

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARCELO JOSÉ LINS BARBOSA

O ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS: A
EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

POUSO ALEGRE – MG

2015

MARCELO JOSÉ LINS BARBOSA

O ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS: A
EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca de doutores no Programa de Mestrado em Direito da FDSM, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Linha de pesquisa: Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Henrique Lopes Figueiredo.

FDSM – MG

2015

MARCELO JOSÉ LINS BARBOSA

O ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DESAFIOS DEMOCRÁTICOS: A EDIÇÃO DE
MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr....
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr....
Instituição...

Pouso Alegre – MG
2015

À Jesus, o Cristo, filho do Deus vivo, pela
esperança e pela vida.

À minha mulher, Ana Cristina, amiga, amante,
cúmplice e companheira, por esses últimos vinte
e sete anos que, por tanto amar, me pareceram
como se fossem poucos dias.

Aos nossos quatro filhos, Pedro Henrique,
Bernardo Luís, João Miguel e Gabriela Helena,
pela inspiração.

A meus pais, Danilo e Myriam, pela retidão,
desprendimento e amor. Inigualáveis.

A meus onze irmãos, pelas incríveis lembranças
da minha infância e juventude.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, exemplo de ilustração e erudição intelectual, pela paciência e pelas preciosas indicações que permitiram o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Elias Kallas Filho, por seu mérito de grande educador, que não exitou em descer até a linguagem do aluno, para compreender-me as dificuldades e acudi-las. Muito Obrigado!

Aos Professores do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que me revelaram um horizonte desconhecido, malgrado minha formação como piloto de navio.

Às meninas da Secretaria do Mestrado da FDSM, atenciosas, pacientes e competentes.

Aos queridos colegas de turma, que com descontração e amizade ajudaram-me a enfrentar intrincadas teorias, sempre com humor refinado e inteligência perspicaz, tornando mais leve este desafio.

Então, disse eu: melhor é a sabedoria do que a força; mesmo que o sábio seja pobre e desprezado; mesmo que não sejam ouvidas as suas palavras.

Salomão (Ec 9:11)

RESUMO

BARBOSA, Marcelo José Lins. O Estado Constitucional e os desafios democráticos: a edição de medidas provisórias em matéria tributária. 2015. 100f. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação, área de concentração Constitucionalismo e Democracia, Pouso Alegre, 2015.

Esta dissertação objetiva estudar o Estado Constitucional à luz dos desafios democráticos decorrentes da edição de medidas provisórias em matéria tributária. Para tanto, investiga a participação do Poder Executivo na produção de lei no estado contemporâneo; dimensiona a legitimidade dessa participação; discorre sobre aspectos do denominado estado fiscal e da constituição tributária em face do poder de tributar; critica o exercício da atividade normativa do poder executivo em confronto com a democracia; analisa o instituto da medida provisória no direito pátrio e no direito comparado, especialmente em matéria tributária, e, afinal, conclui pela necessidade de se consubstanciar direitos fundamentais em superação a um mero formalismo normativo.

Palavras-chave: Estado Constitucional, Poder Executivo, Medida Provisória e Poder de Tributar.

ABSTRACT

BARBOSA, Marcelo José Lins. The Constitutional State and the democratic challenges: the issuance of provisional measures on tax matters. 2015. 100f. Master's thesis on right – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduate school Program, concentration area Constitutionalism and Democracy, Pouso Alegre, 2015.

This dissertation aims to study the Constitutional State from the perspective of democratic challenges arising from the issuance of interim measures on tax matters. Therefore, investigates the participation of the Executive in the law's production in the contemporary state; scales the legitimacy of such participation; discusses aspects of so-called state tax and tax constitution in the face of the power to tax; criticizes the practice of normative activity of executive power in confrontation with democracy; analyzes the institute of provisional measure on parental law and comparative law, especially in tax matters, and, finally, concludes by the need to substantiate fundamental rights in overcoming the normative formalism.

Keywords: State Constitutional, Executive, Interim Measure and Taxing Power.

ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade.
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade (ou ações diretas de inconstitucionalidade).
Art. – Artigo.
Arts. – Artigos.
Cit. – Citada.
Coord. – Coordenação.
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.
CTN – Código Tributário Nacional.
DF – Distrito Federal.
EC – Emenda Constitucional.
ed. – Edição.
FARN – Faculdades do Rio Grande do Norte.
GB – Guanabara.
IEG – Imposto extraordinário de guerra.
IOF – Imposto sobre operações financeiras.
IPI – Imposto sobre produtos industrializados.
IPTU – Imposto predial territorial urbano.
ITR – Imposto territorial rural.
MC – Medida Cautelar.
MP – Medida Provisória (ou medidas provisórias).
n. – número.
Op. – Obra.
PIB – Produto Interno Bruto.
Rel. – Relator.
RDP – Revista de Direito Público.
RE – Recurso Extraordinário.
RIL – Revista de Informações Legislativas.
RT – Revista dos Tribunais.
RTJE – Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados.
STF – Supremo Tribunal Federal.
Trad. – Traduzido.
UnB – Universidade de Brasília.
§ - Parágrafo.
§§ - Parágrafos.
% - por cento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A PRODUÇÃO DE LEI NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	15
1.1 A configuração de Lei: do Estado Moderno ao Estado Constitucional.....	15
1.2 A separação dos poderes.....	22
1.3 A evolução e o sentido de lei.....	29
1.4 Breves inserções da participação do Poder Executivo no processo de formação de lei no direito comparado.....	34
1.5 A Constituição de 1988 e a atividade legislativa: dimensionamento da participação do Poder Executivo.....	40
2 DESAFIOS DEMOCRÁTICOS DA PRODUÇÃO DE LEI EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	43
2.1 O Estado Fiscal e o dever fundamental de pagar impostos.....	43
2.2 Limitações constitucionais ao poder de tributar.....	46
2.3 A produção de lei em matéria tributária.....	54
3 A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA....	61
3.1 Origem das medidas provisórias: os <i>decreti-legge</i> no direito italiano e o decreto-lei no direito brasileiro.....	61
3.2 Natureza jurídica das medidas provisórias.....	66
3.3 Pressupostos formais e materiais para a edição das medidas provisórias...	70
3.4 Controle judiciário e legislativo das medidas provisórias.....	79
3.5 Medidas provisórias em matéria tributária.....	86
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	91
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

Esta dissertação pretenderá explicar os desafios democráticos do Estado Constitucional no que se refere à edição de medidas provisórias em matéria tributária.

Como as medidas provisórias configuram atividade legislativa do poder executivo, o trabalho será direcionado a uma reflexão sobre a utilização desse instrumento normativo em conflito com a democracia participativa, cujas prerrogativas pressupõem a atuação legiferante do Estado através do poder a isso vocacionado: o legislativo.

O exercício normativo atípico do poder executivo será acentuadamente demonstrado pelo fato de que, em matéria tributária, a utilização de medidas provisórias, se revelará ainda mais discrepante.

No primeiro item do trabalho será examinada a produção de lei (e não da lei) no Estado Constitucional. Para tanto, far-se-ão considerações preliminares sobre a configuração das leis na formação do Estado Constitucional. Em continuidade, examinar-se-á o significado e a importância da separação dos poderes, após o que, procurar-se-á compreender a evolução e o sentido de lei. Em seguida, verificar-se-á a participação do poder executivo no processo de formação de lei tanto no Brasil quanto no direito comparado, para, em fechamento ao tópico inicial, examinar-se o dimensionamento da participação normativa do poder executivo na Constituição de 1988.

O segundo item da pesquisa irá perquirir os desafios democráticos da produção de lei em matéria tributária. Neste tópico, será conceituado o estado fiscal, bem como tratar-se-á o pagamento de tributos sob um paradigma de *dever fundamental*. Também aqui caberá a análise das limitações constitucionais ao poder de tributar, vigiando-se principalmente o respeito ao princípio da *legalidade tributária*, para que seja investigada a

produção de lei especificamente nesta matéria. Neste ponto emergirão as primeiras observações a respeito do exercício do poder de tributar também pelo poder executivo.

Em convergência, o terceiro item irá tratar do instituto da medida provisória em geral e especificamente em matéria tributária. Percorrer-se-á o caminho que, a partir do *decreti-legge* italiano, deu origem ao instituto predecessor das medidas provisórias que, no Brasil, foram os Decretos-lei. Em seguida, será examinada a natureza jurídica das medidas provisórias, bem como os pressupostos formais e materiais para sua edição. Também será averiguado neste item o controle judiciário e legislativo do instituto em comento, para, afinal, fazer-se uma análise detalhada das medidas provisórias em matéria tributária.

Ao final, será confeccionada síntese conclusiva do trabalho, que pretenderá destacar os principais aspectos da pesquisa, a fim de avaliar a intervenção do poder executivo na produção normativa, e em que medida isso representará ou não um problema democrático.

Para tanto, será desenvolvido um estudo teórico-dogmático a partir de levantamento bibliográfico, com emprego de metodologia analítica e estudo da doutrina e da jurisprudência atinentes ao tema. Para além do direito positivo, a pesquisa pretenderá se aproximar das relações entre poderes políticos em superação ao formalismo normativo.

A pesquisa se justifica não só em razão da atualidade do tema, uma vez que muito se questiona a legitimidade normativa do poder executivo em conflito com a democracia participativa, como pelo fato de as medidas provisórias em si, apesar de constituírem instrumento de exceção, serem utilizadas como se lei fossem em matéria tributária, malferindo o princípio da legalidade *stricto sensu*.

Daí é que a pesquisa, em seu título, pressupõe a edição de medidas provisórias em matéria tributária como um verdadeiro desafio democrático no contexto do Estado Constitucional. Isso, justamente para que o leitor possa questionar e concluir se realmente esta atividade normativa do Poder Executivo afrontaria, e em quais medidas, as balizas democráticas.

A partir da leitura, emergirão questionamentos tais como: “a atividade normativa do poder executivo é necessária? É imprescindível? Em que medida deve o Executivo legislar? Na história do constitucionalismo pós-revolucionário como se deu tal atividade normativa? Há fiscalização ou controle de eventuais excessos? Se há, esse controle é efetivo? Em que medida o Poder Legislativo e o Poder Judiciário exercem esse controle? Como se utiliza em outros países democráticos o provimento de urgência? No Brasil, há abusos na edição de medidas provisórias? É justificável sua utilização em matéria tributária?”. A pesquisa pretenderá responder a essas perguntas, não obstante ao fato de que o leitor poderá também chegar às suas próprias conclusões.

Para que os questionamentos possam ser respondidos, será percorrido um itinerário a partir da evolução e do sentido da lei, principalmente a partir da formação dos Estados Constitucionais, para além de um mero formalismo normativo, na tentativa de aproximar as relações entre os poderes políticos.

Para tanto, será necessário introduzir o conceito de Estado Fiscal e de constituição tributária, avaliar os princípios constitucionais ligados ao exercício do poder de tributar, além de se estudar com maior profundidade o instituto da medida provisória, sua origem e seus paralelos no direito comparado, bem como sua natureza jurídica, características, pressupostos, mecanismos de controle, dentre outros fatores.

Os principais autores a serem estudados, e que servirão de referência às principais observações e conclusões contidas nesta pesquisa são os professores Clèmerson Merlin Clève¹ e José Casalta Nabais².

O primeiro, oferecerá em suas obras “Medidas Provisórias” (RT, 2010) e “Atividade Legislativa do Poder Executivo” (RT, 2011), fundamentos doutrinários que irão nortear o primeiro e o terceiro itens da pesquisa. É a partir da teoria desenvolvida pelo professor Clèmerson que pretender-se-á aprofundar estas reflexões. Como, a partir do Estado Constitucional, se desenvolveu o poder normativo do Estado?

O segundo, oferecerá em sua obra “O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo” (Almedina, 2012), os argumentos que irão fundamentar

¹ Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain – Bélgica. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR. Autor de diversas obras, entre as quais se destacam: A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, RT (2. ed. 2000); Medidas provisórias, RT (3. ed. 2010); Atividade legislativa do poder executivo, RT (3. ed. 2011); Doutrinas essenciais – Direito Constitucional, RT (2011, com Luís Roberto Barroso, Coords.); O direito e os direitos, Fórum (3. ed. 2011); Fidelidade partidária e Impeachment, Juruá (2. ed. 2012); Soluções Práticas de Direito, RT (2012); Para uma dogmática constitucional emancipatória, Fórum (2012); Temas de Direito Constitucional, Fórum (2. ed. 2013); Direito Constitucional Brasileiro, RT (2014, Coord.); Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, RT (2014, com Alexandre Freire, Coords.); Doutrina, Processos e Procedimentos: Direito Constitucional, RT (2015, Coord.). Foi Procurador do Estado do Paraná e Procurador da República. Atualmente, é sócio fundador do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados, em Curitiba. **(Texto informado pelo autor)**

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde atualmente leciona Direito Administrativo e Fiscal, Direito do Património Histórico-Cultural (pós-graduação), Direito Fiscal das Empresas e Direito Fiscal II (mestrado). Mestre em ciências jurídico-econômicas (Direito Fiscal) e doutor na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, Coimbra. Participou de cursos de pós-graduação ou mestrado na Espanha, Macau, Angola, Moçambique e Cabo Verde, e tem participado de diversos congressos, conferências e seminários em Portugal, Brasil, França, Itália, Espanha e Angola. Publicou, entre outras, as seguintes obras: Contratos Fiscais (Coimbra, 1994), O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo (Almedina, Coimbra, 1998), Introdução ao Direito do Património Cultural (Almedina, Coimbra, 2004), Direito Fiscal (Almedina, Coimbra, 2005), Por um Estado Fiscal Suportável – estudos de Direito Fiscal (Almedina, Coimbra, 2005).

o segundo item da pesquisa, mormente no que diz respeito ao conceito de estado fiscal e da constituição tributária.

Estas considerações introdutórias querem denotar que a formação (ou “constituição”) do Estado democrático envolve um sistema engendrado de alta complexidade, dependente de uma Constituição que garanta direitos fundamentais efetivos, acessíveis e acionáveis.

A pesquisa pretenderá, portanto, investigar a proposta inicial no Estado Constitucional de limitar o poder político, visando a organizar o espaço político de tal maneira que, segundo Clèmerson Merlin Clève, “o poder se encarregasse de controlar o próprio poder”³. Daí a necessidade de separação dos poderes (ou de funções estatais) e, por conseguinte, de limitar excessos legislativos por parte do poder executivo.

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 31.

1. A PRODUÇÃO DE LEI NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 A configuração da lei: do Estado Moderno ao Estado Constitucional

O Estado Moderno, que antecedeu o Estado Constitucional, estabeleceu uma administração burocrática racional na qual as funções dos seus funcionários foram legitimadas a partir de regulamentações legais⁴. Por essa razão, faz-se necessário, mesmo antes de ser entendida a evolução dos ideais revolucionários nas constituições contemporâneas, vislumbrar-se alguns aspectos sociais e jurídicos permeadores do Estado Moderno.

Em relação à legislação posta, Norberto Bobbio afirma que sob a influência do Direito Romano, “o racionalismo, através dos iluministas, propõe um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão, o código posto pelo Estado”⁵

A influência da cultura romana, além de recuperar e inovar sobre o direito civil clássico, trouxe novas concepções de proteção à propriedade e favorecimento das relações capitalistas, embriões do liberalismo econômico, presente na primeira fase dos Estados Constitucionais⁶.

