas de calamidade, guerra externa (CF, art. 148, inc. I); não será usado para a criação ou majoração do imposto sobre a importação de produtos estrangeiros (CF, art. 153, inc. I); do imposto sobre a exportação (CF, art. 153, inc. II); do imposto sobre produtos industrializados (CF, art. 153, inc. IV); e do imposto sobre operações financeiras (CF, art. 153, inc. V); ou impostos extraordinários (CF, art. 154, inc. II).

Acentua Paulo de Barros Carvalho<sup>67</sup> que o princípio da anterioridade de exercício não conseguiu, sozinho, garantir a segurança necessária aos contribuintes, pois o Estado editava normas tributárias no último dia do exercício, visando sua cobrança já a partir do próximo exercício, o que ocorreria um ou poucos dias depois. Assim, acrescentou-se, com a Emenda Constitucional n.º 42/2003, a anterioridade nonagesimal, prevista na CF, art. 150, inc. III, alínea c. Ou seja, agora, os princípios devem ser aplicados cumulativamente, pois além de o Estado não poder efetivar a

---

<sup>66</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186-187.

<sup>67</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160.

norma tributária criadora ou majoradora de tributos no mesmo exercício, ela não poderá ser efetivada a menos de noventa dias de sua publicação.

Então, um tributo instituído ou majorado em meados de dezembro de 2009, por exemplo, somente poderá ser exigido no próximo exercício e depois de decorridos noventa dias. Portanto, no primeiro dia de janeiro, o Estado não poderá exigí-lo, pois a norma tributária ainda não terá eficácia. Há interpretações distintas para a aplicação cumulada das anterioridades: acredita-se que o tributo só poderá ser exigido depois de cumprida a anterioridade nonagesimal dentro do próximo exercício, de modo que seria eficaz a partir de abril de 2010; ou que a lei seria eficaz só no exercício seguinte ao cumprimento do prazo nonagesimal, em janeiro de 2011.

A Constituição também prevê exceções para a anterioridade nonagesimal, conforme art. 150, § 1.º. Ela não será aplicada sobre Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto de Renda, Imposto sobre Operações Financeiras, impostos extraordinários e empréstimos compulsórios para casos de calamidade ou guerra. Além disso, o princípio não atinge a definição da base de cálculo do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e da Propriedade Predial e Territorial Urbana. Carrazza<sup>68</sup> afirma que o rol de exceções previstas para os dois tipos de anterioridade é taxativo, não pode ser alargado.

Paulo de Barros Carvalho<sup>69</sup> conclui, identificando quatro hipóteses de vigência da lei tributária, por conta do princípio da anterioridade: ou se aplica cumulativamente as duas regras de anterioridade, a nonagesimal e a de exercício; ou não se aplica nenhuma das anterioridades, nos casos da CF, art. 148, inc. I, art. 153, inc. I, II e V e art. 154, inc. II; ou só se aplica a anterioridade de exercício para os casos da CF, art. 153, inc. III e para a fixação da base de cálculo do imposto previsto nos art. 155, inc. III e art. 156, inc. I; ou é aplicada somente a anterioridade nonagesimal, sobre o caso dos art. 153, inc. IV e art. 195 da CF.

---

<sup>68</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 200.

<sup>69</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 161.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

Além da legalidade e da anterioridade, Vieira<sup>70</sup> indicou o princípio da irretroatividade como cumpridor da segurança jurídica. Genericamente, tal princípio encontra-se na Constituição, artigo 5.º, inciso XXXVI: "...a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Tal dispositivo se apresenta como um direito fundamental, individual e atinge todo o direito, não apenas o tributário.

Paulo de Barros Carvalho<sup>71</sup> indica que o dispositivo genérico, porém, não é suficiente para garantir, na ordem tributária, uma proteção à irretroatividade para os contribuintes. O autor cita o exemplo de edições de empréstimos compulsórios que desrespeitaram tal princípio e atingiram fatos pretéritos, surpreendendo os contribuintes. Seu dispositivo equivalente, portanto, na área tributária é o do artigo 150, inciso III, alínea a:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
III - cobrar tributos:  
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Como visto, o objetivo desse dispositivo constitucional é a garantia ao contribuinte de que os fatos ocorridos antes do início da vigência da lei não poderão ser atingidos por ela. Assim, se uma norma tributária for alterada para a majoração de um tributo, ela somente poderá atingir os fatos ocorridos após o início de sua vigência, de modo que o contribuinte não será prejudicado, nem surpreendido, tendo que pagar tributos sobre fatos que não eram tributáveis antes da lei.

Pela aplicação de tal princípio, considerando que a medida provisória só assume caráter legal após a edição da lei de conversão, pelo Congresso Nacional, somente poderia cominar seus efeitos a partir desta data.

---

<sup>70</sup> VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo "Viver Perigosamente". In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 317-373.

<sup>71</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 162.

Portanto, pode-se perceber que tal princípio, assim como os demais, possui importância fundamental para a interpretação e a aplicação das normas tributárias, em que se devem respeitar todas as garantias constitucionalmente estabelecidas aos cidadãos, genericamente como direitos fundamentais, protegidos como cláusulas pétreas, ou especificamente, como base do sistema tributário nacional, que limitam a atuação estatal e podem impedir o uso de outros meios normativos para a instituição ou majoração de tributos, conforme se analisará a seguir.



## 5 ORIGEM DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Estudados os princípios norteadores do sistema constitucional tributário brasileiro, indicativos dos objetivos do povo brasileiro, e os modos de atuação do Poder Executivo nas atividades legislativas, pode-se adentrar na análise efetiva das medidas provisórias como técnica legislativa do Estado. Inicialmente, é inevitável apontar como meio normativo antecessor das medidas provisórias o decreto-lei.

A doutrina atribui aos “*decreti-legge*” italianos a origem do decreto-lei, que, no Brasil, foi anterior à medida provisória. Alexandre Mariotti<sup>72</sup> esclarece que o decreto-lei remonta a meados do século XX, mas que foi disciplinado na Constituição italiana de 1947.

Os juristas Wadih Damous e Flávio Dino<sup>73</sup> asseveram que já em 1926, com a lei n.º 100 da Itália, haveria uma disciplina dos decretos-lei, que seriam utilizados, inclusive, desde o século anterior.

Na Itália, o decreto-lei teria as seguintes características: só poderia ser editado para situações de necessidade ou urgência, teria força de lei e seria submetido à apreciação posterior do Parlamento. Mariotti<sup>74</sup> demonstra que o conceito de urgência, naquela aplicação, era a impossibilidade do aguardo do decurso do processo legislativo normal. Geraldo Ataliba ratifica tal entendimento, quando se refere à Constituição brasileira de 1967, concluindo que “invocar a urgência em casos que comportam solução idônea, por lei (...), importaria fraudar à Constituição”<sup>75</sup>.

A partir da redação da Constituição italiana de 1947, iniciou-se uma polêmica sobre os termos e características do decreto-lei: se ele realmente possuiria força de lei, se poderia atingir direitos e garantias básicas do cidadão italiano, ou não. Mariotti, em sua interpretação, entende que o decreto-lei italiano possuiria força de lei ordinária no ordenamento daquele país.

---

<sup>72</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

<sup>73</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 49-50.

<sup>74</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58.

<sup>75</sup> ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 32.

Esse instrumento normativo teria influenciado diversas constituições ocidentais ao longo do século XX. Na Itália, porém, iniciou-se a proliferação do decreto-lei, que inicialmente era considerado extraordinário, passando a ser necessário e urgente dentro da normalidade, o que conferiu a ele, aos poucos, o caráter ordinário. O parlamento começou a limitar sua utilização, criando restrições às matérias que poderiam ser tratadas pelo decreto-lei, e a Corte Constitucional iniciou fortes críticas à sua reedição. Houve imposição de maior rigor legislativo somente com a Lei italiana n.º 400 de 1988, que previu vedações para o uso do decreto-lei italiano.

Alexandre Mariotti<sup>76</sup> afirma que os abusos cometidos no uso do decreto-lei italiano também foram causados pela inércia do Parlamento daquele país e da sua Corte Constitucional, que não foi capaz de breçar, através de sua atuação, os excessos cometidos pelo Executivo italiano.

José Roberto Vieira<sup>77</sup> aponta o sistema jurídico italiano como ponto de partida doutrinário para o estudo do decreto-lei brasileiro e das medidas provisórias. Entretanto, ressalta que a análise do direito comparado nunca pode “determinar a direção, o alcance e os resultados da atividade jurídico interpretativa”<sup>78</sup>, pois a experiência jurídica e social brasileira é única, própria, de modo que o auxílio do direito comparado é útil, mas não pode se tornar determinante no estudo de uma realidade brasileira.

O autor Vieira<sup>79</sup> faz um confronto entre a legislação italiana e a brasileira, no que concerne aos decretos-lei e às medidas provisórias, apontando as diferenças e semelhanças de cada instrumento. Ele indica, contudo, que a principal distinção entre os sistemas é gerada pelo modo de governo, que aqui é presidencialista e lá é parlamentarista.

A importância do modelo de governo residiria na responsabilização e punição do governante por uma medida provisória ou decreto-lei mal afamado. No sistema parlamentarista, em que existe um Primeiro-Ministro escolhido dentre o Conselho de Ministros e pelo Parlamento, o controle sobre a atuação do governante é político, de

---

<sup>76</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52.

<sup>77</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 215.

<sup>78</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 216.

<sup>79</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 217-219.

modo que se o seu desempenho for ruim, se a medida provisória que tentar editar for rejeitada, ele poderá ser afastado do cargo. Além disso, o governo pode perder a confiança e o apoio necessários para a manutenção do Conselho de Ministros, que possui o poder de gestão no país e do qual ele faz parte. Há maior repressão do Conselho contra o seu Presidente, o Primeiro-Ministro, para que não edite normas que possam ser rejeitadas pelo Parlamento. Haveria maior difusão da democracia em tal sistema, pois permite mais discussão e controle sobre a atividade do governante.

No presidencialismo, no entanto, a rejeição de uma medida provisória não leva à responsabilização do governante, que não receberá punições políticas pelos seus atos e provavelmente não será afastado do cargo. Além disso, como aponta Clèmerson Clève<sup>80</sup>, no presidencialismo se tem um órgão unipessoal e não colegiado, diminuindo-se os meios de pressionar o governante. A única consequência da rejeição não passa da própria rejeição.

No entendimento de Clèmerson Clève, a “excepcionalidade do exercício da função legislativa pelo Executivo em nosso país deve ser mais marcante que a da Itália”<sup>81</sup>. Ou seja, o constitucionalista defende o uso das medidas provisórias, em comparação com o decreto-lei italiano, de modo mais excepcional, justamente pela falta de controle político sobre os atos do Executivo.

As diferenças apontadas entre os regimes leva Vieira<sup>82</sup> a concluir que as medidas provisórias, ou decretos-lei, possuem características mais compatíveis com o sistema parlamentarista de governo, ao invés do presidencialista.

As incompatibilidades entre os decretos-lei e o sistema presidencialista brasileiro não foram suficientes para afastar sua prática no país por diversas décadas, lastreada pelas Constituições vigentes no período.

Wadih Damous e Flávio Dino<sup>83</sup> afirmam que as Constituições brasileiras de 1824, 1891, e 1934 não previam a figura do decreto-lei. Foi a partir da Constituição de 1937, porém, que tal instrumento normativo passou a ser previsto e utilizado. Talvez a maior

---

<sup>80</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 43.

<sup>81</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 44.

<sup>82</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilinárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 220.

<sup>83</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 49-50.

inspiração do constituinte tenha sido a Constituição portuguesa de 1933. Como o Brasil estava sob o comando de um governo autoritário na época, as restrições ao decreto-lei contidas na Constituição de 1937 não foram respeitadas. Os juristas supracitados, contudo, não apontam o decreto-lei de 1937 como antecessor das medidas provisórias, pois era instrumento de um Estado de exceção e era tecnicamente mal formulado.

Tão intensa foi a utilização dos decretos-lei e da atividade legislativa do Executivo durante a Constituição de 1937 que a Constituição seguinte, a de 1946, rejeitou absolutamente essa figura, como indica Mariotti<sup>84</sup>.

Entretanto, em 1965, após o golpe militar de 1964, editou-se o Ato Institucional n.º 2, que conferiu ao Presidente da República o poder de criar decretos-lei em matéria de segurança nacional. Com o Ato Institucional n.º 4, ampliou-se o rol de matérias, incluindo-se a financeira e a administrativa, no período de recesso parlamentar. Explica Mariotti que “esses dispositivos, e não aqueles da Constituição de 1937, vão servir de modelo para a Constituição de 1967 e para a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969”<sup>85</sup>, inspirada, agora, na Constituição italiana de 1947. Esses Atos Institucionais vigoraram ainda sob a vigência da Constituição de 1946, que havia refutado os decretos-lei em sua promulgação, mas que, com o advento do governo militar, ficou submissa aos Atos Institucionais até a vigência da próxima Constituição.

A Constituição de 1967 autorizou o Presidente a legislar por decretos com força de lei em matéria de segurança nacional e financeira, vedado o aumento de despesas, em casos de interesse público relevante ou urgente. O decreto vigoraria a partir de sua publicação e o Congresso Nacional teria sessenta dias para apreciá-lo, sendo aprovado em caso de omissão. Eis o texto original:

Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força 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.

---

<sup>84</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 56.

<sup>85</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 56.

Alguns autores, dentre eles Alexandre Mariotti e Nelson de Souza Sampaio, apontam a imprecisão da expressão “interesse público relevante”, que dá a ideia de que os demais atos legislativos não possuiriam tal atributo. Sampaio<sup>86</sup> ressalta que as limitações materiais do decreto-lei deveriam ser interpretadas restritivamente e que não se poderia legislar em matéria de segurança nacional se houvesse aumento de despesa, como ocorre com a matéria financeira. Compartilha da opinião Geraldo Ataliba<sup>87</sup>, segundo o qual a interpretação das matérias passíveis de legislação por decretos-lei deve ser “estritíssima”.

O decreto-lei, para Leon Frejada Szklarowsky, era um ato legislativo, com força de lei, editado pelo Poder Executivo, “com faixa restrita de atuação, conquanto o abuso tenha sido grande, ao ampliar o Executivo demasiadamente seu leque”<sup>88</sup>.

Nelson Sampaio entendeu ser restrita a aplicação dos decretos-lei em matéria tributária. Explica ele que “a urgência para majoração de tributo somente se configuraria no fim do exercício financeiro, depois de votação do orçamento”<sup>89</sup>. A majoração de tributos somente seria possível por decreto-lei, na opinião dele, se fosse dos impostos de importação, exportação, operações de crédito, câmbio, seguro e operações relativas a títulos ou seguros mobiliários, conforme previsão no artigo 22, § 2.º da Constituição de 1967. A criação de tributos e a concessão de isenções, inclusive, não seriam possíveis, por falta de expressa previsão constitucional.

Surgiu, porém, o Ato Institucional n.º 5, de 1968, que veio com mais força e permitiu ao Executivo legislar em qualquer matéria, no período de recesso parlamentar.

Em 1969, brotou a Emenda Constitucional n.º 1, que utilizou a expressão “decreto-lei” e previu expressamente sua edição para normas tributárias, aí incluídas nas financeiras. Também se alargou o campo de competência para incluir decretos-lei sobre criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Ela também tinha como pressupostos de edição o interesse público relevante, ou a urgência, que não eram

---

<sup>86</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 84-85.

<sup>87</sup> ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 55.

<sup>88</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 37.

<sup>89</sup> SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 90-91.

passíveis de controle jurisdicional, por serem discricionários da administração pública. A previsão estava no artigo 55 do texto constitucional:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, 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.

§ 1.º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado (Revogado pela Emenda Constitucional n.º 22, de 1982).

§ 1.º - 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 § 3.º do art. 51. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 22, de 1982)

§ 2.º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

A vigência do decreto-lei era imediata, dependendo apenas da aprovação expressa ou tácita do Congresso. Se rejeitado o decreto, encerravam-se seus efeitos somente a partir dali, devido ao disposto no § 2.º do art. 55 da Constituição.

Sobre a questão da vigência e eficácia dos decretos-lei, Geraldo Ataliba<sup>90</sup> demonstra que sua vigência é imediata, mas sua eficácia não, diferentemente de uma lei ordinária. A eficácia do decreto-lei dependerá da aprovação pelo Congresso, efetiva ou ficta. Assim, antes da aprovação ou do decurso do prazo de sessenta dias, a eficácia será precária e não haverá eficácia plena.

O decreto-lei brasileiro também se tornou ordinário, ao contrário de seu propósito, mantendo-se “em manifesta distorção da finalidade constitucional do instituto, implicando, por consequência, uma concentração de poderes nas mãos do Presidente da República”<sup>91</sup>, na visão de Mariotti.

Para Clélio Chiesa, durante a vigência do decreto-lei, ele acabou se tornando “instrumento normativo por excelência, quando deveria ser um instrumento de exceção,

<sup>90</sup> ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 22.

<sup>91</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

(...). Na prática, o Presidente da República transvestiu-se em verdadeiro legislador ordinário, usurpando competência constitucionalmente atribuída”<sup>92</sup>.

O jurista Leon Frejada Szklarowsky<sup>93</sup> ressaltou o poder do decreto-lei como instrumento normativo da época, em que nem o Judiciário poderia apreciar seus requisitos de urgência ou interesse público, somente o Congresso, politicamente, pois os requisitos teriam caráter discricionário da administração pública.

Essa foi a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, no diagnóstico de Humberto Ávila, pois o órgão “entendeu serem eles atos cuja edição envolvia apreciação discricionária, de tal modo que o Poder Executivo seria livre quanto à escolha da conveniência e da oportunidade para sua edição”<sup>94</sup>.

Clèmerson Clève<sup>95</sup> conclui que, pelo fato de os decretos-lei serem utilizados na vigência de uma Constituição autoritária, a de 1967, eles estavam mais suscetíveis a abusos do Executivo. Contrariamente, as medidas provisórias, já na Constituição de 1988, deveriam ser muito mais contidas, considerando-se as limitações impostas pela Carta Magna, os princípios constitucionais e as formas de controle da competência legislativa do Executivo. Ele afirma que o fato de os abusos continuarem em relação às medidas provisórias decorre não da falta de rigor constitucional, mas da falta de controle do poder, principalmente por parte do Judiciário, que poderia barrar os excessos.

---

<sup>92</sup> CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 17-18.

<sup>93</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 38-39.

<sup>94</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 32.

<sup>95</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 40.

## 6 NATUREZA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A questão da natureza das medidas provisórias é tratada de maneira divergente pela doutrina, como se observará. A identificação mais ajustada desse instrumento normativo é bastante importante para a verificação de sua utilidade na criação e majoração de tributos.

Tal estudo já pode ser encontrado na doutrina italiana, que se deparou com os “*decreti-legge*”. José Roberto Vieira<sup>96</sup> explica que, inicialmente, a doutrina italiana considerava o decreto-lei fruto de uma gestão, por parte do Poder Executivo, da competência do Poder Legislativo. Tal teoria, porém, não prosperou. Surgiu também a ideia do decreto-lei como um ato expedido pelo Executivo, mas sujeito à ratificação pelo Legislativo.

Ganhou destaque, entretanto, a teoria de Carlo Esposito, que relata que o decreto-lei, pelas suas características de excepcionalidade, necessidade e urgência, seria tão somente um fato, o qual possuiria previsão e disciplina jurídica somente para sua limitação: “a medida de urgência e necessidade do Governo é um fato que a Constituição quer disciplinar, mas não um instituto do qual surja nascimento” (Tradução Livre)<sup>97</sup>.

No estudo do decreto-lei brasileiro, Geraldo Ataliba<sup>98</sup> traça uma divisão entre a lei e o decreto-lei para evidenciar a natureza deste instituto. A lei seria produzida pelo Poder Legislativo, com auxílio do Executivo, após o trâmite de um processo legislativo, resultando num instrumento vinculante, geral, com vigência incondicional, capaz de obrigar os cidadãos a fazer ou deixar de fazer algo, nos termos da antiga Constituição de 1967, vigente na época.

---

<sup>96</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilinárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 230-232.

<sup>97</sup> “...i provvedimenti di urgenze e necessitá del Governo sono un fatto cui la Costituzione vuole dare disciplina ma non um istituto Che essa tragga nascimento...”. ESPOSITO, Carlo. *Decreto-legge*. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1962, p. 833, *apud* DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 72.

<sup>98</sup> ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 25.



Contudo, o decreto-lei não possuiria tais características, pois seria oriundo de um ato privativo do Executivo, sem a formação de um processo legislativo. Ainda no entendimento de Ataliba, sua vigência seria imediata, mas condicionada à aprovação de outro órgão, o Legislativo, tornando seus efeitos “precários e limitados”. Somente ganharia estabilidade após a ratificação, ocasião em que lhe seria conferida a força de lei. Em caso de rejeição, o decreto-lei desapareceria do ordenamento, sem alterá-lo ou deixar consequências. Essa seria a natureza do decreto-lei, um ato privativo do Poder Executivo, condicionado à ratificação e com efeitos limitados e precários.

As medidas provisórias, na visão de Paulo de Barros Carvalho, “constituem inovação da Carta de 1988. Sob o ângulo político, diríamos que vieram compensar a União pelo desaparecimento do decreto-lei. Seu perfil jurídico, inobstante, é diverso”<sup>99</sup>. Leon Frejada Szklarowsky também desvincula juridicamente a medida provisória do decreto-lei, afirmando que “no ordenamento jurídico brasileiro, a medida provisória não se confunde, com a lei delegada, nem com o decreto-lei, embora com este se assemelhe”<sup>100</sup>.