A par de uma nova concepção normativa, surge com o Estado Moderno um sistema de normas tributárias, muito embora, nesta fase, ainda não houvesse incidência tributária sobre a classe feudal, o que originou revoltas camponesas, fato é que um sistema de normas de prerrogativa estatal executiva já se delineava denotando uma tendência normativa que

⁴ OLIVEIRA, R.N. Do Estado Moderno ao Estado Constitucional. *Revista eletrônica de direito e política*, set. 2006, pp. 542-560.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. p. 55.

⁶ OLIVEIRA, R.N. Do Estado Moderno ao Estado Constitucional. *Revista eletrônica de direito e política*, pp. 542-560.

posteriormente teve dificuldade de desvencilhar-se dessa função em favor de um poder próprio, o poder legislativo.

Na América do Norte, o liberalismo teve suas raízes fincadas a partir da independência dos Estados Unidos. Este Estado, segundo Paulo Márcio Cruz é “caracterizado por possuir o monopólio da força, com sua atuação respaldada por princípios sociais, políticos e jurídicos”.⁷

O modelo sócio-econômico do capitalismo tem origem nas revoluções da burguesia que, com dinheiro e sem poder, questionavam o excesso de poder do Estado Absoluto. Aliás, para o mercantilismo, a riqueza era o principal fim do Estado⁸. Ali encontram-se traços dos ideais liberais, que mais tarde, a partir da Revolução Francesa, culminaram com a transição da modernidade para a contemporaneidade; de monarquias absolutistas para monarquias ou repúblicas constitucionais; a República, diga-se, pela própria etimologia da palavra, denota que a política se tornou “coisa pública”. Segundo o professor Paulo Márcio Cruz:

Com a afirmação das ideias liberais burguesas, principalmente durante o século XIX, ocorreram mudanças significativas nos valores sociais dominantes até então. O indivíduo e não outra entidade qualquer passou a ser o centro das atenções.⁹

Para o liberalismo, dessa forma, vislumbra-se um conceito de liberdade em que todos são iguais perante a lei, sendo o Estado necessário (porém não natural), chamado a agir como garante de contratos privados e da propriedade, sendo o seu poder limitado pelo Direito.¹⁰

Havia, entretanto, grave distorção nesse conceito primário de liberdade perceptível no liberalismo, pois não havia de forma alguma igualdade

⁷ CRUZ, Paulo Márcio. *Poder, política, Ideologia e Estado Contemporâneo*. p. 110.

⁸ GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos da Economia Política*. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *Poder, política, Ideologia e Estado Contemporâneo*. p. 92.

¹⁰ OLIVEIRA, Rúbia Nazari. Do Estado Moderno ao Estado Constitucional. *Revista eletrônica de direito e política*, set. 2006, pp. 542-560.

econômica, igualdade de oportunidades, igualdade política ou qualquer outro tipo de igualdade propriamente dita, ou melhor, liberdade sem igualdade não era liberdade. Segundo J. Petrelli Gastaldi:

O Estado Liberal, na crista do livre cambismo e do racionalismo econômico, a suceder o protecionismo industrial das grandes potências colonialistas, também pecou por seus excessos de erros. A supremacia dos grandes conglomerados industriais, comerciais e financeiros, induzida pela ânsia incontida dos lucros, distanciou o Capital do Trabalho, reduzindo as grandes massas assalariadas a uma situação de perversa espoliação.¹¹

Assim sendo, em oposição ao liberalismo, surgem ideias socializantes que pretendem substituir um sistema fundado naquela distorcida liberdade individual, que carregam sobre si a liberdade plena da propriedade e dos contratos privados, por uma nova ordem que devolve para o Estado o controle dos meios de produção e tem no primado social as suas bases.¹²

Certo é que os ideais socialistas, ainda que traçados sob a égide do Estado Moderno pré-revolucionário, trouxeram um novo paradigma que ainda hoje permeia o Estado Constitucional de Direito. De acordo com Cesar Luiz Pasold:

Grande avanço do Estado Moderno foi estabelecer um ordenamento constitucional, nos quais os direitos individuais estavam devidamente especificados e consagrados como anteparos aos abusos do Estado anterior, no qual reinava o absolutismo e predominava a vontade e os apetites do soberano, personificado no Rei ou Imperador, em detrimento dos legítimos anseios e necessidades do povo.¹³

Pasold também afirma que:

(..) em 1916 encerra-se, pelo menos do ponto de vista constitucional, o período do Estado Moderno e surge, a partir

¹¹ GASTALDI, J. Petrelli. Elementos da Economia Política. p. 450.

¹² OLIVEIRA, Rúbia Nazari. Do Estado Moderno ao Estado Constitucional. *Revista eletrônica de direito e política*, set. 2006, pp. 542-560.

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. p. 25.

da Constituição Mexicana de 1917, um Estado que, pelas suas condições muito peculiares, denomina-se Estado Contemporâneo.¹⁴

O autor esclarece, ainda, que a Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a expressar as três características que distinguem o Estado Contemporâneo, que são a capacidade de manter os direitos individuais, inserir os direitos sociais e coletivos nos direitos fundamentais e estabelecer mecanismos de assegurar a efetivação desses direitos.¹⁵

Para João Nunes Morais Júnior¹⁶, a mudança ocorrida na concepção de Estado Liberal, não se restringiu ao papel a ser desempenhado a partir de então pelo Estado, que introduziu o elemento social, passando a assumir a implementação de políticas públicas e sociais em busca de uma igualdade material, mas sim à evolução que incluiu a participação democrática, onde a lei passa a ter função de transformar a realidade, ampliando e garantindo direitos já existentes.

Falar, portanto, em igualdade material é entender o ideal democrático concretizado pela introdução do princípio da soberania popular, onde se permite igual participação na formação da vontade do Estado, na medida em que incorpora ao sistema político um processo legitimado pela efetiva participação do povo na coisa pública e no controle das decisões¹⁷.

José Afonso da Silva descreve princípios que entende compor o Estado Democrático, a começar pelo princípio da *constitucionalidade* que, segundo o autor:

(..) exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida,

¹⁴ PASOLD, Cesar Luiz. *Concepção para o Estado Contemporâneo*. p. 40.

¹⁵ Idem. *Ibidem*.

¹⁶ MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: Breves considerações sobre o Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, Londrina, dez. 2007, pp. 119-136.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 191.

emana da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras de jurisdição constitucional.¹⁸

O autor cita, ainda, como norteador do Estado o princípio Democrático, segundo o qual “há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral de vigência e eficácia dos direitos fundamentais”¹⁹.

O Estado democrático teve, portanto, o mérito de modificar o conceito do princípio da legalidade, uma vez que aquele conceito que havia sido concebido no liberalismo clássico, no qual a igualdade era compreendida de forma generalista, merecia ser superado para dar lugar à concepção material de igualdade. Isso se explica porque, sendo todos iguais, a regra genérica seria a mais adequada. Moraes Junior exprime com clareza esta evolução, lecionando que “a generalidade das leis e o abstencionismo do Estado, características do Estado liberal de direito, resultaram em desigualdades materiais”²⁰.

As leis passam, assim, a exercer uma necessária intervenção, legitimando o Estado socializante a tentar equalizar as injustiças sociais decorrentes daquela propalada liberdade e aparente igualdade. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, a lei deve perseguir a concreta equalização de situações sensivelmente desiguais, estabelecendo valores sociais que avançam além da normatividade escrita, distinguindo-se de aspectos meramente formais da lei, como explica José Afonso da Silva:

A lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para transformações políticas, econômicas e sociais que a

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit. p. 92.

²⁰ MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: Breves considerações sobre o Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, Londrina, dez. 2007, pp. 119-136.

sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição, e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.²¹

O Estado Constitucional, dessa forma, se distancia do Estado Clássico, porque naquele modelo podemos destacar especificidades tais como, (a) a supremacia da constituição, na qual devem estar contidos direitos fundamentais, quer de natureza liberal, quer de natureza social, quer de ambos; (b) o respeito e submissão de todos os poderes públicos ao princípio da legalidade, consagrado na ordem constitucional; (c) efetiva funcionalidade e harmonia entre os poderes do Estado, de tal modo que haja garantia tanto de gozo dos direitos de caráter liberal, quanto de acesso aos direitos de caráter social.²²

Depreende-se desses ensinamentos que o modelo proposto pressupõe acordos políticos que precisam ser respeitados. A afirmação da normatividade constitucional como supremacia da ordem, vincula os poderes públicos à supremacia da constituição. O poder está, portanto, submetido ao direito, representado por uma norma maior, geral e abstrata, originada na vontade democrática, vinculando o indivíduo ao poder: este porque está legitimado por aquele; aquele porque não poderá ser abandonado por este²³.

O que não se percebia no direito clássico liberal era esse compromisso do Estado com o indivíduo, na medida em que este poderia ser abandonado a sua própria sorte, como se houvesse uma dispensa das pessoas em relação ao poder político. Nesse aspecto, a lei precisa passar a representar garantias e acessos protegidos pela ordem constitucional, que

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit. p. 121-122.

²² Ibidem, p. 123.

²³ JUNIOR, João Nunes Morais. Estado Constitucional de Direito: Breves considerações sobre o Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, Londrina, dez. 2007, pp. 119-136.

devem ser garantidas, a fim de não se tornarem, na expressão de Canotilho, em *normas constitucionais vagas*²⁴. O professor, ao explicar a expressão, cita importante afirmação de Ronald Dworkin: “Se o governo não toma os direitos à sério, tampouco estará tomando com seriedade o direito”²⁵.

Levar a sério o reconhecimento constitucional de direitos sociais tais como o direito ao trabalho, à saúde, à cultura, ao meio ambiente, dentre outros, para Canotilho, independe de dificuldades reais para sua implementação. O cidadão encontra-se numa posição *jurídico-prestacional*²⁶ tal, que o direito pode ser individualmente acionado, porque os direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais de tal modo importantes que passam a independender da vontade de eventuais maiorias parlamentares.

As chamadas disposições constitucionais vagas são indeterminadas, “injustificáveis, não acionáveis e, em último termo, não vinculantes”²⁷, muitas vezes desculpáveis pela *reserva econômica do possível*²⁸, dependentes de modelos políticos e seus programas de governo, deixando-se de impor ao Estado uma intervenção ativa para fornecimento de prestações a seus jurisdicionados.

O poder legislativo, portanto, deveria incumbir-se do exercício da atividade normativa, nos lindes da Constituição, a fim de atender o mais possível a esses reclamos. Como muitas vezes a lei se mostra incapaz de fazê-lo, é comum o exercício, por parte de outros poderes, de atividade normativa. Como no caso do poder executivo, que, no Brasil, engloba decretos, leis delegadas e medidas provisórias, além de outras atividades normativas que não de origem primária²⁹.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais...*, op. cit. p. 50.

²⁷ Ibidem, p. 52.

²⁸ Idem. Ibidem.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit. p. 102.

1.2 A separação dos poderes

A atividade normativa do poder executivo não é novidade. Muito antes de Montesquieu, no século XVIII, formular a célebre teoria de separação dos poderes³⁰, o “poder” que executava atos administrativos ou de governo, quase sempre soberano, já primava por vocação impositiva ou normativa. Ensina o professor Clèmerson Merlin Clève que Aristóteles, Platão e Políbio “propuseram formas de governo com a ambição de alcançar o equilíbrio político mediante a limitação do poder”³¹, o que ratifica o fato de, já na Grécia antiga, haver a necessidade de articular-se um mecanismo de defesa contra um possível desequilíbrio originado por um superpoder de Estado.

Segundo o professor Clèmerson, o que há, na verdade, é uma separação de funções³². A teoria da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, embora didática e amplamente aceita nos termos em que fora formulada, criara um mito: o mito da separação, que, segundo o professor, foi decorrente do “apego dogmático dos juristas a uma técnica de contenção do poder nascida num período determinado, e mais do que isso, para fazer face a questões desafiantes de um contexto determinado”.³³ O autor propõe que seja repensado o modelo tradicional de separação de poderes:

O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, se atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.³⁴

Para Celso Ribeiro Bastos o maior mérito da teoria de Montesquieu não reside na conclusão da identificação abstrata das formas de

³⁰ MONTESQUIEU, *De L'esprit de Lois*, Livro XI, Cap. 4, Ed. Gallimard, 1970.

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 31.

³³ Ibidem, p. 26.

³⁴ Ibidem, p. 31.

atuação do Estado, até porque outros, antes dele, já teriam tido, segundo o autor, tal percepção. O grande mérito, para este jurista, está no fato de que Montesquieu é preciso ao identificar que a divisão orgânica deve refletir a divisão funcional, assim declinando:

Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem segundo ele <Montesquieu>, ser os mesmos que executam, assim como nenhum destes pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado poder) incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome.³⁵

O equilíbrio de funções estatais em um contexto de Estado Absoluto não é equação simples de se resolver. Embora houvesse regras jurídicas, o peso das palavras do Príncipe era tamanho que de sua boca emanava o direito. Assim, mesmo havendo *Leis Fundamentais no Reino*, Mauro Cappelletti ensina que o exame das leis se dava com o único fim de averiguar se porventura iriam contrariar as leis fundamentais do reino.³⁶

O resultado disso não podia ser outro senão um paradoxo de juridicidade, sendo uma determinada juridicidade aplicada para a nobreza, outra para o clero, outra para o terceiro estado. Isso, sem mencionar os entraves sofridos pelas relações comerciais “decorrentes do sistema vigente de privilégios, monopólios, favores reais, e da inexistência de um sistema jurídico unificado”.³⁷

Este é o cenário para a eclosão de revoluções burguesas, destacando-se, dentre estas, a revolução inglesa de 1688; quase um século depois, a americana de 1776, consolidada com a independência das treze colônias que deu origem à formação federativa de 1787, e a revolução francesa

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. 22ª ed. p. 353.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 54-55.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit., p. 28.

de 1789. Cenário que possuía basicamente o ideal do racionalismo iluminista, formado por uma relativa hegemonia da classe burguesa descontente, por um lado, pelas dificuldades das relações mercantis devido à fragilidade de uma legislação unificada, e por outro, pelos privilégios recebidos por nobres e clérigos ociosos.

É assim que a teoria da separação dos poderes é reconhecida como apropriado mecanismo de controle do poder pelo poder a ser inserido nas primeiras Constituições. A teoria pode ser identificada nas constituições de Virgínia, em 1776; de Massachusetts, em 1780, e nas outras constituições dos novos Estados Americanos. Também foi consagrada na própria Constituição Federal americana de 1787³⁸. Na França, a Constituição de 1791 também reconheceu a teoria.

A própria *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* (França, 26 de agosto de 1789), em seu artigo 16, afirmava que “toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

No Brasil não foi diferente. A primeira Constituição (imperial, de 1824), ao lado dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, acrescentou mais um, o poder Moderador, conferido ao imperador e considerado a chave de toda a organização política. O artigo 98 desta Constituição destinava ao poder Moderador a atribuição de manter a “independência, o equilíbrio e a harmonia” dos demais poderes políticos. Paulino Jaques assim ensina:

(..) o legislador constituinte de 1824 pôs em prática as ideias suscitadas na França, pelo publicista liberal Benjamin Constant, com o ‘pouvoir neutre’. Essas ideias, no entanto, jamais foram adotadas na pátria de seu autor; atendiam, porém, aos anseios de mando do primeiro imperador brasileiro. Pimenta Bueno, observa que o Poder Moderador era ‘a mais elevada força social, o órgão político o mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação’

³⁸ JAUQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 224.

(Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição Imperial, pág. 204).³⁹

Prevaleceu no Brasil a fórmula dos três poderes proposta pelo pensamento de Montesquieu também na primeira constituição republicana de 1891, a qual ainda hoje subsiste, denotando tratar-se não de um mero apego aos ideais revolucionários, mas à adoção definitiva de uma teoria, que, embora embasada na separação de poderes, pode hoje ser formulada como uma separação de funções, dado à impossibilidade de partição de algo que é, por natureza, indivisível: o poder.⁴⁰

Isso não quer dizer que o sistema da tripartição mereça ser severamente criticado (por não se tratar de divisão de poder, mas de funções). Embora haja críticas dirigidas contra a teoria, como a de Carré de Malberg, que diz que a obra de Montesquieu “sobre os três poderes e sua separação não é nem logicamente aceitável, nem praticamente realizável”⁴¹, é inquestionável que as democracias modernas e a teoria constitucional firmada a partir do final do século XVIII, abraçaram a tripartição que, com as adaptações devidas, continua atual. Assim resume o professor Clèmerson:

As críticas formuladas contra a teoria do poder estatal dividido podem ser contornadas desde que se tome o cuidado de adaptá-la às mutações pelas quais tem passado o Estado moderno.⁴²

Pode-se perceber essa adaptação sob a compreensão de como se deu a teoria da separação dos poderes de forma distinta no Estado liberal e no Estado social.

A doutrina constitucional do liberalismo é a que fundamenta a construção da teoria do Estado de Direito, porque este é limitado claramente

³⁹ JQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit. p. 225.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit., p. 29.

⁴¹ CARRÉ DE MALBERG, Raimond. *Contribution a la Théorie Générale de l'État*. TII. Paris: Sirey, 1922. p. 29.

⁴² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 34.

pela própria Constituição, que tem o poder de consolidar a garantia das liberdades individuais. Paulo Bonavides esclarece, entretanto, que a liberdade antiga é bastante distinta da liberdade moderna.⁴³

A liberdade dos antigos tinha por primor a ideia de democracia na qual os cidadãos participam do processo político, não sendo, propriamente, uma ideia de autonomia frente ao Estado. A liberdade dos modernos demarca a sua autonomia em contraposição ao Estado. Norberto Bobbio assim as diferencia:

O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições.⁴⁴

De fato, a liberdade moderna quer privacidade. Deseja fruir independente e pacificamente sua liberdade. O liberalismo requer a limitação do poder estatal e a submissão do seu poder ao Direito. O Estado existe para garantir a liberdade e o patrimônio, é não intervencionista, com atribuições reduzidas justamente para estar livre para manter a ordem interna e a condução da política externa.⁴⁵

A doutrina do liberalismo clássico animou os capitalistas incipientes, motivados pelas ideias de livre mercado e livre concorrência (*mão invisível do mercado*⁴⁶). Nesse sistema, a teoria da separação dos poderes, assim como proposta por Montesquieu, torna-se de uma utilidade providencial, pelo menos para o poder executivo: aplicar as leis e promover a segurança para que os indivíduos possam exercer livremente suas potencialidades.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 139.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 8.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia...*, op. cit. p. 18.

⁴⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 71. Tese professada por Adam Smith e citada na obra deste autor.

A tese propugnava que, ao caminhar sob o individualismo, arranjado pela mão invisível do mercado, chegar-se-ia ao bem comum. O acúmulo do capital, entretanto, não demorou a produzir problemas. O capitalismo dos iguais e livres começava a exigir maior intervenção do Estado, que, paulatinamente, passa assumir mais competências. Segundo as palavras do professor Clèmerson a esse respeito:

O ‘Estado-árbitro’ cede espaço para o ‘Estado de prestações’. A própria ideia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas). Eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação etc.) acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros.⁴⁷

O que ocorreu é que caiu por terra uma aparente ingenuidade do liberalismo. A economia e a sociedade mudaram, requerendo do direito uma adaptação à nova realidade. O mercado passou a ser dirigido por um número cada vez menor de empresas, destruindo, elas mesmas, o próprio mercado. Eros Roberto Grau explica que o capitalismo encarrega-se de destruir o próprio capitalismo e que o capitalismo concorrencial entra em crise, chamando o Estado a ser interventor dessa situação. Não que o Estado passe a intervir de forma inédita no campo econômico, mas “agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a suas políticas”⁴⁸. O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal lembra, na primeira edição de sua obra agora referida, que se tornou evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, sem intervenção do Estado, ou com sua mínima intervenção, porque esta já se houvera no monopólio de emissão de moeda, no exercício do poder de polícia,

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 37.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25-26.

nas codificações, na ampliação de serviços de públicos e, agora, assumindo o papel de agente regulador da economia⁴⁹.

Nos dias de hoje esta intervenção tomou novos contornos, exigindo que o Estado participe não apenas na proteção dos indivíduos como era no liberalismo clássico, nem tampouco como regulador do mercado ou exercendo certos monopólios, como no Estado Social. No mundo de hoje, o cidadão necessita do Estado em tudo, desde o fornecimento de energia ou água, até moradia, emprego, educação, segurança e as mais variadas espécies de políticas públicas. A atuação do poder público é imprescindível mesmo em corporações sociais de dimensões mais amplas, e não apenas sob o enfoque do indivíduo. Como exemplo, podem ser citados os sindicatos, os clubes, associações, partidos políticos, grupos empresariais, igrejas e tantos outros conglomerados sociais nos quais os interesses de grupo, ou mesmo os interesses de grupos contra grupos, precisam ser protegidos ou reclamados, esperando no Estado encontrar sua proteção. Rogério Ehrhardt Soares explica:

Ora, no mundo de hoje, o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele, nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio de grupos e corporações.⁵⁰

A tripartição dos poderes, criada para aquela época, falava de equilíbrio *entre os poderes*. Atravessando épocas, a mesma tese pode ser lida como equilíbrio *do poder*. Ainda sob os ensinamentos de Rogério Soares, podemos afirmar que Montesquieu ofereceu bases sólidas, sobre as quais é necessária uma moderação de forças dinamizadoras para a construção da sociedade⁵¹. Clèmerson Clève acrescenta que a “missão atual dos juristas é a de adequar a

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, op. cit. p. 40.

⁵⁰ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlantida, 1969. p. 118

⁵¹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica...*, op. cit. p. 147.

ideia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo”⁵². Eis a razão pela qual é admissível dar ao poder Executivo respaldo para que possa atender às crescentes demandas da sociedade, devendo-se, entretanto, “aprimorar os mecanismos de controle de suas ações, para o fim de torna-los mais intensos, seguros e eficazes”⁵³.

1.3 A evolução e o sentido de Lei

Discorreu-se, acima, sobre as “Leis Fundamentais do Reino”, que, em última análise recebiam a leitura da vontade do rei, ou pelo menos, o exame de um eventual sistema jurídico haveria de passar pelo crivo de não contrariar as Leis Fundamentais.⁵⁴

Isso mostra que no Estado Absoluto, embora “legitimado” pela vontade de Deus, havia a produção de leis pelo monarca, submetido também ao direito natural. Clèmerson Clève afirma que “neste tipo de Estado, já se percebe, nitidamente, um esforço desenvolvido pelo príncipe para monopolizar a produção do direito, restringindo as demais fontes”.⁵⁵

Viu-se que as constituições revolucionárias incorporaram a teoria da separação dos poderes, sendo que, após as revoluções burguesas, coube ao poder legislativo a prerrogativa da função normativa, como ensina o professor Clèmerson:

A mesma noção de soberania, fundamento do poder absoluto do príncipe, devidamente transferida para o povo ou para a nação, após as revoluções burguesas, especialmente a francesa de 1789, vai justificar não apenas o monopólio do Estado no tocante à produção normativa, como também o

⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 43.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 43.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 54-55.

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 44.

monopólio normativo de um dos poderes do Estado: o Legislativo.⁵⁶

Aqui reside um ponto nodal da pesquisa. O poder legislativo, como representante do povo, é aquele que está legitimado a expressar sua vontade. Portanto, subtrair-lhe a prerrogativa da função normativa pode resultar em atentado contra a democracia participativa. Clèmerson Clève assevera que:

(..) esse órgão, formado por representantes da nação, expressará o direito novo. Nenhuma outra fonte de produção normativa poderá contrariá-lo. Afinal, apenas a lei constitui 'expressão da vontade geral'. Todo o direito passa a ser direito do Estado.⁵⁷

À respeito deste fato, de que o Estado contém todo o direito, vale a pena socorrer-se dos ensinamentos de Dominique Charvet:

Sem dúvida, seria absurdo negar a existência e a importância de uma série de textos permanentes, gerais, que pontuam o Antigo Regime e que muito frequentemente os legistas revolucionários se limitarão a copiar, mas é certamente a Revolução que dará à lei sua legitimidade. O rei até então fonte de toda legitimidade, e a legalidade é apenas uma das encarnações possíveis da vontade transcendente e divina. O 'bel-prazer' e as 'lettres de cachet' por simbólica que seja a fórmula e rara a utilização da medida arbitrária no fim do Antigo Regime permanecem até o fim o sinal de que toda soberania emana do rei. Além disso, este soberano não é uma entidade, é uma pessoa física, ao menos na França, e não haverá aí um fenômeno de perda de posse gradual por um novo soberano – o conjunto de súditos – como ocorreu na Inglaterra. Michel Foucault, aliás, mostrou muito bem as consequências desta encarnação física da soberania na descrição e na análise do suplício de Damiens, último regicida da época clássica. A legitimação da legalidade será então uma conquista e uma concessão efetuadas pela Revolução triunfante e pelo capitalismo nascente. A leitura mais frequente do fenômeno é, sem dúvida, a da conquista da elaboração da norma pelo povo soberano. Isto produzirá tanto as constituições, as declarações

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 44.

⁵⁷ Ibidem, p. 44-45.

universais dos direitos do homem como a insígnia das guardas campestres ornada da palavra mágica: a Lei.⁵⁸

Se a lei tornou-se, pois, a expressão da vontade geral emanada pelo parlamento, órgão próprio e legitimado para tal, o que a levou a ser expressa também por outros órgãos ou poderes do Estado?

Embora chegada a era do constitucionalismo, Rogério Ehrhardt Soares, aponta que no curso do século XIX, é a própria lei e não a Constituição que estabelece os parâmetros de liberdade. Já no início do século XX, migrando-se do Estado Liberal para o Estado Social, a lei é reduzida (ou corre esse risco) a estabelecer “um ato finalisticamente orientado de constituição política”⁵⁹. O professor Clèmerson Clève afirma que neste ponto a lei, proveniente do legislativo ou do executivo, não constituiu garantia de liberdade, e que, nos últimos tempos foi estabelecida, segundo ele:

(..) a criação de singulares mecanismos de controle de poder, atribuindo-se ao Judiciário, ou às cortes constitucionais, uma ampla competência para exercer o controle da atividade legislativa.⁶⁰

Quando a Constituição (e não a lei) passa a conter a garantia da liberdade, concomitantemente ocorre algo que parece contrário à lógica democrática: ao invés de o poder legislativo ser o responsável pelo controle, guarda ou garantia das liberdades e direitos fundamentais, o Estado Constitucional elege o poder judiciário para fazê-lo, como ensina Clèmerson Clève:

O guardião último da Constituição, na sociedade democrática, paradoxalmente, não será nenhum órgão constituído por mandatários eleitos, mas antes um órgão despido de legitimidade decorrente do sufrágio: o Judiciário.⁶¹

⁵⁸ CHARVET, Dominique. Crise da Justiça, crise da lei, crise do Estado? *O Estado em Crise*, dir. Poulantzas, Nicos. Trad. Por Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1977. p. 254.

⁵⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atlantida, 1969. p. 151.

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 52.

⁶¹ Ibidem, p. 53.

Segundo este autor isso mostra que o Estado, e não apenas o poder legislativo, tem “*legislado demais*”, sendo boa parte dessa ação legiferante, segundo ele, inútil ou dispensável⁶². O arcabouço jurídico pátrio tem se formado por uma vocação normativa que tudo regula, tudo disciplina, tudo prevê. Tal pretensão acaba por denunciar falhas e imprecisões legislativas, ferindo a boa técnica. Até porque já se demonstrou impossível, aqui e alhures, a tentativa da previsão legislativa positiva capaz de abarcar todas as possibilidades jurídicas do cotidiano e da vida.

O conceito de lei requer no direito contemporâneo mais do que um agir necessário, ou norma de conduta obrigatória, assumindo hodiernamente dupla instrumentalidade: de um lado, o direito coloca à disposição da sociedade normas que pretendem organizar sua vida cotidiana, de outro, pretende ele, o próprio Estado, dispor de instrumentos de intervenção, influenciando as relações sociais para obter a consecução de políticas públicas e sociais⁶³.

Na classificação de Eros Roberto Grau, este último tipo de lei mencionado (objeto de intervenção por parte do Estado) é chamado norma-objetivo, e se contrapõe às normas de conduta e às normas de organização. Por isso a norma-objetivo não define nem conduta nem organização, mas determina fins a serem alcançados. De fato, a norma-objetivo constitui instrumento de implementação de políticas públicas. De outro lado, quando a lei determinar comportamentos, estará enquadrada como norma de conduta ou organização.⁶⁴

É evidente, pois, que o sentido de lei não é único. Geralmente, quando se quer a ela referir, espera-se a indicação “de uma determinada regra

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 54.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 127.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988. p. 132.

descritiva da regularidade de certos fenômenos físicos ou biológicos”⁶⁵, ou mesmo que imponha padrões de comportamento ou modelos de conduta.

Mesmo na ordem jurídica, são vários os seus sentidos. Basta ver, em nossa Constituição, seus diversos significados: no artigo 5º, *caput*, lei é sinônimo de ordem jurídica (“Todos são iguais perante a lei (...)”); no artigo 5º, inciso XXXIX, por exemplo, o termo é usado como sendo um ato emanado do poder legislativo ou lei em sentido formal⁶⁶ (“Não há crime sem lei anterior que o defina (...)”); no mesmo artigo 5º, inciso XXXV, o termo se refere a qualquer norma, mesmo que constitucional, ou seja, norma nenhuma poderá ter o condão de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ainda haveria outros exemplos, mas o fato é que a leitura da Constituição há de exigir do intérprete o significado atribuído, em cada caso, pelo legislador constituinte.

De tudo, depreende-se que nem assim é possível abarcar todos os sentidos de *lei*. A proposta, evidentemente, é vincular-se a um período histórico definido, pós-revolucionário, emergido com os Estados Constitucionais.

Se assim não fosse, ter-se-ia ainda que apontar a lei oriunda de costumes ou mesmo do direito natural. Para o direito constitucional, deve-se entender a lei como um ato normativo editado pelo Estado com aquelas características próprias de imperatividade e, portanto, de observância obrigatória pelos destinatários da norma, sob pena de sofrerem as consequências determinadas pelo direito em face de sua inobservância.⁶⁷

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo...*, op. cit. p. 58.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 185.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2013. p. 587.