Humberto Bergmann Ávila<sup>101</sup> também afasta o regime jurídico do decreto-lei da medida provisória, pelas diferenças de ambos. Além de outros fatores, no decreto-lei havia alternatividade dos critérios materiais, de relevância ou urgência, e sua eficácia somente cessava da revogação em diante. Por outro lado, na medida provisória, os critérios são cumulativos e a eficácia é retroativa, em caso de rejeição. O regime jurídico da medida provisória seria, inclusive, diverso daquele previsto pelo decreto-lei italiano.

Na análise das medidas provisórias, Marco Aurélio Greco<sup>102</sup> inicia sua obra identificando a natureza desse instituto como um ato administrativo dotado de força de lei. Para ele, as medidas provisórias foram criadas para situações urgentes, que não poderiam aguardar o trâmite regular do processo legislativo. Restaria a dúvida quanto à natureza legislativa ou não da medida provisória.

---

<sup>99</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 96, p. 143-147, out./dez. 1990; e n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.

<sup>100</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 37.

<sup>101</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 29.

<sup>102</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 9.

O autor refuta a tese da medida provisória como ato legislativo, pois ela estaria restrita aos critérios de excepcionalidade, eventualidade, de participação exclusiva do Executivo, e que poderia ser somente “convertida” em lei. Se fosse ato legislativo, seria oriunda de um ato complexo de participação dos Poderes Legislativo e Executivo, não somente deste, sem restrições constitucionais e teria eficácia imediata, sem necessidade de conversão.

Conclui Marco Aurélio Greco, afirmando que a medida provisória é um “ato administrativo geral editado pelo Presidente da República em razão da situação constitucionalmente descrita”<sup>103</sup>, com força de lei atribuída pela Constituição. Como ato administrativo, a medida provisória suportaria diversas consequências, como: controle de validade intrínseco dos atos administrativos; responsabilidade do agente que a emanou; e a falta de características essenciais de um projeto de lei. Além disso, a medida provisória teria tão só força de lei, mas não seria lei<sup>104</sup>. A força de lei seria um atributo do ato administrativo emanado, que é conferida pela Constituição e comina na sua executoriedade, atingindo a eficácia do ato.

Clèmerson Clève<sup>105</sup> refuta a hipótese de a medida provisória ser um ato administrativo dotado de força de lei, porque os atos administrativos seriam atos subordinados à lei. Por isso, seria impossível um ato administrativo possuir força de lei. Clélio Chiesa<sup>106</sup> também afirma que os atos administrativos são dotados de um regime jurídico próprio, infraconstitucional e de valoração dos interesses públicos, frente aos privados. Para ele, as medidas provisórias não pertencem a esse regime jurídico.

Por outro lado, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos considera a medida provisória como uma “espécie normativa, ou seja, espécie apta a criar direitos e obrigações nos limites previstos na Constituição e na forma procedimental ali consignada”<sup>107</sup>. Ele defende que a medida provisória não possui natureza legal, pois a Constituição não a prevê como lei propriamente dita, somente as leis ordinárias (CF, art. 59, inc. III), complementares (CF, art. 59, inc. II) e delegadas (CF, art. 59, inc. IV).

---

<sup>103</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 16.

<sup>104</sup> A utilização da expressão “força de lei” foi explicada no estudo das Atividades Legislativas do Poder Executivo, p. 17.

<sup>105</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 53-54.

<sup>106</sup> CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 27.

<sup>107</sup> SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 19.

Marcelo Figueiredo qualifica a medida provisória como uma espécie normativa excepcional com força de lei. Seria excepcional porque não é oriunda do órgão competente por excelência para criação de leis, é uma exceção. Além disso, ela depende de aprovação pelo Legislativo, que pode convertê-la ou não em lei, o que afasta sua natureza legal. A medida provisória não seria lei em sentido formal, mas seria em sentido material, na visão de Figueiredo. Ele finaliza asseverando que a medida provisória é um “ato normativo privativo da vontade do Chefe do Executivo”<sup>108</sup> e não abrange matérias submetidas à reserva de lei.

A posição de Clèmerson Clève se aproxima da de Marcelo Figueiredo na proporção que Clève considera que a medida provisória “não é lei em sentido orgânico-formal, mas é lei no sentido de que produz força de lei, tratando-se de ato legislativo dotado de aptidão para inovar originariamente a ordem jurídica”<sup>109</sup>. Clèmerson defende a tese de que as medidas provisórias são atos legislativos, não em sentido formal, mas em sentido material, pois disciplinadas pela Constituição, em seu artigo 59, que contempla a figura da medida provisória como integrante do processo legislativo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:  
I - emendas à Constituição;  
II - leis complementares;  
III - leis ordinárias;  
IV - leis delegadas;  
V - medidas provisórias;  
VI - decretos legislativos;  
VII - resoluções.

Além disso, as medidas provisórias seriam consideradas leis decorrentes de uma atribuição da Constituição Federal ao Presidente da República, e não mera delegação automática do Poder Legislativo, como defende Clèmerson. Afirma ele, ainda, que atualmente “todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, quando praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, será lei, desde uma perspectiva genérica”<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 31.

<sup>109</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 57.

<sup>110</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 55.

Na análise da natureza das medidas provisórias, Leon Frejada Szklarowsky entende pelo aspecto legal da medida provisória, oriunda de um ato legislativo. Para ele, medida provisória “é lei, sob condição resolutiva”<sup>111</sup>, sendo uma exceção constitucionalmente prevista. Esse autor vai além, ainda, entendendo ser possível uma medida provisória legislar sobre matéria tributária, inclusive em matéria reservada à lei complementar.

Os autores citados, porém, não demonstram uma convergência com relação à natureza das medidas provisórias. Para uma conclusão mais segura sobre sua natureza, parece relevante a dissociação entre a lei e a medida provisória, feita por Celso Antonio Bandeira de Mello, assim como fez Geraldo Ataliba com os decretos-lei.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, as medidas provisórias seriam “providências” que podem ser expedidas pelo Presidente e que terão força de lei. Para o autor, elas são “profundamente diferente das leis”<sup>112</sup> e inclusive o termo força de lei teria sido empregado de modo impreciso pela Constituição. Ele aponta, pelo menos, cinco diferenças substanciais entre a lei e as medidas provisórias.

A primeira delas seria a do caráter excepcional da medida provisória, ao contrário da lei, o modo regular e seguro de se legislar.

A segunda diferença residiria no grau de duração dos instrumentos normativos: as medidas provisórias são, como o nome indica, provisórias, temporárias, passageiras, com prazo de validade; as leis, contudo, têm duração indeterminada, podendo permanecer por muito tempo na esfera jurídica.

A terceira diferença seria referente ao grau de estabilidade das leis e das medidas provisórias. Estas poderiam ser rejeitadas a qualquer tempo pelo Congresso Nacional, aquelas, dependeriam apenas do órgão que as emanou.

A quarta distinção seria decorrente do fato de as medidas provisórias perderem a eficácia desde sua edição se não convertidas em lei pelo Congresso. As leis, se revogadas, contrariamente, perdem a eficácia somente a partir daquele momento, preservando o ato jurídico perfeito (CF, art. 5.º, inc. XXXVI).

---

<sup>111</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 56.

<sup>112</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 28-32, jul./set. 1990.

A última distinção apontada por Bandeira de Mello é relativa ao caráter condicional das medidas provisórias, que devem atender aos requisitos de relevância e urgência para serem expedidas. As leis, entretanto, não possuem qualquer requisito ou condição para que sejam editadas.

Pelas grandes diferenças postas entre as leis e as medidas provisórias, conclui Bandeira de Mello<sup>113</sup> que:

Seria erro gravíssimo analisá-las (medidas provisórias) como se fossem leis 'expedidas pelo Executivo' e , em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normalizadoras equivalentes às das leis. (...) as medidas provisórias não são uma alternativa, aberta ao Executivo, para obter a regulação de matérias que desdenhe submeter ao Legislativo pelo procedimento normal.

Pelas razões expostas por Bandeira de Mello, parece inconsistente considerar as medidas provisórias como ato legislativo, seja como lei formal, material, especial ou com valor de lei. As medidas provisórias e as leis mais divergem do que convergem.

O autor Brasilino Pereira dos Santos advoga pela falta de natureza legislativa da medida provisória, considerando que existe a possibilidade de ela não ser convertida em lei. Ele assegura que a medida provisória é um “instrumento de governo” e se trata de uma “espécie de delegação legislativa, *lato sensu*, conferida diretamente pelo Poder Constituinte ao Poder Executivo”<sup>114</sup>. A medida provisória não seria um ato administrativo, nem lei em sentido formal, mas um ato normativo primário “cuja força decorre diretamente de uma autoridade própria que lhe é conferida constitucionalmente”<sup>115</sup>, dependendo da aprovação pelo Congresso Nacional para se tornar definitivo.

Explicam, Waih Damous e Flávio Dino, a natureza das medidas provisórias: “trata-se de autêntico poder legislativo conferido ao Governo, mediante normaçoão constitucional”, visando a governabilidade do Estado e, além disso, “a emissão de

---

<sup>113</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 29, jul./set. 1990.

<sup>114</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993, p. 313.

<sup>115</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993, p. 316.

medidas provisórias traduz um poder próprio e permanente titularizado pelo Poder Executivo, tratando-se, realmente, de atribuição constitucional direta”<sup>116</sup>.

Respeitáveis são as palavras de Humberto Ávila<sup>117</sup> acerca da natureza desse instrumento:

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 o qual perde os efeitos desde o início.

José Roberto Vieira ressalta o caráter excepcional da medida provisória e a aponta como uma exceção à legalidade. Para ele, a medida provisória seria apenas um “ato ‘com força de lei’”<sup>118</sup> e a força de lei não é suficiente para transformar em natureza de lei algo que a medida provisória não é.

Sobre a natureza das medidas provisórias, Clélio Chiesa as considera “um instituto com regime jurídico-constitucional próprio, marcado pela eficácia imediata de lei pela temporariedade”<sup>119</sup>.

As diferenças entre lei e medida provisória não seriam somente formais, como já dito, mas também materiais, considerando que a medida provisória possui apenas força de lei, é precária e está sujeita à perda de eficácia retroativa.

Vieira<sup>120</sup> conclui que as medidas provisórias são atos normativos primários, que podem inovar no ordenamento jurídico, dotados unicamente de força de lei. Seriam atos normativos primários em aproximação aos atos de governo, os quais seriam submissos somente à Constituição, praticados pela administração pública, discricionários, mas com controle jurisdicional, visando resolver assuntos extravagantes, diferentemente dos atos administrativos.

---

<sup>116</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 77-78.

<sup>117</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 96.

<sup>118</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 239.

<sup>119</sup> CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 31.

<sup>120</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 243.

As conclusões fornecidas por Humberto Ávila e José Roberto Vieira parecem acertadas, pois não é concebível a equiparação das medidas provisórias às leis, nem mesmo em sentido material, conforme exposto por Bandeira de Mello. Seriam as medidas provisórias apenas atos normativos primários dotados de força de lei.

## 7 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO

A previsão normativa das medidas provisórias é oriunda da Constituição Federal de 1988, a qual disciplinou a matéria no artigo 62. Em 2001, porém, tal disciplina foi objeto de modificação pela Emenda Constitucional n.º 32. Parte-se da abordagem inicial da Constituição sobre o tema:

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.

Em interpretação ao dispositivo, Marcelo Figueiredo<sup>121</sup> explica que a medida provisória teria caráter permissivo, pois se utiliza da expressão “poderá”, concedida pelo Congresso Nacional ao Presidente da República. Além disso, a norma impõe uma obrigação ao Presidente, a de submeter a medida provisória ao crivo do Congresso Nacional. Se este estiver em recesso, surge uma nova obrigação, a de convocar o Congresso para se reunir. Outra consequência normativa das medidas provisórias seria a cessação de seus efeitos a partir do trigésimo dia de vigência. Trata-se de mais uma obrigação, na ótica de Figueiredo.

Não restam dúvidas, também, do caráter excepcional, provisório e precário da medida provisória, como já visto, principalmente nas obras de Marco Aurélio Greco<sup>122</sup> e Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>123</sup>, explicando as diferenças entre a lei e a medida provisória, além de Geraldo Ataliba, que, em comentário ao decreto-lei, atribuiu-lhe o caráter de “estritíssimo”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 21-22.

<sup>122</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 28-32, jul./set. 1990.

<sup>124</sup> ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 55.



## 7.1 RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

A Constituição Federal estabeleceu dois requisitos básicos e simultâneos, concorrentes, para edição da medida provisória: relevância e urgência. Paulo de Barros Carvalho adverte que tais requisitos são necessariamente simultâneos, sem os quais “inexistirá clima jurídico para a produção da medida”<sup>125</sup>. A Constituição, inclusive, deixou de utilizar a conjunção alternativa “ou”, do decreto-lei, para utilizar a conjunção aditiva “e”, nas medidas provisórias.

Clèmerson Clève<sup>126</sup> separou os pressupostos para edição das medidas provisórias em formais e materiais. Formais seriam a edição pelo Presidente da República e a submissão imediata ao Congresso Nacional. Os materiais seriam a relevância e a urgência.

Na interpretação dessas expressões dos pressupostos materiais, Marco Aurélio Greco ressalva a utilização do termo “relevância” e não o de “necessidade”, que são distintos, visando coibir abusos do Executivo, já que casos necessários seriam mais comuns do que os relevantes. As medidas provisórias somente poderiam ser utilizadas para uma situação que “implique risco de grave dano ou grave prejuízo a determinados valores básicos que somente a edição imediata de novas normas legais pode solucionar”<sup>127</sup>. Ou seja, só podem ser utilizadas para situações excepcionalmente graves e não como uma opção legislativa do Poder Executivo.

Na mesma análise, Marcelo Figueiredo conclui ser a relevância “filologicamente decodificada como insuperável, importante, e urgência, como inadiável”<sup>128</sup>. Celso Antonio Bandeira de Mello também vincula os conceitos de relevância e urgência a situações graves e imediatas: “a ‘relevância’ implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. (...) só

---

<sup>125</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 96, p. 143-147, out./dez. 1990; e n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.

<sup>126</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 65.

<sup>127</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 22.

<sup>128</sup> SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 24.

ante casos graves”<sup>129</sup>, que poderiam expor a sociedade a sérios danos iminentes. Quanto à urgência, esta será mensurada pela impossibilidade de espera na apreciação de um projeto de lei urgente pelo Congresso Nacional (CF, art. 64, §§ 1.º a 4.º). José Roberto Vieira<sup>130</sup> se utiliza do mesmo raciocínio, afirmando ser o requisito de urgência preciso e determinado, ao contrário da relevância, sendo identificado como o único meio mais célere a ser utilizado em determinado caso.

Por sua vez, Clèmerson Clève atrela o conceito de relevância a algo “importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável”, de natureza “extraordinária, excepcional”<sup>131</sup>, que se relaciona a uma situação. Para ele, no entanto, o conceito de urgência já seria mais preciso e estaria relacionado ao procedimento: uma ação inadiável para atingir um objetivo.

Conclusivamente, Bandeira de Mello<sup>132</sup> assevera que, pelo fato de a expressão relevância ser por vezes indeterminada, imprecisa, restará dúvida sobre seu cumprimento na edição da medida provisória. Para tanto, ele indica a atuação do Judiciário, que poderá agir para desvendar o cumprimento dos requisitos.

Ivo Dantas chegou à conclusão semelhante, afirmando que as expressões de relevância e urgência “formam algo em torno do qual não se pode estabelecer conteúdo rígido, e daí a indispensável apreciação, caso a caso, pelo Poder Legislativo, a fim de apurar-se a sua caracterização”<sup>133</sup>.

Complacente é a indicação de Humberto Ávila<sup>134</sup>, segundo o qual, apesar da imprecisão dos termos “relevância e urgência”, quando examinados sistematicamente pela ciência do Direito numa situação concreta, considerando as demais normas constitucionais, a imprecisão se torna somente relativa, o que traz mais objetividade aos

---

<sup>129</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 28-32, jul./set. 1990.

<sup>130</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999.

<sup>131</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 69-72.

<sup>132</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 32, jul./set. 1990.

<sup>133</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 62.

<sup>134</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 80.

requisitos. Para ele, “relevância” assume um significado de gravidade e “urgência”, imediatismo e indispensabilidade.

No entanto, Marco Aurélio Greco<sup>135</sup> identifica as três condições que devem ser analisadas pelo Congresso Nacional no momento da apreciação da medida provisória editada. Primeiramente, a validade do instrumento normativo, se ele é constitucionalmente compatível. Além disso, deve-se observar a pertinência fática das medidas provisórias com os critérios de relevância e urgência discriminados pela Constituição. Por fim, verifica-se a proporcionalidade e compatibilidade do procedimento adotado, medida provisória, com o procedimento que seria suficiente para alcançar o objetivo atingido. Cumpridas essas condições, estaria justificada a utilização da medida provisória para aquele determinado caso.

Humberto Ávila<sup>136</sup> explica que, ao contrário do decreto-lei, a medida provisória pode sofrer controle jurisdicional dos critérios de urgência e relevância, nos casos de abuso. Segundo o constitucionalista, a discricionariedade da atuação do Executivo somente existe se houver possibilidade de escolha perante mais de uma opção possível. Se não houver outra possibilidade à administração pública que não editar uma medida provisória, considerando as necessidades de relevância e urgência, não haverá discricionariedade nesse ato. Se houver, diante da relativa indeterminação dos conceitos de relevância e urgência, suspeita de que outro meio legislativo poderia ser adotado, insere-se então a atuação do Judiciário, na contenção dos abusos.

## 7.2 CONVERSÃO, REJEIÇÃO, EFICÁCIA E REEDIÇÃO

O dispositivo constitucional do artigo 62 foi seguido de seu parágrafo único, que é bastante útil para o exame da conversão e rejeição da medida provisória:

---

<sup>135</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 25-26.

<sup>136</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 85-86.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

A medida provisória pode ser convertida integralmente em lei pelo Congresso Nacional e dependerá apenas da publicação para que surta todos os seus efeitos, sendo ratificados aqueles precários, ocorridos durante a vigência da medida provisória. O Congresso, porém, pode emendar a medida provisória, limitando-se ao seu objeto. Nesse caso, a medida provisória emendada ficará sujeita à sanção ou ao veto do Presidente da República, para depois ser publicada.

Surge, então, uma questão importante prevista no parágrafo único, que é a da eficácia da medida provisória, principalmente com relação à sua rejeição. Se ela for rejeitada, expressamente ou por omissão, seus efeitos cessarão a partir de sua edição. O prazo máximo de eficácia será de trinta dias, ao contrário do decreto-lei, eficaz por sessenta dias e cuja rejeição não implicava perda de efeitos retroativos. Na medida provisória, a perda da eficácia retroagirá à data de sua edição, gerando um efeito *ex tunc*. Ocorrendo essa hipótese, o Congresso Nacional disciplinará as relações jurídicas decorrentes da medida provisória e de sua rejeição.

Mais importante, porém, é a análise de Paulo de Barros Carvalho sobre o dispositivo, identificando um direito, de titularidade do Congresso Nacional, de rejeição da medida provisória através de uma conduta omissiva. O órgão pode apreciá-la, através da conversão ou rejeição, ou não apreciá-la, manifestando-se por omissão e conseqüentemente rejeitando a medida. A omissão seria interpretada como uma faculdade, alternativa constitucional. Por esse motivo, “o exercício desse direito não pode ser tolhido pelo Presidente da República, mediante a reedição da medida”<sup>137</sup>.

À mesma conclusão chega Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual as “medidas provisórias não podem ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações”. Além disso, “reeditá-la, corresponderia, então, a uma afronta ao Poder Legislativo e a um manifesto extravasamento da competência do Presidente”<sup>138</sup>. O instituto restaria

---

<sup>137</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 97, p. 38, jan./mar. 1991.

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 30, jul./set. 1990.

totalmente deturpado se fosse admitida a reedição das medidas provisórias, além de enfraquecer o princípio da tripartição da função dos Poderes Legislativo e Executivo.

Tais autores também se baseiam na Constituição Federal, artigo 67, para afastar a possibilidade de reedição da medida provisória:

Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Se um projeto de lei rejeitado não pode ser proposto na mesma sessão legislativa, demonstrando-se, assim, a força do Congresso Nacional no controle da edição de normas, analogicamente, a medida provisória, um instrumento normativo de menor valor, também não poderia.

Tal posição, porém, não é unânime, discordando dela Leon Frejada Szklarowsky<sup>139</sup>, segundo o qual a vedação do artigo 67 seria aplicável somente aos projetos de lei e que não haveria nenhum dispositivo constitucional que barrasse a reedição, quando decorrido o prazo de apreciação da medida. Para ele, a vedação somente ocorreria se houve manifesta rejeição da medida, emitida pelo Congresso Nacional. A simples omissão não caracterizaria a rejeição.

Não merece prosperar, contudo, a opinião de Leon Frejada, pois a manifestação através da omissão, como muito bem exposta por Paulo de Barros Carvalho, importa, sim, em rejeição. No mesmo sentido, defende José Roberto Vieira, para o qual “a reedição de medida provisória tacitamente repelida fere a letra do artigo 62, fundamentalmente por negar ao Poder Legislativo o direito de manifestar-se por omissão”<sup>140</sup>. Ainda segundo ele, sucessivas reedições importariam em remover das medidas provisórias o seu caráter provisório, perpetuando-as pelo tempo, retirando suas características constitucionais.

---

<sup>139</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 65.

<sup>140</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias em Matéria Tributária: As Catilnárias Brasileiras*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 1999, p. 283.

Roque Antonio Carrazza<sup>141</sup> comenta os abusos cometidos pelo Poder Executivo na reedição das medidas provisórias:

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 artilosa de, restringindo, ampliar.

Nos apontamentos de Ivo Dantas, consta que as medidas provisórias, as quais deveriam ser excepcionais, foram tão abusadas pelos governos que chegaram ao ponto de “assumir procedimento legislativo diário”<sup>142</sup>, cometendo inconstitucionalidades graves, até mesmo contra direitos e garantias individuais, protegidos por cláusula pétrea. Desse modo, o requisito de relevância tornou-se inócuo às medidas provisórias. O jurista Clélio Chiesa<sup>143</sup> também lamenta a edição de diversas medidas provisórias de conteúdo inconstitucional e como meio ordinário de se legislar, em desrespeito à excepcionalidade do instrumento.