1.4 Breves inserções da participação do Poder Executivo no processo de formação da Lei no direito comparado

No regime presidencialista, particularmente no sistema legislativo brasileiro, o chefe do poder executivo da União participa do processo legislativo apondo sanção ou veto ao projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional.⁶⁸

A participação do Executivo em questões normativas, no entanto, é muito mais significativa. No Brasil, o Presidente da República tem a prerrogativa de dar início, em diversas situações, ao processo legislativo; sanciona, promulga e faz publicar as leis; veta, total ou parcialmente, projetos de lei de sua iniciativa ou não; dispõe, mediante decreto presidencial, sobre assuntos tais como organização e funcionamento da administração pública federal e extinção de cargos públicos; celebra tratados, convenções e atos internacionais; decreta estado de defesa e estado de sítio; decreta intervenção federal; edita medidas provisórias com força de lei e vigência imediata.⁶⁹

De modo geral, pelo princípio da simetria⁷⁰, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios poderão reproduzir, *mutatis mutandis*, tais funções e prerrogativas em relação aos respectivos chefes do poder executivo.

Embora seja comum ou até necessária a participação do poder executivo em procedimentos normativos, em outros países, como no direito francês, as prerrogativas do chefe de governo merecem uma contenção mais cuidadosa.

⁶⁸ Constituição da República, artigo 66: “A casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República que, aquiescendo, o sancionará (..)”.

⁶⁹ Atribuições do Presidente da República extraídas da Constituição da República, artigo 84, incisos III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XXVI.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 247.

Georges Bordeaux explica que, na França, há uma distinção entre projeto de lei (*project de loi*, sugerido pelo primeiro ministro) e proposta de lei (*proposition de loi*, proposto por qualquer parlamentar). A distinção das nomenclaturas denota de quem é a iniciativa, assim, se utilizado com excesso, o projeto de lei “poderia permitir ao Governo impedir a discussão de proposições com as quais não estivesse de acordo”⁷¹. Entretanto, uma sessão por mês é reservada para ordem fixada pelo parlamento, impedindo o governo de opor-se juridicamente a uma proposição cujo conteúdo desaprovava. Tais sessões são denominadas de nichos parlamentares (*niches parlementaires*).⁷²

No sistema italiano, o Presidente da República pode até vetar projetos de lei, mas se o fizer deve solicitar ao parlamento nova apreciação legislativa, para que este delibere. Isso porque no parlamentarismo, em geral, não cabe ao Executivo a competência para vetar determinado projeto que tenha sido aprovado pelo parlamento, cabendo ao chefe de Estado tão somente promulgar e fazer publicar os referidos projetos já na forma de lei.⁷³

A participação do poder executivo na formação das leis, ou sua autorização para desenvolver atividade normativa primária se dá, no mundo ocidental, basicamente de três formas distintas: com assentamento ou previsão constitucional, sem previsão constitucional ou exercendo função legislativa decorrente de atribuição.⁷⁴

As constituições mais modernas trazem a autorização de delegação legislativa no bojo do próprio texto constitucional. É o que acontece na constituição italiana (1947) que, como explica Paolo Biscaretti Di Ruffia, confirma o princípio da separação dos poderes, apontando, porém, que o exercício da função legislativa deve ser delegado ao Governo de acordo com

⁷¹ BORDEAUX, Georges. *Manuel de droit constitutionnel*. 30. ed. Paris: LGD, 2007. p. 703.

⁷² BORDEAUX, Georges. *Manuel de droit constitutionnel ...*, op. cit., p. 704.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26-27.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 765.

“princípios e critérios diretivos, e apenas por tempo limitado e para objetos definidos”⁷⁵.

Também em Portugal (1976), a Constituição admite as chamadas *leis de autorização*, a serem votadas pela Assembleia da República, que delegam ao Governo a confecção dessas leis com certos rigores e balizadas dentro de certos limites, como apontados por Canotilho:

(..) as autorizações legislativas devem, em princípio, coincidir com o objecto próprio da função legislativa do Parlamento. Além de estarem excluídas desta função as funções de fiscalização e de controlo, que são indelegáveis (..), subtraem-se também ao poder de autorização as matérias de competência política (art. 161º), mesmo quando a forma de exercício desta competência é a forma de lei.⁷⁶

Na histórica constituição do Reino Unido, o parlamento concede delegação aos ministros, a fim de editarem normas específicas de regulamentação de leis, como também delegações genéricas autorizadas em procedimentos estabelecidos pelo *Statutory Instruments*, explicado por Giuseppe De Vergottini como sendo procedimentos de conexão entre o executivo e o legislativo⁷⁷, que têm características um pouco semelhantes a nossas medidas provisórias, na medida em que implica em apresentação do ato pelo Governo e sua imediata entrada em vigor, seguido de quarenta dias para sua aprovação ou anulação.

Na constituição da França (1958) também se pode encontrar a delegação de função legislativa ao poder executivo. Neste caso o próprio governo solicita autorização do parlamento para editar normas que constituem originariamente objeto de lei, porém as leis (*ordonnances*), só podem ser

⁷⁵ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1982, p. 487 (tradução livre).

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, op. cit., p. 765.

⁷⁷ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. 7. ed. Padova: Cedam, 2007. vol. 1. p. 598-599.

disciplinadas *pendant une certaine période*⁷⁸, isto é, a função legislativa atípica será exercida apenas por período determinado.

Situação semelhante ocorre na constituição espanhola (1978), onde as leis delegadas, lá chamadas de decretos legislativos, são emanadas pelo Governo, com força de lei, após autorização expressa do poder legislativo.⁷⁹

Entretanto, como antes mencionado, há casos em que a função normativa do poder executivo se dá sem sequer haver autorização constitucional. É o que ocorre nos Estados Unidos, onde tanto o princípio da separação dos poderes quanto a ideia de indelegabilidade de atribuições sofreram, ao longo do estado constitucional norte-americano, várias interpretações e, muitas das vezes, aumentando o espectro da atividade normativa do poder executivo, o que pode acarretar um certo grau de risco, no que diz respeito ao excesso de atividade normativa por parte do poder executivo, como explica Carlos Roberto Castro:

(..) uma vez que a lei formal de delegação especifique as fronteiras materiais e objetivas dentro das quais pode a autoridade delegada legislar, de maneira que não haja risco desmesurado a indevidas restrições à liberdade, tem-se por aceitável a delegação. Ao revés, se a outorga da função legislativa importa em autêntica abdicação de seu exercício pelo órgão constitucionalmente titulado para exercê-la, ficando a autonomia individual a depender do talante do agente executivo com poderes normativos delegados, a delegação é tida como abusiva e inconsistente.⁸⁰

Forçoso reconhecer, entretanto, que, mesmo não prevista na Constituição, a tradição norte-americana acusou reflexos substanciais na experiência brasileira em relação à delegação legislativa, como explica Clèmerson Clève:

⁷⁸ BORDEAUX, Georges. *Manuel de droit constitutionnel*. 30. ed. Paris: LGD, 2007. p. 704.

⁷⁹ GUERRA, Luis Lopez et al. *Derecho constitucional*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 86.

⁸⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 81.

Nesse particular, como em tantos outros, vigente a primeira Constituição republicana, o direito norte-americano influenciou fortemente a experiência constitucional brasileira. Deveras, embora não prevista na Lei Fundamental, a delegação legislativa foi intensamente praticada, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanecesse vacilante: ora declarava inconstitucionais as delegações, ora manifestava-se em sentido contrário.⁸¹

Deve-se anotar que, seja qual for o caso de delegação, com ou sem assento constitucional, não se trata de afronta ou usurpação da função legislativa assenhorada ou avocada pelo Executivo. Até porque, nesses casos, é o próprio poder Legislativo que outorga a autorização (ou delegação). Entretanto, a par dos casos em que existe ou não autorização ou assento constitucional para a delegação legislativa ao Executivo, há constitucionalmente, ainda, uma terceira situação: é o caso da função legislativa decorrente de atribuição.⁸²

Isto porque, além da delegação legislativa, ocorrem certas circunstâncias que são reputadas como situações urgentes, graves ou excepcionais, em que o poder Executivo é chamado a atuar normativamente sem autorização prévia do Parlamento.

A questão é: em que medida essa atuação ou esse “fortalecimento” do poder Executivo pode comprometer a democracia? Evidentemente, o sistema de separação de poderes, antes estudado, deve prever mecanismos de controle político e jurídico a fim de proteger a sociedade de eventuais excessos que venham a comprometer o aspecto democrático. O professor Clèmerson afirma que, de fato, o mundo contemporâneo reclama, em casos excepcionais, a atuação direta do poder Executivo, desde que tomados os devidos cuidados, e assim se posiciona à respeito do problema:

⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 28.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 765.

(..) a atividade normativa extraordinária do Poder Executivo não é incompatível com os postulados democráticos. Entretanto, o que não se pode admitir é o desmesurado fortalecimento do Executivo, especialmente sem a previsão de eficazes instrumentos de censura ou contraste de sua atividade. A experiência europeia pode, com as devidas cautelas, ser aproveitada entre nós.⁸³

Na Constituição alemã (Lei fundamental de Bonn) o presidente da república pode decretar “estado de emergência legislativa”, a ser adotado quando o Parlamento rejeita um projeto de lei, mesmo declarado urgente pelo Governo Federal. Nesse caso, o Parlamento pode rejeitar novamente ou aprovar nova versão. Caso não se manifeste em quatro semanas, o projeto torna-se lei.⁸⁴

Na França, caso haja excessos na regulamentação da norma legal por parte do Executivo, esta poderá ser atacada pela via do “recurso por excesso de poder”. A Constituição fixou parâmetros separando os âmbitos normativos da lei e do regulamento.⁸⁵

Na Espanha, o Governo pode editar decretos-leis em casos de extraordinária e urgente necessidade, mas há a possibilidade de ampla revisão parlamentar, impedindo sua utilização para regular determinadas matérias.⁸⁶

Na Itália, os provimentos provisórios com força de lei, adotados pelo Governo em casos extraordinários, devem ser apresentados no mesmo dia para conversão às Câmaras legislativas que, mesmo em recesso, serão imediatamente convocadas para reunir-se em cinco dias.⁸⁷

Em Portugal, entretanto, a Constituição de 1976 não retirou a força e a tradição dos decretos-leis editados pelo Governo, que parecem

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 32-33.

⁸⁴ Ibidem, p. 33-34.

⁸⁵ Ibidem, p. 34-35.

⁸⁶ Ibidem, p. 37-38.

⁸⁷ Ibidem, p. 39-40.

permitir uma amplitude maior do que aquela que, em geral e por cautela, tem sido adotada pela maioria das constituições democráticas, assim explicada pelo professor Canotilho:

Com efeito, conhecidas as críticas dirigidas à categoria dos decretos-leis – instrumento nas matérias do Governo que os pode utilizar para fins de manifesto oportunismo político, colocando as assembleias representativas perante factos consumados –, a Constituição de 1976 entendeu consagrar a categoria dos decretos-leis com uma grande autonomia e amplitude. Neste aspecto, a Constituição Portuguesa afasta-se decididamente da maioria das constituições democráticas do pós-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controlo do órgão parlamentar.⁸⁸

1.5 A Constituição de 1988 e a atividade legislativa: dimensionamento da participação do Poder Executivo

O artigo 68 da atual Constituição dispõe sobre a lei delegada, que deve ser elaborada pelo Presidente da República, após solicitar a delegação ao Congresso Nacional. Resolução do Congresso deverá especificar os termos e o conteúdo do exercício da função delegada. Caso a resolução determine a apreciação do projeto pelo próprio Congresso, este deverá fazê-la em votação única. Algumas matérias, entretanto, não poderão ser objeto de delegação por constituírem reserva absoluta do Poder Legislativo, tais como os atos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, as matérias que possuem reserva de lei complementar, prerrogativa de organização, garantias e carreiras dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, matérias sobre nacionalidade, cidadania,

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, op. cit., p. 795-796.

direitos individuais, políticos e eleitorais, bem como tratamento de planos plurianuais, orçamentos e diretrizes orçamentárias.⁸⁹

Outra participação efetiva do Executivo na Constituição diz respeito ao poder regulamentar, fazendo-se distinção entre o decreto regulamentar e o decreto autônomo. O primeiro visa tão somente a regulamentar a lei, devendo ficar adstrito a seus lindes, não podendo inovar, revestindo-se, pois, de características de mero ato administrativo; já o segundo tem força normativa, podendo, portanto, inovar no mundo jurídico^{90 91}. Daí o questionamento, no segundo caso, ao limite de ação normativa do Poder Executivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello questiona, por exemplo, o fato de a alínea 'b' do inciso VI, do artigo 84 da Constituição Federal, conceder ao Presidente da República a possibilidade de extinguir cargos públicos quando vagos, o que afrontaria a reserva legal na medida em que, neste caso, um decreto poderia desfazer algo que fora criado pela lei formal⁹².

Clèmerson Clève, fala que a mudança promovida pela Emenda Constitucional 32/2001 na redação daquele dispositivo (art. 84, inciso VI), trouxe para doutrina a discussão da recepção, pela Constituição, do

⁸⁹ Constituição da República, artigo 68: "As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I- organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III- planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos. § 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda".

⁹⁰ Constituição da República, artigo 84: "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI- dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar em aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos quando vagos (...)".

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit. p. 338.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 336.

regulamento autônomo para o ordenamento jurídico pátrio, afirmando, contudo, que mesmo admitindo-se prerrogativas normativas ao Executivo, o caso é bem mais brando do que na Constituição francesa de 1958, no qual o poder regulamentar abrange matérias processuais e contravenções⁹³. Para corroborar, Bandeira de Mello admite que, no caso brasileiro, o decreto presidencial é circunscrito a arranjos de órgãos e competências que já foram criados por lei, o que diminui o impacto normativo advindo de outro órgão que não o legislativo⁹⁴.

Não se pode olvidar a possibilidade de iniciativa, na proposição de leis complementares ou ordinárias, que destinam exclusivamente ao Presidente da República matérias específicas, tais como a fixação ou modificação do quadro efetivo das forças armadas, bem como as demais hipóteses declinadas no parágrafo primeiro do art. 61 da CRFB.⁹⁵

De qualquer forma, é certo que o Constituinte de 1988 dotou o Executivo de competência para “legislar” sem autorização prévia do Congresso, em casos de relevância e urgência, emitindo comandos normativos com força de lei desde a sua edição. Trata-se do instituto da medida provisória, que será, mais adiante, objeto de estudo específico.

⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 43.

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, op. cit. p. 337.

⁹⁵ Art. 61 da CRFB: A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

2. DESAFIOS DEMOCRÁTICOS DA PRODUÇÃO DE LEI EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

2.1 O Estado Fiscal e o dever fundamental de pagar impostos

Toda vez que se fala em igualdade fiscal, baseado no princípio da capacidade contributiva, mesmo nas constituições liberais (e esta ressalva se faz porque no liberalismo há a tendência de a igualdade ser meramente formal)⁹⁶, deve-se ter em conta o conceito material de igualdade. Numa constituição que tem na igualdade um princípio norteador, fundamental, não se pode admitir que todos contribuam igualmente, aliás, não se pode admitir sequer que todos contribuam, porque a capacidade contributiva requer que pague mais quem pode mais, e menos, quem pode menos, e nada, quem nada pode.⁹⁷

Existe, claramente, uma configuração constitucional do dever de se pagar tributos. Muito se fala em *direitos fundamentais*, mas nada a respeito de *deveres fundamentais*. Ora, se o produto da arrecadação vai se destinar à satisfação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, a omissão das obrigações tributárias, certamente, vai subtrair da sociedade a fruição daqueles direitos. Neste caso, o dever de cumprir as obrigações tributárias assume contorno evidente de *dever fundamental*⁹⁸, que, não cumprido, há de deixar à míngua os destinatários das políticas públicas e sociais. É dizer, subtrai-se, neste caso, a possibilidade da existência digna, em suas necessidades mais elementares.⁹⁹

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, op. cit. p. 50.

⁹⁷ Na Constituição da República o princípio da capacidade contributiva é encontrado no artigo 145, § 1º: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

⁹⁸ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 226.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, op. cit. p. 42.

Embora tenha se tornado trivial dizer que os Estados contemporâneos se tornaram *Estados Fiscais*, uma vez que o estado fiscal é aquele “cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos”,¹⁰⁰ a verdade é que a sistemática do Estado Moderno se incumbe de torna-lo, necessariamente, um estado financeiro, aquele “cujas necessidades materiais são cobertas através de meios de pagamento, ou seja, de dinheiro”.¹⁰¹

Este, arrecada, administra e aplica recursos financeiros com o fim de devolver os tributos para a sociedade, através de serviços públicos essenciais (esperar-se-ia, de qualidade, embora esta ressalva seja menos controversa nas sociedades de consumo ditas capitalistas, nas quais o viés liberal ainda tem forte assento, ao contrário daquelas onde a presença do Estado interventor seja permanente e indeclinável).¹⁰²

Embora a ideia de estado fiscal esteja, portanto, atrelado à concepção de estado moderno, como hoje se vê, em sua primeira forma (o estado absoluto do iluminismo) era de uma espécie “não-fiscal”, uma vez que o seu suporte financeiro provinha de seu patrimônio e da estrutura medieval que o precedeu, além de uma certa vocação comercial e industrial assumida por ele próprio.

Nos estados modernos pós-revolucionários, o modelo que se poderia supor “não-fiscal” seria aquele socialista, uma vez ser o Estado, ele próprio, detentor dos meios de produção, não tendo sua essência atrelada ao “pressuposto econômico”. Na elucidada lição de José Casalta Nabais:

Também os estados ‘socialistas’ são (quanto aos que ainda subsistem) estados não fiscais, pois que, enquanto ‘productive states’, a sua base financeira assenta essencialmente nos rendimentos da atividade econômica produtiva por eles

¹⁰⁰ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 191-192.

¹⁰¹ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 192.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, op. cit., p. 58-59.

monopolizada e homogeneizada, e não em impostos lançados sobre os seus cidadãos, impostos estes a que assim falta o próprio pressuposto econômico.¹⁰³

Percebe-se, na doutrina financeira, diferenciação entre esses estados (social e liberal), na medida em que esta oferece distinção ao classificar as receitas em originárias e derivadas¹⁰⁴. Receitas públicas é todo recurso financeiro, em dinheiro, que ingressa definitivamente nos cofres públicos a partir de uma atuação impositiva estatal. Será originária, quando se *originem* do próprio patrimônio estatal, tais como atividades comerciais ou industriais por ele desenvolvidas, aluguel de bens públicos, tarifas, multas contratuais etc. Hoje, tais receitas representam um percentual mínimo em relação ao total de ingressos, visto reconhecer-se que o estado não tem vocação empresarial nas sociedades capitalistas ou nos estados liberais.

Daí serem as denominadas receitas derivadas ou tributárias a principal fonte de recursos do Estado, que ingressam (derivam) a partir do patrimônio particular compulsoriamente entregue, em forma de tributos, por pessoas físicas e jurídicas¹⁰⁵. Orçamento, crédito público, despesa e receita seriam todos tópicos do direito financeiro, se esta última não se houvesse desgarrado do seu organograma original, tornando-se, no que pertine a essas receitas derivadas, ramo autônomo do direito público: o direito tributário¹⁰⁶.

Fato é que o estado capitalista é um estado liberal, e fiscal¹⁰⁷. É certo também que o estado social não pode se confundir de modo algum com o estado socialista, como bem elucida o professor José Luiz Quadros de Magalhães em suas brilhantes aulas sobre a modernidade¹⁰⁸. Da mesma forma, com margem considerável de erro confundem-se os termos

¹⁰³ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 193.

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de direito tributário e financeiro*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 81.

¹⁰⁵ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. Saraiva: São Paulo, 2014. p. 42.

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de direito tributário e financeiro...*, op. cit. p. 75.

¹⁰⁷ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 194.

¹⁰⁸ As aulas mencionadas, em vídeos sequenciais, abordam o tema da modernidade do início ao declínio, com críticas e historicismo também a respeito dos estados constitucionais, disponíveis em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/search/label/Videos>>.

socialismo e comunismo. Tanto assim, que Norberto Bobbio esclarece que “o Socialismo era um movimento de burgueses e o Comunismo um movimento da classe operária”¹⁰⁹, o que já seria suficiente para distanciar os conceitos, embora, sem dúvida, fundados em princípios semelhantes.

Finalmente, não se pode olvidar que mesmo aqueles estados tidos como socialistas, e que, portanto, seriam estados não fiscais, não podem mais reter dentro de seus próprios muros a dinâmica de suas economias, rendendo-se inexoravelmente à pujança de uma economia mundial e globalizada. Em nenhum deles o tributo é dispensado ou dispensável.¹¹⁰

2.2 Limitações Constitucionais ao poder de tributar

A partir da ideia de estado fiscal, pode-se deduzir que este estado se vale do poder de império para exigir as receitas derivadas. Antes mesmo de se cogitar a respeito do poder de tributar como um *jus imperii*, é necessário compreender o conceito de poder. Norberto Bobbio afirma que o poder “é uma relação entre dois sujeitos onde um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra a vontade, o comportamento”¹¹¹. Isso explica que as pessoas pagam tributos, não porque querem, mas porque a isso são compelidas. O professor José Casalta Nabais, até certo ponto pugnando a hipossuficiência dos sujeitos passivos, trata esta “coação”, ao contrário, como sendo “o dever fundamental de pagar impostos”.¹¹²

A partir da lição de Bobbio, pode-se deduzir que o poder, sendo intrínseco às organizações sociais, faz com que a vontade estatal

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. p. 1197.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, op. cit., p. 75.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. O significado clássico e moderno de política. In: *Curso de introdução à ciência política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, v.7, p. 12.

¹¹² NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. ed. Coimbra: Almedina, 2012. Esta referência é feita com o título do livro mencionado.

prevaleça sobre a vontade do particular, estabelecendo uma relação verticalizada entre o estado e o cidadão, este em subordinação àquele.

Tal subordinação deve estar legitimada a partir de uma ideia de justiça fiscal, fazendo com que a taxação esteja submetida ao princípio da capacidade contributiva, segundo o qual, os impostos que deveriam ter precedência seriam aqueles que realmente pudessem diferenciar e cobrar dos mais aquinhoados parcelas maiores de contribuição. Veja-se que o dispositivo da CRFB que consagra o princípio em comento fala em “conferir efetividade a esses objetivos”. Como antes afirmado, não se pode admitir que o discurso constitucional não tenha compromisso com a efetividade dos direitos assegurados pela própria constituição. Caso contrário, a letra do texto passa a ser um discurso positivado cuja análise denota da parte do emissor um total descomprometimento com a verdade¹¹³, ou, pelo menos, configura, mais uma vez citando Canotilho, uma *mera afirmação constitucional vaga*¹¹⁴.

Vale lembrar que os impostos, espécie do gênero tributos, representam a única espécie tributária que não dimana de contraprestação estatal específica favorável ao sujeito passivo, daí o seu caráter de *não-vinculação*¹¹⁵. Exatamente por tal razão, é o tributo ao qual mais se pode dar caráter pessoal, apto que estaria a mitigar injustiças tributárias. Como exemplo, diga-se que ao se instituir determinada taxa, não se tenha como diferenciar o rico do pobre. Assim, para tal tributo, não há como se aplicar o princípio da capacidade contributiva, diferentemente dos impostos.

¹¹³ A ideia de que o argumento pode não representar a convicção do emissor, ou de que o seu discurso visa tão somente ao seu próprio interesse é recorrente em Foucault. Dentre outras, está presente em sua obra: *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

¹¹⁴ A expressão “imposições constitucionais vagas” é explicada por Canotilho no Capítulo 2 do livro *Estudos sobre direitos fundamentais* (Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais), cujas ideias serviram de base argumentativa para o presente artigo. Neste caso, a expressão está inserida na proposta de posição jurídico-prestacional em que deve se encontrar o cidadão, num terceiro plano de evolução para a consolidação da efetividade dos direitos (metódico ou metodológico). Os outros dois planos são o político-constitucional e o jurídico-dogmático.

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de direito tributário e financeiro...*, op. cit. p. 243.

Antes de progredir com a análise de que, sob aspecto geral, a efetividade dos direitos deve ser buscada a qualquer preço, e sob o aspecto específico, o sistema tributário brasileiro, de há muito, caminha na contramão das garantias, o princípio da isonomia tributária, corolário da isonomia *latu sensu*, que está no artigo 5º, *caput* da Constituição, deve ser conjugado com o mencionado princípio da capacidade contributiva e está assim redigido no art. 150, inciso II, da Constituição:

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

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Análise, ainda que superficial, revela que as garantias tratadas nas limitações constitucionais ao poder de tributar não são exaustivas, e que elas existem para refrear a sanha arrecadatória do Estado. Assim, a desigualdade entre os iguais é mais do que princípio tributário, é princípio fundamental que deveria constituir verdadeira política constitucional de liberdade.¹¹⁶

Em análise um pouco mais acurada, vê-se que os “rendimentos, títulos ou direitos” fazem parte de uma redação constitucional voltada para os ricos. O pior é que justamente a renda e o patrimônio passam muito mais ao largo da tributação do que o consumo, ratificando um sistema tributário que, entre outros atributos, revela-se regressivo, discriminatório, amplificador da má distribuição de renda, desnecessariamente complexo e, por tudo isso, extremamente injusto.

¹¹⁶ Canotilho, no mesmo texto do livro citado na nota de rodapé n. 133, ao final do capítulo, propõe um confronto entre os direitos absolutos da constituição e as “políticas constitucionais de liberdade”, privilegiando estas últimas como a posição jurídica adequada para a garantia dos direitos fundamentais. A constituição deve, pois, ser vista como norma aberta, pronta para a proteção aplicável aos direitos que as transformações sociais vierem, a qualquer tempo, a reclamar.

O que não se pode olvidar, porém, é que a imposição estatal está legitimada por um bem maior, que é a consecução de políticas sociais que permitam a todos usufruir concretamente da administração governamental dos recursos em prol da própria comunidade. Daí é que, mesmo sendo um poder de império, está este sujeito a limitações constitucionais e convencionais, sendo estas oriundas dos tratados e convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário.

Por isso, a noção do poder político não pode ser simplificada à ideia de força. Norberto Bobbio, em sequência, confrontando o conceito de poder político do Estado e a possibilidade de este utilizar a força, assevera que:

(..) o fato de a possibilidade de se recorrer à força ser o elemento que distingue o poder político de outras formas de poder não quer dizer que o poder político se resolva através do uso da força. O uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político.¹¹⁷

Assim, a relação jurídico-tributária é exercida por um poder político. Mas deve ser reconhecida como um *poder-direito* e não por um *poder-força*. Por isso, o poder de tributar é, em si, um poder de direito, consentido pelos cidadãos. A parcela de força empregada neste mister está revestida de juridicidade, revelando-se plenamente institucional, longe, portanto, de um conceito meramente imperial.

Ruy Barbosa Nogueira ensina que, no estudo da soberania estatal, o estado está legitimado pela função precípua de prover as necessidades coletivas. É para isso que ele precisa estar revestido de *poder* para que os cidadãos concedam parcelas do seu patrimônio em favor de todos, participando de um encargo público. Nogueira assim se pronuncia:

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. O significado clássico e moderno de política. In: *Curso de introdução à ciência política...* op. cit., p. 14.

(..) o poder de tributar é, portanto, uma decorrência inevitável da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas de seu território, ao qual corresponde, por parte dos indivíduos, um dever de prestação(..).¹¹⁸

Ricardo Lobo Torres, socorrendo-se de teses contratualistas, diz que “a soberania financeira, que é do povo, transfere-se limitadamente ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar”.¹¹⁹

A Constituição da República de 1988 deixa claro que o poder de tributar está sujeito a certas limitações. De fato, não há neste caso um poder pelo poder, mas um poder que é legitimado para que a função social dos tributos atinja seu objetivo maior: a consecução de políticas públicas, devolvendo à sociedade, em forma dessas prestações sociais, os recursos por ela compulsoriamente emprestados¹²⁰. Tais empréstimos, aqui, não têm a conotação da espécie tributária prevista no artigo 148 da Constituição Federal, mas quer significar que os recursos tributários, embora compulsoriamente entregues, devem ser uma espécie de semente cujos frutos retornarão em forma de bens e serviços, constituindo, estes, um verdadeiro retorno social do tributo.

Assim, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”¹²¹, uma série de coisas, que são reconhecidas como limitações constitucionais ao poder de tributar, elencadas no artigo 150 do texto constitucional. Tratam-se dos princípios e imunidades tributárias que estão a vigiar os avanços do Estado sobre a sua prerrogativa de *poder* tributar.

O texto exprime que as garantias enumeradas não configuram um rol exaustivo, na medida em que apresenta a expressão “sem prejuízo de

¹¹⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário: estudo de casos e problemas*. São Paulo: Bushatsky, 1993, p. 140.

¹¹⁹ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de direito tributário e financeiro*. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 85.

¹²⁰ TORRES, Ricardo Lôbo. *Curso de direito tributário e financeiro...*, op. cit. p. 117.

¹²¹ *Caput* do artigo 150 da Constituição da República/1988, disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 13.out.2014.

outras”. Também é certo que tais garantias configuram prerrogativas “asseguradas ao contribuinte”, com contorno de garantias ou direitos fundamentais, funcionando como um verdadeiro código de defesa do contribuinte. Segundo o professor Sabbag, tais princípios assim se resumem:

(..) os artigos 150, 151 e 152 da Carta Magna hospedam variados comandos principiológicos, insculpidos à luz de pautas de valores pontualmente prestigiados pelo legislador constituinte. Aliás, como já se viu, servem esses princípios como verdadeiras garantias constitucionais do contribuinte contra a força tributária do Estado, assumindo a postura de nítidas limitações constitucionais ao poder de tributar (..). É bom salientar que tais balizamentos, no plano dos princípios tributários, não se resumem aos princípios encontrados na seção constitucional intitulada ‘Das Limitações do Poder de Tributar’. A Carta Magna, em toda a sua extensão, alberga normas que são tendentes a inibir o poder do Estado no campo da tributação (..).¹²²

As normas relativas às imunidades, bem como aquelas que vedam privilégios e discriminações fiscais corroboram as limitações mencionadas e servem de argumento em prol de que, sem dúvida, o poder de tributar deva ser visto como uma ferramenta de coação para que o Estado exerça sua função máxima de visar ao bem estar social, e não como demonstração de força imperial, coagindo por coagir. Roque Antônio Carraza, explicando o poder de tributar, faz distinção clara entre a competência tributária e o próprio poder de império que a legitimaria, assim se pronunciando:

De fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo. (..) Cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso país, poder tributário (manifestação do ‘ius imperium’ do Estado), mas competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico-constitucional). A competência tributária é determinada pelas normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior à de nível legal, que – estas, sim – preveem as concretas obrigações tributárias.¹²³

¹²² SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário...*, op. cit. p. 60.

¹²³ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 489.

Isso significa que o poder de tributar encontra limites na própria Constituição que o legitima. Dessa forma, como bem sustenta José Casalta Nabais, “o imposto não pode ser encarado nem como um mero ‘poder’ para o estado, nem como um mero ‘sacrifício’ para os cidadãos”¹²⁴. O tributo, na verdade, constitui-se como indispensável à organização da vida em comunidade.