Juridicamente, Ivo Dantas<sup>144</sup> refuta a reedição das medidas provisórias, por considerá-la uma exceção, com requisitos objetivos de edição impostos pela Constituição, que procurou afastar sua discricionariedade. Além disso, não há norma expressa que permita a reedição e não pode haver interpretação nesse sentido. Para ele, a persistência do Executivo numa medida rejeitada configura um crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República.

Brasilino Santos alerta para as consequências da utilização desenfreada das medidas provisórias, o que “pode provocar uma alteração completa no regime institucional, desequilibrando mesmo toda a estrutura levantada pela Constituição, com base no princípio da separação de poderes”<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 275.

<sup>142</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 60.

<sup>143</sup> CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 23.

<sup>144</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 60.

<sup>145</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993, p. 398.

Segundo Humberto Ávila<sup>146</sup>, a tendência do Supremo Tribunal Federal seria a de admitir a reedição de medidas provisórias rejeitadas por omissão e não admitir a reedição nos casos de rejeição expressa.

### 7.3 RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Grande parte da doutrina aponta a responsabilidade do Poder Judiciário no controle e na análise da pertinência das medidas provisórias, inclusive para breçar suas reedições sucessivas. Clèmerson Clève expõe que “cumprirá, evidentemente, ao Poder Judiciário verificar, em cada caso, o que é ou não relevante”<sup>147</sup>. Por outro lado, Marcelo Figueiredo, em crítica à falta de controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das medidas provisórias, aponta que “cumprir não confundir a discricionariedade e política do Presidente da República com o correlato dever jurisdicional de tutela do Poder Judiciário”<sup>148</sup>.

Bandeira de Mello, por sua vez, esclarece as responsabilidades do Judiciário na análise da constitucionalidade das medidas provisórias: ao Supremo Tribunal Federal compete coibir os abusos em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, no entanto, ao restante do Judiciário, cabe limitar através de análises concretas, *incidenter tantum*. Além disso, frisa ele, “o Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade descrição administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem”<sup>149</sup>.

Paulo de Barros Carvalho indica a prestação jurisdicional como adequada no combate aos excessos, “para que (...) o Poder Judiciário atenda às peculiaridades de cada caso, fazendo incidir o direito positivo nos variados tipos de concreção factual

---

<sup>146</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 94.

<sup>147</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 70-71.

<sup>148</sup> SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 28.

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 31, jul./set. 1990.

insusceptíveis de desfazimento”<sup>150</sup>. Para Brasilino Santos, a “lesão ou ameaça a direito decorrente de decreto-lei ou medida provisória é plenamente reparável pelo Poder Judiciário, não havendo possibilidade de (...) se excluir da sua apreciação qualquer dos requisitos”<sup>151</sup> para sua edição.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal aceita o controle judicial dos requisitos da medida provisória (urgência e relevância) e admite a utilização de Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra medidas provisórias<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 97, p. 39, jan./mar. 1991.

<sup>151</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993, p. 509.

<sup>152</sup> DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADI 4049 MC / DF. Relator: Min. Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 05/11/2008, DJ 08/05/2009.



## 8 MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 32 DE 2001

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, o regime jurídico-constitucional das medidas provisórias foi modificado. Parte da doutrina, como se verá, acatou-a como uma nova barreira imposta às medidas provisórias, ampliando suas limitações; outra parte, porém, considerou-a muito mais maléfica do que benéfica.

Sua redação foi aprovada para modificar o artigo 62 da Constituição Federal, da seguinte forma:

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.

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

I – relativa a:

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

II – que vise à detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

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

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

§ 3.º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

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

§ 5.º 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.

§ 6.º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, 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.

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

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

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

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

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

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

O artigo 246 da Constituição também foi alterado, passando a constar na nova redação: “é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1.º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”.

Além disso, ficou consubstanciado pela Emenda Constitucional 32/2001, artigo 2.º que, “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

Na análise do novo *caput* do artigo 62, pode-se observar que os critérios materiais simultâneos de relevância e urgência foram mantidos pela Emenda Constitucional. Assim, as medidas provisórias continuam sendo excepcionais, podendo ser utilizadas somente para casos graves e imediatos.

A eficácia das medidas provisórias, porém, foi modificada. Após a Emenda, a medida provisória passou a ser eficaz por sessenta dias contados de sua publicação, renováveis uma vez por igual período, conforme a faculdade do artigo 62, § 3.º. Cessando-se a eficácia, seus efeitos continuam sendo desconsiderados retroativamente desde a edição, de modo *ex tunc*.

O Congresso Nacional, que antes seria convocado extraordinariamente para se reunir em cinco dias caso estivesse em recesso, passa a se reunir somente após o período regular do recesso, suspendendo-se o prazo dos sessenta dias durante tal período.

Além disso, as medidas provisórias não apreciadas até quarenta e cinco dias da publicação entrarão em regime de urgência perante as Casas Legislativas. Sua apreciação se inicia pela Câmara dos Deputados para depois seguir ao Senado.

Se não houver apreciação até o fim do prazo, ela é renovada uma única vez por igual período. Nas Casas Legislativas, deverá haver apreciação prévia dos pressupostos constitucionais, além da análise antecipada da comissão mista das Casas, que proferirá um parecer.

Algumas outras inovações importantes foram introduzidas pela EC 32/2001, como a proibição de sua edição acerca de determinadas matérias, mas não na tributária; a aplicação parcial da anterioridade de exercício na matéria tributária; e a vedação de reedições, na mesma sessão legislativa, de medidas provisórias rejeitadas expressamente ou por omissão. Essas foram as principais mudanças promovidas pela Emenda.

Roque Antonio Carrazza se surpreendeu com o nível de transformação praticado pelo constituinte derivado na EC 32/2001, fazendo uma “reconstrução” geral da figura das medidas provisórias. Para ele, a reforma tinha por objetivo impor novos limites às medidas provisórias, entretanto, suas disposições acabaram provocando um efeito reverso, expandindo seu alcance: “foi uma forma ardilosa de, restringindo, ampliar”<sup>153</sup>.

O autor cita o exemplo da reedição das medidas provisórias, que não era prevista antes da Emenda, mas que, com ela, passou a ser aceita. Na prática, o efeito desejado era a limitação, mas juridicamente houve um alargamento, surgindo a possibilidade de reedição, antes inexistente na Constituição, apesar de utilizada na prática.

---

<sup>153</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 275.

Em contrapartida, Clélio Chiesa<sup>154</sup> considera a modificação do sistema de reedição como positiva. Com a possibilidade de prorrogação, o Executivo fica mais limitado, pois os efeitos da medida são estendidos, sem a possibilidade de modificação, e, antes da Emenda, o governo abusava da reedição, mesmo sem a previsão Constitucional. Para ele, a Emenda veio “acabar com a ‘farra’ das reedições infundáveis”<sup>155</sup>. O autor afirma, no entanto, que as modificações foram mais brandas do que poderiam ser.

O jurista José Roberto Vieira<sup>156</sup> fez uma interessante reflexão sobre a Emenda Constitucional n.º 32. Para ele, a primeira avaliação da Emenda, pela imprensa e por grande parte da doutrina<sup>157</sup>, foi positiva, pois seria considerada uma barreira aos abusos das medidas provisórias e poderia resolver os problemas causados por ela. Outro grupo de juristas<sup>158</sup>, do qual Vieira considera fazer parte, visualizaram pontos positivos na Emenda, mas também reconheceram as suas falhas, as quais fulminariam todas as benesses porventura trazidas por ela e ocasionariam maior desordem jurídica.

Afirma ele<sup>159</sup> que as mudanças e melhoras não foram tão significativas quanto poderiam, representando uma tênue e frágil investida contra as medidas provisórias. Como aspecto positivo, pode-se citar o rol de restrições materiais à edição das medidas provisórias, previstas no § 1.º. Ficam listas ali as matérias que não podem ser disciplinadas por medidas provisórias, não se encontrando a tributária nesse rol. Positiva, também, seria a limitação à reedição de medidas provisórias, amplamente pleiteada por diversos autores, conforme visto anteriormente neste trabalho. Não

---

<sup>154</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 32-42, out./2002.

<sup>155</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 33, out./2002.

<sup>156</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 87-105, 2004.

<sup>157</sup> José Roberto Vieira cita os nomes de Anderson Suzuki, Fábio Marques Dias, Marco Antonio Violin, Leon Frejada Szklarowsky, Edson Freitas de Oliveira, Alexandre de Moraes, Marcelo Figueiredo, Paulo de Barros Carvalho, dentre outros, os quais viram, inicialmente, como positiva a Emenda Constitucional n. 32/2001.

<sup>158</sup> José Roberto Vieira cita Joel de Menezes Niebuhr, Samuel Nobre Sobrinho, dentre outros.

<sup>159</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 95, 2004.

haveria mais uma reedição, propriamente dita, mas uma prorrogação única e na mesma sessão legislativa. A imposição da análise dos pressupostos de edição, antes da apreciação dos demais aspectos da medida provisória, também seria relevante para o seu controle.

Segundo Wadih Damous e Flávio Dino<sup>160</sup>, a Emenda Constitucional n.º 32 impôs limites materiais à edição de medidas provisórias, baseada nos reclames sociais:

Atendendo aos crescentes reclamos de entidades da sociedade civil, juristas, cientistas políticos, jornalistas, que paulatinamente chegaram a um quase consenso em torno da inadequação de admitir-se o exercício ilimitado do poder do chefe do Executivo de editar medidas com força de lei.

Continua José Roberto Vieira<sup>161</sup> sua análise sobre a EC 32/2001, apontando, agora, seus diversos aspectos negativos, gravemente superiores aos positivos. Um deles seria o do aumento do tempo de eficácia da medida provisória, passando de trinta para sessenta dias. Juridicamente, esse salto faria com que a medida provisória fosse analisada pelo Congresso em um prazo mais elástico, superior ao de um projeto de lei do Presidente da República com pedido de urgência. Este, se não apreciado em quarenta e cinco dias por cada casa legislativa, faz com que sua pauta seja interrompida (CF, art. 64, §§ 1.º e 2.º).

A consequência imediata dessa alteração é a incongruência com o critério material de urgência para a edição das medidas provisórias. Somente caberia a edição de medidas provisórias se não houvesse outro meio legislativo mais célere. Nisso se traduz a ideia de urgência. Havendo outro meio de proposição da lei, com prazo de apreciação igual ou menor ao da medida provisória, como a do projeto de lei urgente, ficaria afastado o critério da urgência, sendo vedada a utilização da medida provisória. Nesse aspecto, a EC 32/2001 foi extremamente negativa.

---

<sup>160</sup> DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 118.

<sup>161</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 97, 2004.