Embora se possam enunciar os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar estatal a partir da positivação constitucional, não se deve olvidar que a visão principiológica do direito, que erigiram os princípios à condição de norma jurídica plena¹²⁵, encerram outros não enumerados, mas que merecem igual destaque, como, por exemplo, o da “não surpresa” (segurança jurídica) em matéria tributária, o da legitimidade tributária, o da proporcionalidade e o da razoabilidade.¹²⁶

Todavia, a limitação ao poder de tributar é mais expressiva naqueles princípios insculpidos no Sistema Tributário Nacional, a começar pelo princípio da capacidade contributiva, prevista no art. 145, § 1º, combinado com o da igualdade ou isonomia, previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal.

Assim como antes mencionado, os impostos seriam a espécie tributária capaz de suprir eventuais injustiças, na medida em que, por serem tributos não-vinculados¹²⁷, se prestam a aferir a capacidade econômica do contribuinte a partir da averiguação das atividades por ele desenvolvidas¹²⁸, imprimindo ao sistema tributário uma pretensão de progressividade, aptos a dar revestimento isonômico ao princípio da capacidade contributiva.¹²⁹

¹²⁴ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 679.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 80.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit., p. 81.

¹²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário...*, op. cit., p. 112.

¹²⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário...*, op. cit., p. 89.

¹²⁹ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário...*, op. cit., p. 154.

A par dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, podem ser mencionados outros, como limitações ao poder de tributar, tais como o princípio da anterioridade do exercício e o da anterioridade nonagesimal, o princípio da vedação ao confisco, da uniformidade geográfica, da não limitação ao tráfego de pessoas ou bens e o princípio da estrita legalidade tributária.

Quanto ao princípio da legalidade, trata-se de uma legalidade em sentido estrito¹³⁰, ou da lei em sentido formal¹³¹. A produção da lei em matéria tributária será objeto de abordagem no próximo tópico da pesquisa, entretanto, pode-se afirmar que, segundo a regra geral, os tributos só podem ser instituídos ou majorados através de lei. Embora haja exceções à regra declinada, como ocorre no caso de impostos regulatórios¹³² e do imposto extraordinário decorrente de guerra¹³³, quis o legislador constituinte oferecer guarida a possíveis excessos legislativos por parte do Executivo.¹³⁴

Tanto assim, que é vedada a edição de medidas provisórias em relação a matérias reservadas à lei complementar¹³⁵. Sabe-se, por exemplo, que caso haja novos impostos, com fato gerador e base de cálculo distintos daqueles já discriminados na Constituição, a competência para sua instituição será da União, que deverá fazê-lo através de lei complementar¹³⁶. Nesse caso, não há a possibilidade de se instituírem novos impostos por medida provisória, o que, desautoriza, ao menos em parte, a redação do parágrafo segundo do artigo 62 da Constituição.¹³⁷

¹³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário...*, op. cit., p. 34.

¹³¹ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245.

¹³² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 153, § 1º.

¹³³ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 62, § 2º.

¹³⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

¹³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 62, § 1º, inciso III.

¹³⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 154, inciso I.

¹³⁷ *In verbis*: “Medida provisória que implique em instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II, só produzirão efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

Isso ocorre porque o dispositivo prevê a instituição de impostos por medida provisória, fato que, na prática, somente pode ser admissível em caso de impostos extraordinários decorrentes de guerra, uma vez que, tanto em relação aos impostos sobre grandes fortunas, quanto em relação à competência residual da União para a instituição de impostos, a reserva de lei complementar impede o Executivo de instituí-los por medida provisória.¹³⁸

Não é demais ratificar que os princípios elencados no artigo 150 da Constituição são princípios explícitos, não excluindo outras garantias, ou mesmo outros princípios que, embora não relacionados no sistema tributário, ou em qualquer outra parte do texto constitucional, ainda que implícitos, deverão ser observados.¹³⁹

2.3 A produção de lei em matéria tributária

Desde a Carta Magna inglesa do Rei João Sem Terra, de 1215, havia previsão do princípio da legalidade em matéria tributária. Na época, a plebe, unida à nobreza, impôs ao príncipe João um estatuto que visava a inibir a atividade exatora excessiva do governo. Esforços foram reunidos contra o poder de tributar, objetivando o reconhecimento de que a taxaçoão deveria ter aprovação prévia dos súditos, episódio conhecido como “*no taxation withouth representation*”.¹⁴⁰

Nos dizeres do professor Sabbag “o intento marcou a história do constitucionalismo inglês”¹⁴¹, assim explicando:

Tal estatuto foi a primeira constituição inglesa, chamada *Magna Charta Libertatum*, exurgindo a partir do desejo popular de rechaçar a tributação tradutora de desapropriação e de cancelar a ideia de que a invasão patrimonial pressupõe o

¹³⁸ NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Direito Tributário: estudo de casos e problemas*, 1973, p. 150.

¹³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário... op. cit., p. 34.

¹⁴⁰ SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de Direito Tributário... op. cit., p. 64.

¹⁴¹ Idem. Ibidem.

consentimento popular. Nascia, assim, o ideal de que, na esteira da legalidade, corre tão somente o tributo consentido.¹⁴²

Posteriormente, no século XVIII, tanto no processo de independência dos Estados Unidos, como na própria Revolução Francesa, pode-se observar claramente o desejo de limitação do poder estatal de tributar, sujeitando-o ao consentimento popular. Rui Barbosa Nogueira, citando Dino Jarach, assevera que “foi por razões tributárias que nasceu o Estado moderno de Direito”¹⁴³, partindo do pressuposto de que aquelas revoluções setecentistas foram fruto da extorsiva atividade tributária estatal.

Segundo Hugo de Brito Machado, em todos os países que consagraram a repartição de poderes, incorporando-a ao Estado de Direito, o princípio da legalidade acabou por constituir “o mais importante limite dos governantes na atividade de tributação”.¹⁴⁴

É notória, portanto, a carga valorativa do princípio da legalidade tributária dentro do contexto democrático. Por isso mesmo o sistema tributário nacional perpassa pelo consentimento popular, na medida em que o poder legislativo, ao confeccionar as leis, faz com que o destinatário do tributo seja quem o financia, ou, segundo Pontes de Miranda, “o povo tributando a si mesmo”.¹⁴⁵ Isso não significa que em algum momento o Estado deixe de exercer o poder de império, unilateral e vertical, no exercício da prerrogativa da tributação. É de se destacar, a esse respeito, a lição do professor Sabbag:

É imperioso destacar que a tarefa de “instituir o tributo”, conquanto unilateral na forma não o é na essência. É que a instituição pressupõe o *consentimento popular* – consoante se asseverou em linhas anteriores –, uma vez que este ato, sendo reflexo, aponta que o destinatário do tributo está disposto a aceitar a invasão patrimonial privada em prol dos interesses

¹⁴² SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário...* op. cit., p. 64.

¹⁴³ NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Direito Tributário: estudo de casos e problemas...* op. cit., p. 150.

¹⁴⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário...* op. cit., p. 35.

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984. p. 91.

coletivos, pagando-se tão somente aquilo que consentir a quem o exigir.¹⁴⁶

Entretanto, há que se distinguir os diversos instrumentos normativos, conquanto só a lei em sentido formal pode ser objeto de instituição, extinção, majoração ou redução de tributos. Em outras palavras, tudo que envolva a obrigação tributária principal, direta ou indiretamente, inclusive no que diz respeito a fixação de alíquotas e bases de cálculo, só pode ser exigido mediante lei em seu sentido estrito.¹⁴⁷

É que a expressão “legislação tributária” engloba leis, decretos, tratados e convenções internacionais e normas complementares que versem sobre direito tributário e também sobre relações jurídicas que envolvem esta disciplina.¹⁴⁸

Assim, em matéria de produção de leis tributárias, deve-se entender a “lei” em seu sentido mais amplo, inclusive diferenciando-se a norma primária da norma secundária, como elucidado pelo ministro Luiz Fux, em voto proferido no Recurso Especial 460.986/PR:

Deveras, no campo tributário impõe-se distinguir a *lei* da *legislação tributária*, cuja acepção é mais ampla do que aquela. Consoante observar-se-á, no afã de explicitar os comandos legais, vale-se o legislador tributário não só da lei no sentido formal, mas também de outros atos materialmente legislativos, como os decretos, as circulares, portarias, etc., sem considerarmos, na atualidade, a profusão de *medidas provisórias*, retratos atualizados dos antigos decretos-lei. (..) Mister destacar que, por vezes, a própria lei não apresenta normatividade suficiente, reclamando regras outras que a explicitem. De toda sorte, o tributo em si com todos os seus elementos constitutivos vem definido na lei, cabendo à regra

¹⁴⁶ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário...* op. cit., p. 65.

¹⁴⁷ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 341.

¹⁴⁸ Código Tributário Nacional, art. 96.

secundária, e que por isso também é fonte de direito tributário, especificar detalhes que escaparam à norma primária. As normas complementares do direito tributário são de grande valia porquanto empreendem exegese uniforme a ser obedecida pelos agentes administrativos fiscais, são assim consideradas pelo art. 100 do Código Tributário Nacional. (..) Em consequência, as normas complementares assim consideradas constituem fonte do direito tributário porquanto integrantes da categoria “legislação tributária”. Nesse sentido dispõe o art. 96 do CTN.¹⁴⁹

O que se quer destacar é que a obrigação principal depende de lei, mas em casos (que deveriam ser excepcionais) de outros instrumentos legislativos serem autorizados a instituir ou majorar tributos, questiona-se sua legitimidade. Mesmo no caso da lei em sentido estrito, deve-se prestar permanente atenção na legitimidade não só formal, mas substancial da cobrança; em se tratando de outros mecanismos legais o rigor ante a violação democrática parece merecer maiores cuidados.

Os poderes do Estado, em particular o poder legislativo, devem estar comprometidos com as reformas estruturais, destacando-se, entre elas, a reforma tributária. Esta, embora propalada no Brasil há mais de duas décadas, jamais foi levada a sério¹⁵⁰, uma vez que a sistemática de tributação é assentada sobre a produção e o consumo, eivando o sistema de caráter regressivo e injusto.¹⁵¹

E é exatamente para que seja viável a reversão de tantas injustiças que o professor José Casalta Nabais propõe uma mudança de

¹⁴⁹ Recurso Especial 460.986/PR (1ª Turma), voto proferido pelo relator, ministro Luiz Fux, em 06 de março de 2003.

¹⁵⁰ Canotilho faz referência, na obra “Estudos sobre direitos fundamentais” Capítulo II, à expressão de Dworkin: “Se o governo não toma os direitos à sério, tampouco estará tomando com seriedade o direito”. *Los Derechos en serio*. Barcelona, 1984, p. 303.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário... op. cit., p. 65.

paradigma, ao atribuir o dever de pagar impostos como dimensão objetiva de “deveres fundamentais”.¹⁵²

De fato, se entendermos que é através dos tributos que a população menos aquinhoadada tem acesso a direitos fundamentais, podemos vislumbrar uma “obrigação cidadã” indeclinável e fundamental no dever de pagar tributos. Não só os mais carentes, mas qualquer cidadão, em qualquer tempo, poderá se encontrar em uma situação jurídico-prestacional¹⁵³ que dependa da intervenção imediata do estado.

A arrecadação não é um fim em si mesma. Em verdade, a finalidade dos tributos em geral, e especialmente dos impostos, não é fiscal, mas extrafiscal. Quer dizer que, embora a tributação vise à arrecadação para que haja recursos para a consecução de políticas públicas (e aqui reside o atributo fiscal), o que se pretende, na verdade, em qualquer sociedade democrática, é que haja justiça social e bem estar de todos que sustentam o estado através de seus tributos. A justiça e a igualdade (e vê-se que, alhures, já se discorreu acerca da igualdade formal e material), dependem de fatores como manutenção dos níveis de emprego e renda, investimentos, políticas monetária e fiscal, balança comercial e tantos outros conceitos sejam não só meramente econômicos e financeiros, como também sociais e políticos.¹⁵⁴

É que, o mais das vezes, a facilidade ou a possibilidade de se angariar recursos através da tributação, não resolve questões maiores que independem do produto da arrecadação. Há impostos de competência federal, denominados impostos regulatórios que podem ter suas alíquotas alteradas pelo poder executivo. Quando, por exemplo, reduz-se a alíquota do imposto sobre produtos industrializados (IPI), com o fito de incrementar a indústria

¹⁵² NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 96.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 182.

¹⁵⁴ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 227.

nacional e melhorar o nível de emprego¹⁵⁵, ou quando se observa o aumento do imposto sobre operações financeiras (IOF) sobre compras efetuadas no exterior¹⁵⁶, percebe-se que se está diante de hipóteses em que não se visa ao incremento de valores arrecadados.

Nesses casos, o que se quer não são os recursos advindos do tributo incidente na operação, mas sim, que não seja prestigiado o produto estrangeiro, bem como o nível de emprego ou o incremento da indústria de outros países. Em contrapartida necessária, o que se quer é a manutenção ou a melhoria dos níveis de emprego e renda nacionais, bem como o incremento e funcionamento do setor produtivo do país.

Quando o governo faz essas opções, atribui aos impostos um efeito extrafiscal, ou seja, que não visa a fiscalidade ou a arrecadação, mas valores outros que importam em última análise, na manutenção do bem estar e bom funcionamento das funções econômicas e sociais do país. Utiliza-se, pois, a fiscalidade para que seja atingido um fim extrafiscal. A rigor, se houver estabilidade nas relações sociais e acesso a serviços essenciais, o caráter fiscal da tributação dará, mais e mais, espaço à sua finalidade extrafiscal. Para Nabais, o fenômeno assim se explica:

(..) o imposto, para além (ou mesmo independentemente) da sua função fiscal, devia assumir uma função político-social dirigida à correcção da repartição dos rendimentos e do património resultante dos mecanismos de mercado operando em livre concorrência. Contestando a ideia dos clássicos de que essa repartição era necessariamente justa, devendo por isso mesmo ser deixada intocada pelos impostos, os

¹⁵⁵ Lei 12.546/2011, que converteu a medida provisória n. 540/2011 em lei. Entre outras providências, reduz o IPI das indústrias automotivas, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12546.htm>. Acesso em: 20. out. 2014.

¹⁵⁶ “Num esforço para evitar que os brasileiros que estão viajando para o exterior fiquem excessivamente endividados e ainda prejudiquem a indústria nacional comprando importados, o governo decidiu elevar a alíquota do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) para as compras com cartão de crédito fora do país. A presidente Dilma Rousseff assinou nesta sexta-feira, o decreto que passa o imposto dos atuais 2,38% para 6,38%. A presidente também autorizou a elevação do tributo sobre bebidas frias”. Notícia veiculada pelo jornal “O GLOBO”, em 25/03/2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/dilma-assina-decreto-que-aumenta-iof-de-compras-no-exterior-mp-que-corrigue-tabela-do-ir-2805936#ixzz3GgvbuflB>>. Acesso em: 20. out. 2014.

defensores do também designado 'socialismo catedrático' erigiram em finalidade do imposto os objectivos sociais (...).¹⁵⁷

Conclui-se, assim, pela estrita necessidade de se atribuir um fim social ao tributo como mecanismo de correção e legitimação da prerrogativa estatal em exercer poder de império sobre os cidadãos, e da responsabilidade e dever destes em pagar tributos para que estes fins possam ser atingidos.