O autor José Roberto Vieira<sup>162</sup> também atenta para outro problema temporal: o da suspensão da contagem do prazo durante o recesso do Congresso Nacional. Segundo ele, a medida provisória poderia vigorar por até cento e oitenta dias, considerando os sessenta dias de sua vigência regular, mais os sessenta referentes à sua reedição e outros sessenta relativos ao período do recesso do Congresso, perpetuando-se por um tempo demasiadamente longo.

A EC 32/2001 também sofreria outros aspectos negativos: a impossibilidade de convocar extraordinariamente o Congresso, em cinco dias, para examinar a medida provisória e a possibilidade de revogação de uma medida provisória pela outra, conforme previsão do artigo 2.º da Emenda.

Vieira<sup>163</sup> identifica, porém, outros aspectos negativos como sendo os piores. Para ele, o fato de a medida provisória manter seus efeitos até a rejeição, caso o Congresso não edite um decreto legislativo disciplinando as relações vigentes durante seu decurso, faz com que a omissão do Legislativo perpetue os efeitos precários da medida provisória. Assim, existe a possibilidade de a medida provisória rejeitada criar efeitos duradouros, em oposição ao disposto no parágrafo 3.º, do artigo 62 da Constituição, que determina a cessação dos efeitos retroativamente, a partir da edição. Ou seja, a EC 32/2001 ampliou a eficácia das medidas provisórias.

Para Clélio Chiesa<sup>164</sup>, contudo, a opção do legislador pela manutenção dos efeitos das medidas provisórias rejeitadas, em caso de o Congresso não regular por decreto as relações ocorridas durante sua vigência, conforme previsão da CF, artigo 62, § 11, conferiria mais segurança jurídica ao instituto, pois haveria mais certeza quanto à sua eficácia.

Tal perspectiva, porém, não parece a mais acertada. Não se pode afirmar que a medida provisória cumpra com a segurança jurídica pelo novo dispositivo constitucional, pois ela continuará tendo eficácia precária, podendo ser rejeitada a qualquer tempo e,

---

<sup>162</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 98, 2004.

<sup>163</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 99, 2004.

<sup>164</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 34, out./2002.

se rejeitada, seus efeitos poderão ser totalmente desconsiderados, bastando o Congresso emanar um decreto nesse sentido. Durante o período de vigência da medida provisória, não há segurança alguma, pois sua eficácia é completamente indefinida. Depois de rejeitada, haverá menor grau de certeza ainda, pois, dentro dos sessenta dias do prazo para edição do decreto, a eficácia poderá ser totalmente afastada, parcialmente afastada ou completamente acolhida, por omissão. Se todas são as possibilidades de eficácia da medida provisória, não há certeza.

Outra proeminente modificação se deu com relação ao artigo 246 da Constituição Federal. Tal dispositivo foi alterado para proibir a regulamentação de artigos objetos de Emenda Constitucional através de medidas provisórias, para Emendas promulgadas entre 01/01/1995 até a promulgação da EC 32/2001. Anteriormente, contudo, o dispositivo era mais restritivo, pois a proibição abrangia Emendas promulgadas de 01/01/1995 em diante e não somente até 2001.

Para concluir a listagem dos elementos de maior negatividade, Vieira<sup>165</sup> menciona o artigo 2.º da EC 32/2001. Tal artigo eterniza os efeitos das medidas provisórias pendentes de apreciação até a publicação da Emenda. Assim, eles teriam eficácia permanente, até que fossem efetivamente examinados pelo Congresso Nacional ou até sua revogação por medida provisória subsequente.

Pelos motivos expostos, e que são bastante razoáveis, a Emenda Constitucional n.º 32 de 2001 foi bastante negativa, pelas seguintes razões: assumiu certos abusos do Poder Executivo, na tentativa de restringi-los, como a possibilidade de reedição; foi contraditória com relação ao critério de urgência, aumentando sua eficácia a tempo superior ao de outros instrumentos legislativos, como o projeto de lei urgente; prorrogou a eficácia das medidas provisórias, para alguns casos específicos, dentre outros problemas.

Assim sendo, a tentativa do legislador restou frustrada em tentar restringir os abusos das medidas provisórias. Isso até levou Roque Antonio Carrazza a defender a vigência da redação original do artigo 62 da Constituição, anterior à EC 32/01: “é que –

---

<sup>165</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 99-100, 2004.

talvez queixotescamente – estamos convencidos de que continua valendo o art. 62, com seu parágrafo único, da CF em sua redação originária”<sup>166</sup>.

Não à toa, o autor José Roberto Vieira considera “A Emenda Pior do que o Soneto”<sup>167</sup>.

As sequelas da Emenda, porém, foram mais sentidas na esfera tributária, no entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta<sup>168</sup>, conforme se observa na sequência.

---

<sup>166</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 277.

<sup>167</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 87-105, 2004.

<sup>168</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 100-108, out./2002.



## 9 MEDIDAS PROVISÓRIAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Estudadas as medidas provisórias genericamente, parte-se ao seu exame como um instrumento hábil a legislar em matéria tributária, concernente à instituição e majoração de tributos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não houve uma limitação expressa às matérias passíveis de edição por medida provisória, ao contrário do que ocorria com o finado decreto-lei. Instalou-se, nesse âmbito, a discussão quanto à possibilidade de edição de medidas provisórias na matéria tributária.

Grande parte da doutrina foi contra essa possibilidade. Paulo de Barros Carvalho<sup>169</sup> identificou dois fatores impeditivos: a incompatibilidade da urgência da medida provisória com o princípio da anterioridade tributária e a falta de legitimidade do Executivo para tratar de assuntos não consentidos previamente pelos cidadãos, exprimindo-se no princípio da legalidade. Humberto Ávila<sup>170</sup> também reputa a proibição aos princípios da anterioridade e da legalidade tributárias, assim como José Vieira<sup>171</sup>, Ivo Dantas<sup>172</sup>, Roque Antonio Carrazza<sup>173</sup>, José Souto Maior Borges<sup>174</sup>, Misabel de Abreu Machado Derzi<sup>175</sup> e Clélio Chiesa<sup>176</sup>, os quais dão mais ênfase a um ou outro princípio. Esse último autor, inclusive, considera a Emenda Constitucional n.º 32/2001

<sup>169</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 96, p. 143-147, out./dez. 1990; e n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.

<sup>170</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 125.

<sup>171</sup> VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo "Viver Perigosamente". In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noesses, 2005, p. 317-373.

<sup>172</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 113-145.

<sup>173</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

<sup>174</sup> BORGES, José Souto Maior. Limitações Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 64, p. 192-200, 1995.

<sup>175</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias – Sua Absoluta Inadequação à Instituição ou Majoração de Tributos. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 130-142, jul./set. 1988.

<sup>176</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 34, out./2002.

inconstitucional, por ser totalmente incompatível com a Constituição Federal no que concerne à instituição ou à majoração de tributos.

Assim, têm razão esses estudiosos, pois, mesmo após a Emenda Constitucional n.º 32, há inúmeros motivos para se negar a possibilidade de edição de medidas provisórias em matéria tributária.

Em 1988 a professora Misabel de Abreu Machado Derzi<sup>177</sup> considerou as medidas provisórias inaptas para legislar em matéria tributária. Para ela, os princípios constitucionais da legalidade e anterioridade seriam as principais barreiras. Eles são normas autônomas, de forte expressão dentro do sistema constitucional tributário. Com a legalidade, fica assegurado ao contribuinte que somente um “processo legislativo perfeito”<sup>178</sup> o sujeitará à tributação, envolvendo dois Poderes. Através da anterioridade, a eficácia da lei tributária é adiada, conferindo-se ao contribuinte tempo necessário para se preparar antes da cobrança do tributo e evitando-se a tributação sobre atos jurídicos acabados e perfeitos.

As medidas provisórias, por não serem leis em sentido estrito e por serem urgentes, seriam incompatíveis com o sistema tributário nacional. Não são leis em sentido estrito, nem formal nem material, porque não participam do processo legislativo comum, elaborado em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, assevera Derzi, o Presidente da República não gozaria de discricionariedade suficiente para afastar o princípio da anterioridade, quando considerar como urgente a edição de uma medida provisória tributária. Conclui que “instituir tributo ou aumentar tributo já existente não é urgente, nem tampouco relevante para a Constituição, que, em tais casos, determina seja observado o princípio da anterioridade”<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias – Sua Absoluta Inadequação à Instituição ou Majoração de Tributos. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 130, jul./set. 1988.

<sup>178</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias – Sua Absoluta Inadequação à Instituição ou Majoração de Tributos. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 133, jul./set. 1988.

<sup>179</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias – Sua Absoluta Inadequação à Instituição ou Majoração de Tributos. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 134, jul./set. 1988.

Nesse sentido, explica Humberto Ávila<sup>180</sup>:

A medida provisória é instrumento de produção de efeitos transitórios imediatos à publicação, insustentável no Direito Tributário, sistema no qual as normas que instituem tributos têm sua eficácia procrastinada pelo princípio da anterioridade. (...) Assim, a utilização de medida provisória para instituir tributos em função de caso de relevância e urgência esbarra nos princípios da legalidade e da anterioridade.

Além disso, para esse autor, não haveria espaço para regular outras situações de urgência e relevância em matéria tributária, se não por meio dos empréstimos compulsórios (CF, art. 148) e impostos extraordinários (CF, art. 154, inc. II), previamente concebidos pela Constituição. A lei de conversão da medida provisória não preencheria, de forma posterior, os requisitos constitucionais para a instituição de normas tributárias.

Clélio Chiesa ressalta que os princípios constitucionais da anterioridade e da legalidade são regras de nível hierárquico superior ao das leis. Assim, uma medida provisória que instituísse tributo, a princípio, teria eficácia a partir de sua edição, mas, pela regra da anterioridade, seria imposto um limite hierarquicamente superior, procrastinando-se a eficácia da medida provisória pelo prazo estabelecido. Desse modo, “as medidas provisórias editadas em razão da relevância e urgência, por terem eficácia e aplicabilidade imediata desde sua edição, chocam-se com o princípio da anterioridade”<sup>181</sup>.

Tal autor explica que, em matéria tributária, a urgência e a relevância assumem características específicas. A ocorrência desses elementos aconteceria naqueles casos já previstos originariamente pela própria Constituição: o do artigo 153, § 1.º (hipóteses em que o Presidente pode alterar alíquotas de determinados tributos), art. 148, inc. I (empréstimos compulsórios), art. 154, inc. II (impostos extraordinários) e art. 195 (contribuições sociais). Fora dessas hipóteses previamente estabelecidas, qualquer tributação por medida provisória seria incompatível com o sistema constitucional tributário.

---

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 126-127.

<sup>181</sup> CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 51.

Ressaltando o grau de importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico nacional, Ivo Dantas indica que “os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de normas a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”<sup>182</sup>. Por esses motivos, eles teriam mais relevância do que as regras jurídicas. O autor também frisa que somente lei ordinária pode instituir tributo, no cumprimento do princípio da legalidade: “reina o princípio da legalidade, devendo os tributos advir só de lei ordinária”<sup>183</sup>. Com relação à estrita legalidade, o autor expõe seu entendimento: “por estrita legalidade, (...) mister se faz a integração absoluta do comando legal à hipótese conformada, não se admitindo a integração analógica ou a integração extensiva para alargar o espectro de atuação da norma”<sup>184</sup>.

Para ele, ainda, a exigência de tributo instituído ou majorado por medida provisória, sem o respeito à anterioridade, é causa de “inconstitucionalidade formal, já que o pressuposto da anterioridade, sendo esquecido, e o tributo cobrado, a pretensão estatal não poderá ser acatada”<sup>185</sup>.

O autor José Souto Maior Borges, sobre o princípio da legalidade, observa que a medida provisória “é formal e materialmente ato normativo diverso da lei”<sup>186</sup>. A medida provisória, inclusive, revela-se uma exceção à legalidade. Por esse motivo, sendo incompatível com a noção de lei, ela jamais pode ser considerada lei. Desse modo, a garantia dos contribuintes de que somente seriam tributados por meio de lei emitida por órgão constitucionalmente competente para tanto, o Legislativo, restaria lesada em caso de medida provisória versar sobre matéria tributária. Além disso, somente haveria lei com a conversão da medida provisória, momento em que deveria ser cumprida a exigência da anterioridade, postergando-se a eficácia da lei. Portanto, seja pelo

---

<sup>182</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 116.

<sup>183</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 134.

<sup>184</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 145.

<sup>185</sup> DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 140.

<sup>186</sup> BORGES, José Souto Maior. Limitações Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Melheiros, n. 64, p. 195, 1995.

empecilho da legalidade e da anterioridade, a instituição de tributos através de medidas provisórias é inconstitucional, na visão de José Souto Maior Borges.

Alexandre Mariotti<sup>187</sup> completa que:

A relevância e urgência a que se refere o art. 62 não alcançam matéria tributária, não porque inexistem relevância e urgência relativamente a tributos, mas em virtude de a Constituição ter estabelecido a propósito regras específicas, afastando a incidência do princípio da anterioridade.

O autor<sup>188</sup> também defende que a Constituição Federal já teria antecipado todas as exceções ao princípio da anterioridade (CF, art. 148, I; 153, I, II, IV e V; 154, II e 195), sendo impossível a exceção da medida provisória. Além disso, jamais houve qualquer previsão constitucional de exceção ao princípio da legalidade, inclusive para situações extremas de urgência, como seria o caso da guerra ou calamidade pública. Por esse motivo, a exceção à legalidade, através da medida provisória, é inadmissível.

O autor José Roberto Vieira<sup>189</sup> revela que a Constituição Federal exige lei para a criação de normas tributárias, conforme consubstanciado no princípio da legalidade tributária. A competência para a instituição dos tributos é competência legislativa, não executiva. Além disso, a aplicação do princípio da anterioridade limita a eficácia das leis tributárias, adiando-as. A medida provisória urgente cria uma “antinomia (...) insolúvel”<sup>190</sup> com o princípio da anterioridade, na visão de Vieira. O autor também reconhece a hierarquia superior desses princípios, porque são pertencentes ao rol de direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. Ele aponta a medida provisória como uma exceção ao princípio da legalidade genérica, mas não ao da legalidade tributária, a qual não admite exceções.

---

<sup>187</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

<sup>188</sup> MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 87.

<sup>189</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”*. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 352.

<sup>190</sup> VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”*. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 354.

Outrossim, Roque Antonio Carrazza<sup>191</sup> afasta a utilização das medidas provisórias do domínio tributário. O autor inicia sua argumentação apontando a incoerência entre o instrumento normativo e o princípio da segurança jurídica, que deve ser respeitado na tributação, principalmente através da observância da legalidade e anterioridade. Como visto, a medida provisória se afasta da lei, não é lei, por diversos motivos. Isso já é suficiente para afastar a tributação através de medidas provisórias. Pela anterioridade, o tributo somente poderia ser exigido no exercício financeiro subsequente, ou seja, se a medida provisória é editada em julho, o tributo somente poderia ser exigido em janeiro seguinte. Isso faria com que a medida provisória perdesse sua função essencial e se tornasse imprestável na área tributária. Completa ele que “a medida provisória excepciona o princípio pelo qual cabe primacialmente ao Poder Legislativo – e não ao Executivo – inovar, em caráter originário, a ordem jurídica”<sup>192</sup>, a medida provisória fere a tripartição das funções estatais e somente a lei, ordinária ou complementar, pode criar ou aumentar tributos, nunca a medida provisória.

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal<sup>193</sup>, no entanto, posicionou-se de modo favorável à instituição ou majoração de tributos por meio de medidas provisórias:

1. Medida Provisória. Improriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição. 2. Legitimidade, ao primeiro exame, da instituição de tributos por medida provisória com força de lei, e, ainda, do cometimento da fiscalização de contribuições previdenciárias à Secretaria da Receita Federal.

No sentido contrário ao de maior parte da doutrina, alinhando-se ao pensamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, Leon Frejada Szklarowsky conclui: “o Sistema Tributário Nacional admite que se utilizem as medidas provisórias, desde que presentes a urgência e a relevância, mesmo que a Constituição exija Lei Complementar”<sup>194</sup>. O

---

<sup>191</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

<sup>192</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 292.

<sup>193</sup> DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADI 1417 MC/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 24/05/1996.

<sup>194</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991, p. 77.

autor não só acolhe a utilização de medidas provisórias em matéria tributária, como admite seu uso até mesmo em substituição às leis complementares, dotadas de maior rigor constitucional.

Com a Emenda Constitucional n.º 32 de 2001, diversas modificações foram introduzidas nas medidas provisórias, especialmente em matéria tributária. Com o art. 62 da CF, § 1.º e § 2.º, admitiu-se a possibilidade de edição de medidas provisórias em matéria tributária.

Analisando-se os referidos §§ 1.º e 2.º do art. 62, conclui-se que as medidas provisórias poderiam legislar em matéria tributária, pois não estão incluídas no rol de exclusões do § 1.º e, inclusive, são apontadas algumas limitações à tributação no § 2.º. Na tarefa interpretativa, através do método de hermenêutica sistemática, considerando o conjunto normativo como um todo, Paulo Roberto Lyrio Pimenta chega à conclusão de que “a Emenda permite a criação de tributos, eis que esse aspecto não se enquadra no conjunto das matérias cuja veiculação foi expressamente vedada pelo § 1.º do art. 62”<sup>195</sup>.

À mesma conclusão chega Clélio Chiesa, interpretando o § 2.º do art. 62 com mais consternação: “com a inserção desse parágrafo passa-se a admitir de maneira expressa a possibilidade de se instituir ou majorar impostos por meio de medidas provisórias, o que é um despautério”<sup>196</sup>. O autor considera essa possibilidade conflitante com a Constituição por dois motivos: o fato de o Presidente da República não poder criar ou majorar tributos unilateralmente; e a incompatibilidade da anterioridade prevista no § 2.º, com o requisito de urgência, previsto no *caput* do art. 62.

O autor José Roberto Vieira se apresenta totalmente avesso a essa possibilidade: “há que sublinhar a suprema negatividade, que raia pelo âmbito da insensatez e do disparate constitucional, da admissão de medida provisória para

---

<sup>195</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 104, out./2002.

<sup>196</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 35, out./2002.

instituição e majoração de impostos”<sup>197</sup>. Vieira também aponta a inconsistência entre o requisito de urgência da medida provisória e o respeito ao princípio da anterioridade. Além do conflito com o princípio da anterioridade, o princípio da legalidade também representa um forte empecilho às medidas provisórias. Esses dois princípios, ainda, efetivam a Segurança Jurídica e estão todos incluídos no rol de direitos e garantias individuais, protegidos por cláusula pétrea da Constituição (CF, art. 60, § 4.º, inc. IV). Por tais motivos, a tributação por medidas provisórias se mostraria completamente incompatível com o sistema tributário brasileiro.

Lyrio Pimenta, contudo, admite a possibilidade de tributação através de medidas provisórias, mas alerta que nem todas as espécies tributárias poderiam ser editadas por esse meio normativo, devido à vedação do art. 62, § 1.º, inc. III. Além disso, o autor explica que a menção à criação de “impostos” no texto da lei (CF, art. 62, § 2.º) significa, em verdade, a menção à criação de “tributos”, porque estes já haviam sido implicitamente admitidos no § 1.º. Assim, a Emenda Constitucional n.º 32, na esfera tributária, viria ratificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal para admitir a criação de tributos por medidas provisórias, excetuadas somente as matérias que exigem lei complementar.

Lyrio Pimenta, na interpretação do § 2.º, entende que a limitação constitucional da anterioridade é aplicada quando a criação ou majoração de tributos ocorrer por medidas provisórias. O tributo somente poderia ser exigido no exercício seguinte à conversão da medida em lei. Dessa forma, os tributos “não podem ser exigidos simplesmente com base em medida provisória. A Constituição exige veiculação com base em lei para que a cobrança seja efetuada”<sup>198</sup>. Assim, a exigência do tributo deveria ser paralisada até a publicação da lei de conversão da medida provisória, no entendimento do Lyrio Pimenta.

Para tal autor, com relação à exceção prevista no § 2.º do art. 62, da não aplicação da anterioridade aos dispositivos do art. 153, inc. I, II, IV e V, esta seria

---

<sup>197</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 100-101, 2004.

<sup>198</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 104, out./2002.



restrita ao caso previsto no § 1.º do art. 153, da alteração de alíquotas dos impostos pelo Poder Executivo. Ou seja, “o que a Constituição admite é a modificação de alíquotas mediante ato do Poder Executivo (art. 153, § 1.º). Essa alteração poderá ocorrer mediante decreto, ou Medida Provisória”<sup>199</sup>. Com relação a esse aspecto, Clélio Chiesa apresenta opinião divergente, pois, segundo ele, caso o Executivo alterasse as alíquotas dos impostos previstos na CF, art. 153, inc. I, II, IV e V através de medidas provisórias, exigiria que o Congresso “se manifestasse sobre matéria que não está obrigado constitucionalmente a deliberar (ainda que tacitamente), violando o princípio da separação dos poderes”<sup>200</sup>. O único instrumento disponível ao Executivo, nesse caso, seria o decreto.

Com relação ao disposto no art. 154, inc. II, da Constituição, o princípio da anterioridade seria definitivamente afastado, sem restrições, para Lyrio Pimenta<sup>201</sup>. Nos casos de guerra ou sua iminência, os impostos extraordinários poderiam ser criados por medida provisória e exigidos sem a necessidade de conversão em lei. No que se refere às contribuições sociais, previstas no art. 195, § 6.º, da Constituição, Lyrio Pimenta opina pela extensão do § 2.º do art. 62, para que o princípio da anterioridade nonagesimal abranja também as contribuições.

Já para Clélio Chiesa<sup>202</sup>, com relação à previsão da CF, art. 154, inc. II, dos impostos extraordinários em caso de guerra, mesmo que eles não estejam sujeitos à anterioridade e nem à edição por lei complementar, não poderiam ser instituídos por medidas provisórias. Para o autor, tal imposto somente poderia ser instituído se houvesse uma prévia decretação de estado de sítio, no termos do art. 137, inc. II, da CF. O Executivo poderia decretar o estado de sítio ao mesmo tempo em que institui o imposto.