A par da legitimidade para sua instituição e cobrança, devolvendo-se à sociedade aquilo que lhe é solicitado em forma de tributos, deve-se atentar para a legalidade de seus instrumentos (justamente para sua instituição e cobrança). É aí que se pretende afunilar o espectro das observações para chegar-se ao entendimento do que representam as medidas provisórias em matéria tributária, uma vez que tal instrumento normativo é previsto como hipótese possível para a instituição e a majoração de impostos.

Afinal, no caso de impostos regulatórios, o próprio poder executivo está autorizado ao ajuste de suas alíquotas, aumentando-os ou reduzindo-os, a fim de atingir a finalidade extrafiscal. Quando o faz, vale-se geralmente das medidas provisórias, razão pela qual haver-se-á de discorrer diligentemente sobre tal instituto.

¹⁵⁷ NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos...*, op. cit., p. 229.

3. A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

3.1 Origem das Medidas Provisórias: os *decreti-legge* do direito italiano e o decreto-lei do direito brasileiro

A medida provisória consta no processo legislativo brasileiro como ato normativo primário, isto é, com origem na própria Constituição¹⁵⁸. Neste caso, o Presidente da República ao desenvolver a competência a ele constitucionalmente atribuída, exerce a atividade normativa primária.

Segundo dizeres do Professor Joel de Menezes Niebuhr a Medida Provisória é “ato político, normativo, discricionário, excepcional, cautelar, precário e com força de lei”.¹⁵⁹

O instituto que precedeu a Medida Provisória em outras constituições brasileiras foi o Decreto-Lei. Entretanto, a Constituição outorgada de 1824, a primeira republicana de 1891, a getulista de 1934 e a que sucedeu imediatamente à segunda guerra de 1946, não traziam ao Chefe do Executivo competência semelhante. De outro bordo, a Constituição de 1967 e o Ato Institucional de 1969, bem como a Constituição polaca de 1937, traziam em seu bojo o instituto do Decreto-Lei.

Análise superficial já denota que o mencionado instrumento normativo era particularidade de constituições antidemocráticas, haja vista que tanto a de 1937 quanto a de 1967, dentre outras particularidades, foram coincidentes quanto à anulação da autonomia dos poderes legislativo e judiciário, cassaram a liberdade de imprensa, suprimiram prerrogativas

¹⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 49.

¹⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 88.

políticas, sustentaram eleições indiretas e autorizaram prisão e exílio para os opositores do governo¹⁶⁰.

O Estatuto Albertino, de 1848, juntamente com a Lei Fundamental de 1947, esta promulgada com o fim da Segunda Grande Guerra que, dentre outros feitos históricos, pôs fim ao regime fascista, foram as Constituições Italianas vigentes após a unificação de 1861, ocorrida em Turim, pelo rei de Piemonte, Vitor Emanuel II.¹⁶¹

No Estatuto, não havia instituto semelhante à medida provisória. Mas ainda sob sua égide, em situações de emergência, o Governo editava decretos com força de lei, para depois os submeter ao Parlamento. Isso ocorreu amiúde após os graves problemas econômicos e sociais decorrentes da Primeira Guerra Mundial, que reclamavam uma pronta resposta governamental, mitigando a resistência doutrinária a tais intervenções, à princípio, contrárias ao Estatuto Albertino. O contexto, entretanto, justificava o expediente, conforme ensina Pietro Virga, arguindo que a edição das medidas pelo Executivo era um “*negotiorum gestio del’esecutivo a favore del legislativo*”¹⁶², ou seja, uma espécie de favor, ou gestão, que o poder Executivo prestava ao Legislativo.

Nesta esteira, a lei número 100 de 1926, finalmente outorga ao Executivo o poder de editar o *decreti-legge*, em casos de extrema urgência. Adiante, outra lei, a de número 126 de 1939, reduziu ainda mais a sua abrangência, autorizando o governo a lançar mão do expediente apenas em caso de estado de guerra ou em outros casos de maior e extrema urgência, além de absolutamente necessários.

Com a promulgação da Lei Fundamental de 1947, embora tenha havido a manutenção do *decreti-leggi*, foi com rigor que se disciplinaram

¹⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 50.

¹⁶¹ BARILE, Paolo. *Corso di diritto costituzionale*. 2. ed. Padova: Cedam, 1964, p. 201.

¹⁶² VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 365.

os requisitos para sua adoção. Paolo Biscaretti Di Ruffia explica que isso se deveu ao fato de que os traumas do autoritarismo naquele passado recente tinham deixado a mensagem de que não se deveria mais adotar o instituto normativo de exclusividade do Executivo. Entretanto, chegou-se à conclusão de que situações extremadas e emergenciais poderiam ressuscitar os *decretos de urgência e necessidade* não autorizados. Isso faria com que a solução da não aceitação do Decreto Lei na nova Constituição tivesse efeito contrário ao desejado, optando-se, assim, por aceitá-lo com os rigores da cautela necessários. Di Ruffia assim se pronuncia a respeito:

(..) depois de algumas incertezas evidenciadas na Constituinte por oposição de vários de seus membros a qualquer referência ao instituto – acabou admitindo-a explicitamente, se bem que com muitas cautelas e limitações, em grande medida determinadas pela experiência (não muito agradável!) havida na Itália (...).¹⁶³

A fim de evitar que os decretos de necessidade e urgência não pudessem definitivamente refletir o caráter de autoritarismo, editou-se ainda na Itália a lei 400 de 23 de agosto de 1988, que segundo o Professor Clèmerson, “circunscreve alguns limites, tanto procedimentais, quanto substanciais”¹⁶⁴, para que o ato normativo seja emanado pelo Governo, determinando que, além de chamar-se decreto-lei (*decreti-legge*), deverá haver a indicação expressa, no preâmbulo do instrumento normativo das “circunstâncias extraordinárias de necessidade e urgência para sua adoção”¹⁶⁵. A citada lei exclui também, expressamente, qualquer possibilidade de veiculação de matérias que sejam afetas à atribuição legislativa ordinária, dentre outras limitações que preservem o aspecto democrático da norma jurídica.

Passamos a descrever as principais diferenças entre o instituto italiano do *decreti-legge* e a medida provisória, no Brasil. A maior delas diz respeito ao fato de que o órgão emissor seja distinto, embora em ambos os

¹⁶³ RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*. 10. ed. Napoli: Jovene, 1974. p. 494. Tradução livre.

¹⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 60.

¹⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 61.

casos seja ato normativo do Poder Executivo; no Brasil, como se sabe, é ato privativo do Presidente da República e, na Itália, compete ao Governo a expedição da norma. Explica-se a distinção porque naquele país, como o sistema é parlamentarista, a iniciativa pertence a um *Conselho de Ministros*, como explica Raul Machado Horta:

(..) a diferença que decorre da iniciativa marca a distância que separa o regime parlamentar do regime presidencial. Na Itália, os 'provvedimenti provvisori' dependem de iniciativa do Governo, isto é, do Conselho de Ministros, órgão colegiado de deliberação, e a iniciativa atrai, desde logo, a responsabilidade do Governo, conforme dispõe a Constituição. No Brasil, a iniciativa das medidas provisórias pertence, isoladamente, ao Presidente da República, juiz monocrático de sua relevância e urgência, no exercício de competência privativa (Constituição da República, art. 84, XXVI). A posição que ocupa o Presidente da República no regime presidencial aconselha que a análise e a aplicação das medidas provisórias reflitam as peculiaridades deste regime (...).¹⁶⁶

Diferem-se também os institutos, segundo o Professor Clèmerson, pelo fato de que, no Brasil, há expressa previsão constitucional das matérias vedadas à legislação de urgência, da definição dos pressupostos que habilitam a edição do instituto, da atuação do Congresso no que pertine à não conversão da medida provisória em lei e à caracterização do momento da apresentação da medida ao Legislativo para efeito da conversão, assuntos que, na Itália, não têm comando na Lei Fundamental.¹⁶⁷

Necessário também registrar semelhanças e diferenças entre a atual Medida Provisória e o antigo Decreto-Lei. Inicialmente, diga-se que os pressupostos autorizadores não são exatamente idênticos: enquanto a medida provisória reclama os pressupostos de relevância e urgência aparecendo simultaneamente, o decreto-lei falava em urgência ou interesse público relevante. Vagueando na subjetividade, na prática, não era necessário nem tanta urgência assim, nem alta relevância de um interesse público

¹⁶⁶ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 580.

¹⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 56.

(questionável), favorecendo seu caráter autocrático. De outro lado, o decreto-lei não estava autorizado a aumentar a despesa pública por seu intermédio, restrição estranhamente não presente quanto às medidas provisórias. Nesse particular este último instituto não se apresenta mais democrático, embora tenha emergido sob a égide da nova democracia republicana.

Ambos os institutos tinham ou têm eficácia temporal de sessenta dias, ressalve-se, porém, que as medidas provisórias podem ter este prazo prorrogado por igual período (hoje, uma única vez), ou suspenso em tempos de recesso parlamentar. O decreto-lei permanecia surtindo efeitos enquanto não houvesse apreciação do Legislativo, muito semelhante ao que ocorria com as medidas provisórias até a Emenda Constitucional número 32 de 2001, até porque, se não convertidas em lei no prazo definido na Constituição, as medidas provisórias perdem a sua eficácia desde a sua edição (efeitos '*extunc*'), enquanto o decreto-lei, após o prazo constitucional de sessenta dias, se não houvesse manifestação do Congresso Nacional, eram tidos por aprovados.

Independente de semelhanças e diferenças apontadas, é fato que a influência italiana ditou as principais características da nossa medida provisória, por isso afirma Clèmerson Clève que “isso não impede o aproveitamento da rica experiência jurídica daquele país. Ao contrário, o acesso à doutrina e jurisprudência italianas é inevitável”.¹⁶⁸

¹⁶⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 56.

3.2 Natureza jurídica da Medida Provisória

Marco Aurélio Greco assevera que a medida provisória não é lei, embora tenha força de lei, assegurando que o instituto tem natureza semelhante à de decreto, por ser ato emanado do Executivo, aduz que não se vislumbra competência legislativa no ato por várias razões, assim declinadas:

(..) quanto à sua natureza, não difere de um decreto, igualmente um ato oriundo do Poder Executivo. A competência em que ele se apoia não é legislativa em sentido técnico. Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação dos Poderes, confundiria suas funções e não explicaria o desfazimento integral da medida provisória caso não convertida em 30 dias. A isto se acrescenta que, nos termos do art. 62, a medida provisória é 'convertida' em lei. Logo em si mesma não é lei, pois não se converte o que já é. Note-se, ademais, à título meramente ilustrativo, que as medidas provisórias vêm sendo publicadas no Diário Oficial com 'Atos do Poder Executivo' e não como 'Atos do Poder Legislativo', o que, embora não seja decisivo para uma análise jurídica, é indicativo da maneira pela qual é concebida.¹⁶⁹

Para Sérgio de Andréa Ferreira a medida provisória é um ato político praticado pelo Executivo. Não seria nem jurisdicional, nem legal. É mais do que um ato administrativo, por se tratar de um ato político, e, embora o artigo 62 da Constituição lhe conceda força de lei, não é lei de fato, porque, do contrário, não seria necessário a Constituição conferir esta eficácia ao ato.¹⁷⁰

Para Saulo Ramos, o Constituinte conferiu à medida provisória a possibilidade de antecipar os efeitos da lei em um projeto de lei, ao que denominou de *projeto de lei com força cautelar*¹⁷¹, que seria, segundo ele:

(..) um meio jurídico idôneo de impedir, de um lado, na esfera das atividades normativas estatais, a consumação do

¹⁶⁹ GRECO, Marco Aurélio. *Medias Provisórias*. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 9

¹⁷⁰ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medida provisória: natureza jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993, p. 154.

¹⁷¹ RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In: *A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Conjunto de palestras proferidas no Fórum Jurídico – Aspectos Polêmicos da Nova Ordem Constitucional – realizado em Minas Gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 530.

‘periculum in mora’ e, de outro, tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado.¹⁷²

Para o professor Clèmerson, esta “ação cautelar legislativa do Presidente da República poderá ser efetivada”¹⁷³, mas desde que, evidentemente, esteja ressaltada a presença de seus pressupostos autorizadores, que, segundo ele, poderia mesmo não ser afetado pela apreciação do Poder Judiciário; assim, a medida provisória, “submetendo-se ao juízo político e discricionário do Presidente, restam infensos à apreciação judicial, embora sujeitos à apreciação ‘a posteriori’ do Legislativo”.¹⁷⁴

Já para Eros Roberto Grau, a medida provisória tem, sim, natureza de lei, segundo ele “as medidas provisórias são leis dotadas de vigência provisória imediata”¹⁷⁵, mesmo pensamento de José Afonso da Silva, para quem “as medidas provisórias são ‘medidas de lei’ (têm força de lei) sujeitas a uma condição resolutiva, ou seja, sujeitas a perder sua qualificação legal no prazo de 120 dias”.¹⁷⁶

Para o professor Clèmerson Clève, a medida provisória não pode ficar ao alvedrio do Presidente da República, como um objeto de manipulação para gerir a legislação como lhe melhor lhe convier. O autor reputa como inadmissível transformar o instituto em uma gestão de negócios (*negotiorum gestio*) da política, ou, ainda, como um recurso imediatista para atender a certos fatos. Repudia também a ideia de ser um projeto de lei com seus efeitos antecipados, nem, tampouco, um mero ato administrativo, que não poderia ostentar força de lei, assim se posicionando:

¹⁷² RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In: *A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Conjunto de palestras proferidas no Fórum Jurídico – Aspectos Polêmicos da Nova Ordem Constitucional – realizado em Minas Gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 531.

¹⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 67.

¹⁷⁴ Idem. Ibidem.

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, n. 658, p. 241, ago. 1990.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 533.