---

<sup>199</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 104, out./2002.

<sup>200</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 40, out./2002.

<sup>201</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 104-105, out./2002.

<sup>202</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 41, out./2002.

Pelas considerações efetuadas acima, pode-se concluir, com as palavras de Clélio Chiesa<sup>203</sup>, que:

No tocante à instituição ou majoração de tributos, mesmo após as modificações inseridas pela Emenda Constitucional n.º 32/01, persiste o entendimento de que o veículo medidas provisórias não é instrumento normativo adequado para tal finalidade, revelando-se, nesse particular, inconstitucional à Emenda.

No mesmo sentido, defende José Roberto Vieira, para o qual é “indubitável a patente inconstitucionalidade, no particular, da emenda em questão”<sup>204</sup>, e o controle de sua constitucionalidade deve ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de se tratar de uma Emenda Constitucional ou não.

Portanto, pode-se observar as flagrantes inconstitucionalidades da Emenda Constitucional n.º 32 de 2001 no que tange à matéria tributária, pois incompatível e contraditório seu *caput* com seus §§ 1.º e 2.º, além do choque com os princípios constitucionais, principalmente da legalidade, anterioridade e segurança jurídica, os quais são cláusulas imutáveis da Constituição. Nesse sentido, deve ser afastada a instituição ou majoração de tributos através de medidas provisórias.

---

<sup>203</sup> CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 42, out./2002.

<sup>204</sup> VIEIRA, José Roberto. Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 101, 2004.

## 10 CONCLUSÃO

As medidas provisórias, como visto, não servem para instituir ou majorar tributos. Diversos são os motivos que as afastam não só da área tributária, mas de outras áreas também e muitos são os fatores impeditivos.

Assemelham-se às medidas provisórias, os decretos-lei italianos e brasileiros. A análise desses instrumentos é útil, mas não determinante para elucidar a natureza das medidas provisórias. Por várias distinções, as medidas provisórias não podem ser consideradas leis. Elas são apenas atos normativos primários, dotados de força de lei. A medida provisória é excepcional e precária. Ela somente poderá ser editada em casos de urgência, para fatos inadiáveis e imediatos, e em casos de relevância, para os graves e insuperáveis. Deve haver rigor no controle legislativo e judicial desses requisitos, sem os quais a medida provisória não poderá ser editada.

O controle sobre esse ato normativo, porém, foi tênue, contribuindo para que diversos abusos fossem cometidos. Visando conter os excessos, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional n.º 32, de 2001. Seus objetivos, porém, não foram atendidos. A Emenda se mostrou muito leve diante dos desafios que deveria enfrentar. Críticas não faltaram, principalmente por suas contradições e pela constitucionalização dos abusos. Esses problemas já seriam suficientes para se afastar a utilização das medidas provisórias, sobretudo em matéria tributária. Há, entretanto, argumentos mais fortes para sustentar essa posição.

Com o advento do Estado Liberal, a tripartição das funções estatais assumiu evidência ímpar, integrando uma garantia à liberdade individual, de que um Poder não se sobreporia a outro. Porém, com o Estado Social, este foi demandado a atuar de modo mais forte, abrangente e recorrente. Assim, o Executivo acumulou outras funções para cumprir com seus novos desafios, dentre elas, a de legislar. O principal problema dessa mudança foi o controle do Poder. Pelo texto da Constituição Federal de 1988, pode-se extrair que a separação dos Poderes é um princípio fundamental da República, constante no seu artigo 2.º. Além disso, a Constituição, no artigo 60, § 4.º, inciso III, protege a separação dos Poderes como cláusula intangível, imutável.

O choque da medida provisória com tal princípio é inevitável. O órgão por excelência na realização de atividades legislativas é o Poder Legislativo, não o Executivo. Mesmo que o Executivo tenha assumido diversas outras funções, no modelo de sociedade atual, não há justificativas para que ele cometa abusos no exercício da atividade legislativa, que não é sua atividade essencial. O Executivo pode exercer atividades legislativas, mas de modo a não interferir nos trabalhos do Legislativo, sendo impedido de expedir atos normativos de maneira exagerada, usurpando-se da competência constitucional de outro Poder. Como se verifica na prática, o uso das medidas provisórias foi bastante extenso, vasto ao longo dos anos, ficando caracterizado o excesso por parte do Executivo. Importantes são as atividades do Legislativo e do Judiciário nessa esfera, controlando os atos normativos expedidos pelo Executivo. Assim, a medida provisória revela-se incompatível com o princípio da tripartição de funções.

Após, com o estudo da atividade legislativa do Poder Executivo, pôde-se notar que a medida provisória é fruto da iniciativa daquele Poder, não compondo um processo legislativo propriamente dito, mas apenas um processo elaborativo, porque não pressupõe a participação efetiva dos dois Poderes na preparação do ato normativo, nem perpassa pelos trâmites típicos de um processo legislativo (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto). Na medida provisória, o Legislativo restringe-se a ratificá-la, rejeitá-la ou emendá-la, com a posterior sanção ou veto do Presidente. As medidas provisórias são atos normativos primários, pois inovam originariamente no ordenamento jurídico, atribuídos por competência de urgência e com força de lei. A utilização de atos normativos primários por parte do Executivo deve ser sempre exceção, nunca regra. Foram trabalhados também outros meios de atuação do Executivo no domínio legislativo, como forma de se entender a origem da competência constitucional das medidas provisórias.

Os principais empecilhos às medidas provisórias, seja como modo de atuação do Executivo em qualquer área ou na tributária, são os princípios constitucionais, genéricos ou tributários. Os princípios também compõem direitos e garantias fundamentais e individuais, protegidos por cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4.º,

inciso IV da Constituição Federal. Observa-se, assim, o grau de relevância deles no ordenamento jurídico nacional.

O princípio mais importante lesado pelas medidas provisórias é o da segurança jurídica (CF, art. 5.º), atrelado às noções de certeza e confiança no Direito. A medida provisória, por ser um ato normativo precário, para casos de urgência e relevância, por ser expedida por um único Poder, o Executivo, e por não tramitar como um processo legislativo, não confere certeza e tampouco confiança aos cidadãos e contribuintes. O principal meio de se verificar a efetividade da segurança jurídica é através do cumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade, o que não ocorre no caso das medidas provisórias.

O princípio da legalidade, de modo genérico, está previsto na CF, art. 5.º, inc. II, e o princípio da legalidade tributária consta na CF, art. 150, inc. I. Segundo esses princípios, somente a lei pode obrigar ou desobrigar qualquer pessoa a fazer algo, ou a pagar algum tributo. Para que os princípios sejam respeitados, a reserva de lei deve ser formal e material. Deve-se acatar somente à lei oriunda de um processo legislativo perfeito, procedente da atuação conjugada do Poder Legislativo e Executivo. No caso das medidas provisórias, quem expede o ato normativo é o Poder Executivo, que não detém a competência legislativa constitucional para editar leis. A medida provisória, dessa forma, não é oriunda de um processo legislativo e não pode ser aceita como lei. Como somente a lei pode vincular os contribuintes ao pagamento do tributo, a medida provisória é ineficaz para esse propósito.

Outra barreira às medidas provisórias advém do princípio da anterioridade, previsto na CF, art. 150, inc. III, alíneas *b* e *c*. A anterioridade paralisa a eficácia da lei tributária, quando esta entra em vigor, com o objetivo de preparar o contribuinte para o início da cobrança do tributo. Com tal lapso temporal, o contribuinte pode se organizar e planejar o cumprimento de suas obrigações tributárias. O princípio da anterioridade entra em confronto direto com as medidas provisórias. Caso o tributo seja instituído mediante medida provisória, deve respeitar a anterioridade, exceto nos casos constitucionalmente previstos (CF, art. 150, § 1.º). Como a medida provisória possui caráter de urgência, para casos em que não haja outro meio normativo mais célere, tendo eficácia imediata, caso seus efeitos sejam paralisados pela anterioridade, sua

utilização se torna incoerente e ocasiona lesão à sua natureza. Caso a medida provisória seja expedida sem o respeito ao princípio da anterioridade, então resta lesado um princípio constitucional, uma garantia individual do contribuinte, o que também não pode ocorrer. Decisivamente, as medidas provisórias tributárias e o princípio da anterioridade são incompatíveis, devendo prevalecer o princípio constitucional.

O princípio da irretroatividade também auxilia no cumprimento da segurança jurídica, determinando que a lei tributária atinja somente fatos ocorridos após a vigência da lei. Considerando que a medida provisória só se torna lei com a sua conversão, somente pode atingir fatos ocorridos após a conversão e não imediatamente. Sua eficácia, portanto, somente poderia ocorrer com a lei de conversão, o que é incompatível com o seu sistema de funcionamento.

Uma posição firme do Poder Judiciário poderia apontar todas essas incompatibilidades, incongruências, excessos e contradições, garantindo uma blindagem contra as investidas do Poder Executivo na tentativa de legislar em matéria tributária, o que se mostrou, evidentemente, inconstitucional.

## 11 REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *O Decreto-Lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- ÁVILA, Humberto. Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BORGES, José Souto Maior. Limitações Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, n. 64, p. 192-200, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 20/07/2007.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 96, p. 143-147, out./dez. 1990; e n. 97, p. 37-42, jan./mar. 1991.
- CHIESA, Clélio. *Medidas Provisórias: O Regime Jurídico Constitucional*. Curitiba: Juruá, 1996.
- CHIESA, Clélio. Medidas Provisórias em Matéria Tributária – Apontamentos sobre Inovações Introduzidas pela EC n. 32/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 32-42, out./2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

- DAMUS, Wadih; DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: Origem, Evolução e Novo Regime Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias (Um Estudo Comparado dos Direitos Nacional e Estrangeiro)*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisórias – Sua Absoluta Inadequação à Instituição ou Majoração de Tributos. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 45, p. 130-142, jul./set. 1988.
- DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADI 1417 MC/DF, Relator: Min. Octavio Gallotti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 24/05/1996.
- DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal, julgamento da ADI 4049 MC/DF. Relator: Min. Carlos Britto, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 05/11/2008, DJ 08/05/2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. Perfil Constitucional das Medidas Provisórias. *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 95, p. 28-32, jul./set. 1990.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril, 1985.
- NOGUEIRA, Alberto. *Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. 2 ed. aum. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n. 32/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Editora Dialética, n. 85, p. 100-108, out./2002.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Processo Legislativo*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.



SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993.

SANTOS, Marcelo de O. F. Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição: Doutrina, Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZKLAROWSKY, Leon Frejada. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. rev. atual. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

VIEIRA, José Roberto. *Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”*. In: BARRETO, Aires Fernandino *et al.* *Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 317-373.

VIEIRA, José Roberto. *Bocage e as Medidas Provisórias: A Emenda Pior do que o Soneto*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, n. 40, p. 87-105, 2004.

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