Aceitar a medida provisória como ‘negotiorum gestio’ significa fugir do esquema jurídico proposto pelo Constituinte. Isso para não falar da impropriedade da utilização de conceitos próprios de um tronco da ciência do direito para explicar institutos de outro. Também não se pode admitir substanciem as medidas provisórias, como pretende Esposito, meras providências de fato, embora com força de lei, determinadas pela urgência e necessidade. As medidas provisórias integram, afinal, o sistema de fontes formais do Direito (antes de fato, consistem em ato legislativo). Não constituem, por outro lado, mera iniciativa (projeto) de lei com força de lei – sim, porque a deflagração do processo legislativo traduz consequência da adoção da medida (não se identificando com ela mesma) – nem podem constituir ato administrativo com força de lei. Os administrativos, mesmo os normativos, no Direito brasileiro, são, em geral, atos subordinados, incidentes sobre o universo de execução da lei, não ostentando força de lei.¹⁷⁷

Como se vê, a doutrina se divide quanto à natureza jurídica das medidas provisórias. Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona de modo intermediário, não negando seus contornos de lei, e, ao mesmo tempo, demonstrando sua falta de identidade com a lei. Para ele, há cinco diferenças bem marcantes: a primeira diferença entre a lei e a medida provisória está no fato de que esta é uma forma excepcional de regular certos assuntos, enquanto as leis são a via normal para disciplinar os assuntos de que trata; a segunda reside na efemeridade das medidas provisórias, enquanto as leis, normalmente, vigem por tempo indeterminado, e, mesmo quando temporárias, têm seu prazo fixado por elas mesmas; a terceira, diz respeito ao fato de que a precariedade da medida provisória, enquanto não apreciada, é uma característica que a acompanha, não garantindo assim a permanência de seus efeitos jurídicos, e a lei, ao contrário, permanece até que o próprio órgão que a emanou resolva alterá-la ou revoga-la; a quarta diferença diz respeito ao fato de que a medida provisória não convertida em lei perde a eficácia desde a sua edição, já a lei, se revogada, tem seus efeitos cessados daí para frente (“*ex nunc*”); a quinta e última diferença apontada por Bandeira de Mello reside no fato de que os pressupostos de relevância e urgência estão ausentes na lei,

¹⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 69.

assim, tudo que a lei estabelecer passa a ser relevante, abstraindo-se, neste caso, do requisito da urgência.¹⁷⁸

Fato é que o direito constitucional admite, dentro de limites previa e rigidamente estabelecidos, que a função legislativa possa ser exercida pelo Poder Executivo, como se não mais fosse a lei uma exclusividade do Poder Legislativo. Essa concepção é admitida no atual contexto jurídico-constitucional. Seabra Fagundes adverte que, dentro de uma perspectiva genérica, será lei todo ato que seja expedido por órgãos aos quais a Constituição conferir função legislativa, desde que exercido no uso da competência outorgada pela Constituição.¹⁷⁹

De mais a mais, todas as espécies normativas elencadas no artigo 59 da Constituição (exceto as emendas constitucionais), se referem a atos legislativos, ou lei em sentido genérico, dispondo, inclusive, de força de lei. O professor Clèmerson explica que assim ocorre por força do princípio da tipicidade dos atos normativos primários:

No campo do direito interno (..), apenas as emanções normativas em forma de lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução (de uma das Casas ou do próprio Congresso), podem, originariamente, inovar a ordem jurídica (princípio da tipicidade dos atos normativos primários: leis ou atos legislativos). Estes atos ostentam qualidade de lei.¹⁸⁰

Ainda que, sob este olhar ampliativo, a medida provisória possa ser considerada lei, jamais o será em sentido formal, o professor Clèmerson assim explica:

Se é certo que as espécies normativas primárias elencadas no art. 59 da Constituição Federal substanciam ato legislativo (e,

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 130-131.

¹⁷⁹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 19-20.

¹⁸⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 73.

portanto, lei), não é menos certo que, como antes afirmado e, conforme está assentado na doutrina, apenas a lei complementar e a lei ordinária constituem lei formal. Trata-se de estabelecer, em virtude de convenção firmada pelo senso comum teórico dos juristas, a distinção entre lei (ato legislativo) – gênero – e lei formal (ato legislativo) – espécie.¹⁸¹

A análise até aqui empreendida denota que a questão de se determinar a natureza jurídica da medida provisória é tarefa árdua. Se por um lado é certo não se tratar de lei (ao menos em sentido formal), de outro, não se trata de mera usurpação da função legislativa pelo Presidente da República. O que parece ser necessário é analisar se o indigitado instrumento normativo está sendo editado a partir da manifestação de uma competência atribuída pelo texto constitucional, ou se o chefe do Executivo não está se valendo do instrumento de forma excessivamente flexível a usurpar de fato a função democrática própria do Legislativo.

3.3 Pressupostos formais e materiais para a edição da Medida Provisória

Embora se tratando de instrumento de exceção, houve quem sustentasse, após a promulgação da Constituição de 1988, que as medidas provisórias poderiam tratar de qualquer matéria, diferentemente da anterior, que restringia as matérias a serem tratadas pelos decretos-leis. Caio Tácito, por exemplo, lecionou que, embora sendo mais restrita em relação ao alcance e permanência de seus efeitos jurídicos, uma vez que dependem de aprovação pelo Legislativo, as medidas provisórias teriam amplo espectro no que diz respeito aos assuntos a serem por elas veiculados, assim se pronunciando:

Se a nova Constituição é mais restrita no tocante à eficácia das medidas provisórias, de outra parte, concede ao Presidente da República, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência, latitude irrestrita para edição de ato emergencial, com força de lei. Abandona-se a qualificação específica da

¹⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 75.

Constituição de 1967. Não há mais limites, em razão da matéria, à iniciativa presidencial, a ser exercida em qualquer das áreas de competência legislativa da União.¹⁸²

Para o autor, tão irrestrita seria a prerrogativa presidencial, que nem mesmo o freio constitucional que impede a veiculação de medidas provisórias em matérias reservadas à lei complementar faria sentido, deixando-se o crivo para a análise do Legislativo e a eventual lei (complementar ou ordinária) que a aprovaria:

Não há como tratar diversamente a validade da medida provisória quando a matéria versada deve ser objeto de lei ordinária, ou de lei complementar. A nosso ver, caberá tão somente, na última hipótese, que a conversão em lei ou a rejeição da medida provisória obedeçam, na decisão plenária, à qualificação de quórum prevista no art. 69 da CF, ou seja, deliberação por maioria absoluta.¹⁸³

Em que pese opiniões em contrário, não se poderia admitir tamanha irrestrição. Tanto é que a EC 32/2001 procurou delimitar as matérias a serem veiculadas pelo âmbito de incidência das medidas provisórias. Ocorria, até então, que não havia uma limitação clara dos assuntos a serem tratados pelo indigitado instrumento normativo. Segundo o professor Clèmerson, a omissão constitucional contribuiu para os excessos do poder executivo no exercício da atividade legislativa:

É verdade, porém, que a omissão constitucional quanto às hipóteses de (não)cabimento de medida provisória contribuiu para o abuso na utilização desse instrumento normativo. Atendendo em parte ao clamor da sociedade, o Congresso Nacional promulgou a EC 32, de 11 de setembro de 2001. O poder constituinte reformador alterou profundamente o regime jurídico das medidas provisórias, inclusive estabelecendo expressamente certos limites materiais à edição da legislação de urgência (art. 62, §1º, CF).¹⁸⁴

¹⁸² TÁCITO, Caio. *Medida provisória em matéria tributária: uma análise à luz dos marcos condicionantes da hermenêutica jurídica*. Florianópolis: Momento atual, 2005. p. 52.

¹⁸³ TÁCITO, Caio. *Medida provisória...*, op. cit., p. 54

¹⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 104.

Assim, após a referida emenda constitucional, temos que os assuntos a serem tratados através de medidas provisórias têm natureza jurídica residual, posto que a constituição enumera os assuntos que não podem ser por elas veiculados. A saber: matéria relativa à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do poder judiciário e do ministério público, bem como à carreira e garantia de seus membros; planos plurianuais de governo, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (salvo nos casos de guerra, comoção interna ou calamidade pública); matéria que vise à detenção ou sequestro de bens, poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; matéria reservada à lei complementar; matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e que ainda esteja pendente de sanção ou veto pelo Presidente da República.¹⁸⁵

Portanto, a fixação de um rol expresso de assuntos que não podem ser objeto de medida provisória conferiu mais estabilidade ao instituto, embora, em termos doutrinários e jurisprudenciais, a emenda tenha vindo ao encontro daquilo que já fora por eles estabelecidos, conforme assevera Humberto Ávila:

Os limites materiais para a edição de medidas provisórias, instituídos pela emenda constitucional, não diferem muito dos anteriormente existentes. A emenda constitucional incluiu no texto constitucional aqueles limites que já haviam sido encontrados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina.¹⁸⁶

Somam-se às vedações do parágrafo primeiro do artigo 62 da Constituição, aquelas insusceptíveis de delegação legislativa, especialmente no que se refere aos atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 68. É que as leis delegadas

¹⁸⁵ Todos os assuntos enumerados neste parágrafo foram extraídos da Constituição Federal, art. 62, § 1º, com a redação dada pela EC 32 de 11 de setembro de 2001.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 128.

elaboradas pelo Presidente da República, ainda que a delegação seja por ele solicitada ao Congresso Nacional, também representam atividade normativa do poder executivo. Não faria sentido a Constituição vedar assuntos a serem veiculados por medida provisória, autorizando-os, paradoxalmente, que pudessem ser objeto de delegação. Essa lógica é assim explicada por Ives Gandra:

(..) aquilo que excluído está no art. 68, está excluído, também, no art. 62. As mesmas matérias que não podem ser objeto de delegação de competência legislativa para disciplinamento por meio de um veículo incomensuravelmente mais idôneo, que é a lei delegada, não podem, também, ser objeto de Medida Provisória, de tal maneira que restam restringidos os casos de urgência e relevância às matérias que não aquelas do art. 68.¹⁸⁷

Além disso, é evidente a vedação de medida provisória para alterar a Constituição, uma vez que a sua alteração depende de manifestação do poder constituinte derivado. A medida provisória é um instrumento legislativo primário, e não superprimário, estando, portanto, subordinado hierarquicamente à constituição, sendo-lhe vedado avançar sobre competência própria do Constituinte.¹⁸⁸

Também há assuntos que não poderão ser veiculados por medida provisória porque o próprio poder constituinte derivado optou por limitá-los, como explica o professor Clèmerson:

As cláusulas pétreas, designadamente o núcleo substantivo contemplado, em especial, no art. 60, § 4º, da Lei Fundamental – forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos Poderes e direitos e garantias individuais-, não integram sequer o campo deixado à liberdade de configuração normativa do legislador constitucional. Não

¹⁸⁷ MARTINS, Ives Gandra. O Novo Regime Constitucional das Medidas Provisórias. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 266.

¹⁸⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional ...*, op. cit., p. 110.

estão, por isso, à disposição da ação normativa do Presidente da República.¹⁸⁹

Finalmente, há de se considerar que as medidas provisórias que tenham sido rejeitadas ou perdido a sua eficácia por decurso de prazo não poderão ser objeto de nova medida provisória na mesma sessão legislativa, eis que proibida a sua reedição. Este é o teor do parágrafo 10 do artigo 62 da Constituição. O professor Clèmerson vai além, e assevera ainda que, embora o texto não impeça a edição de uma medida com o mesmo teor de outra rejeitada em sessão legislativa anterior, isso só seria viável em caso de haver fato novo relevante e urgente, não anteriormente apreciado, que justificasse a reedição em outra sessão legislativa, e assim explica:

(..) entende-se ser possível apenas na superveniência de circunstâncias novas revestidas de relevância e urgência que justifiquem a edição da medida. Interpretação contrária faria tábula rasa do entendimento congressual acerca da inexistência dos pressupostos habilitantes da MP.¹⁹⁰

A EC32/2001, assim, trouxe inegáveis avanços em relação à limitação da atividade normativa do poder executivo através de medidas provisórias. Não obstante, parece ter ficado aquém das expectativas. Isso porque, ao proibir que determinadas matérias fossem veiculadas por medida provisória, permitiria, a princípio, residualmente, que todos os outros assuntos pudessem ser objeto de tratamento através do instituto. Não é esta, porém, a melhor via interpretativa. Ao contrário, em consonância com uma interpretação sistemática da Constituição, continuam a existir limites materiais implícitos à edição das medidas provisórias. Marcelo Figueiredo assim se pronuncia a respeito da celeuma:

Se, por um lado, a previsão de limites materiais expressos para a edição de medidas provisórias mostra-se necessária, parece que a emenda foi tímida ao não estabelecer mais claramente outras vedações que decorrem do sistema constitucional. Em outras palavras, entendemos que a vedação constante no § 1º

¹⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 105.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 116.

do art. 62 não exclui outras decorrentes do sistema constitucional.¹⁹¹

Dessa forma, fica descaracterizada a intenção de se dar à medida provisória uma possibilidade ampliativa, no que diz respeito aos assuntos por ela veiculados, concluindo-se por não se possibilitar sua edição em relação a todos os demais casos não relacionados no § 1º do art. 62 da Constituição, restringindo-se, por conseguinte, a competência residual quanto à matéria a ser por ele veiculada.

A atuação normativa excepcional do Presidente da República por medidas provisórias exige que, para sua edição, estejam presentes pressupostos formais e materiais. Com relação aos primeiros, além de ser ato privativo do Presidente da República, deve ser submetida, de imediato, ao Congresso Nacional. Quanto aos pressupostos materiais ou circunstanciais, estes dizem respeito aos requisitos cumulativos de relevância e urgência.^{192,193}

A presente análise procura discernir de maneira mais específica os pressupostos materiais, que devem estar sujeitos ao controle judicial. Em outras palavras, o Poder Judiciário pode ser instado a verificar se realmente a medida provisória era urgente, bem como se o assunto por ela veiculado era relevante. Evidentemente, tratam-se de critérios subjetivos, vez que algo pode ser urgente e relevante segundo a ótica de um observador e não o ser sob o olhar de outrem. Juliana Nobre Correia assim se pronuncia a esse respeito:

Diante do princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o qual deve ser considerado como garantia de direitos subjetivos, deve existir pleno controle por parte do

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Reflexões a respeito da medida provisória na Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (Coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 401.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário...*, op. cit., p. 78.

¹⁹³ José Afonso da Silva (*Processo constitucional de formação de leis...*, p. 333-334), ao revés, considera a relevância e a urgência como requisitos formais, acrescentando que os requisitos materiais dizem respeito às matérias que podem ser veiculadas pelas medidas provisórias.

Poder Judiciário quanto aos pressupostos de edição das Medidas Provisórias, inclusive, para o equilíbrio das funções do Estado.¹⁹⁴

Isso nos leva a reconhecer que não há uma discricionariedade absoluta por parte do Presidente da República para editar as medidas provisórias. De um lado, pelo fato de que há limite dos assuntos que podem ser veiculados, como discorrido neste item da pesquisa, de outro, porque se entendermos o modo de atuar do Chefe do Executivo ao exercer a função normativa como fundado em um conceito jurídico indeterminado, saberemos diferenciá-lo de um ato discricionário.

Segundo Marçal Justen Filho a discricionariedade é a “atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”¹⁹⁵. Já os conceitos jurídicos indeterminados não têm uma determinação prévia, mas imediata, a ser invocada diante da urgência que se revela para a busca da solução jurídica iminente. A avaliação do Presidente da República deve ser de tomar ou não tomar a decisão específica a ser veiculada pela medida de urgência: ou sim, ou não; ou é, ou não é, não admitindo uma terceira via. Os conceitos jurídicos indeterminados são assim descritos por Eros Roberto Grau:

Os conceitos indeterminados compreendem conceitos de experiência ou de valor – não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação. Tais conceitos (...) só permitem uma unidade de solução em cada caso. Assim, quando se fala em boa-fé, v.g., o conceito se dá o não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé: *tertium non datur* (lei do terceiro excluído).¹⁹⁶

Janine Malta Massuda também afirma que a escolha da medida provisória como instrumento legislativo não envolve exatamente a discricionariedade. Ou seja, não está nas mãos do Presidente da República o

¹⁹⁴ CORREIA, Juliana Nobre. Pressupostos das medidas provisórias. In: SOUZA, Carlos Aurélio (Coord.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 41.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

¹⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, 1990, p. 42.

poder de escolha entre as diversas situações que se apresentariam como viáveis. Na verdade, há a obrigatoriedade de escolher, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência. A autora assim diferencia a discricionariedade e o conceito indeterminado utilizado nas medidas provisórias:

A edição de medidas provisórias não envolve apreciação discricionária, no sentido de que o Poder Executivo pode editá-las, em qualquer situação, ou pode escolher se a utiliza, ou não. A relevância e a urgência, diante do sistema e dos fatos, perdem parte de sua indeterminação, vinculando o Poder Executivo a editá-las, presente a situação de fato que lhe serve de pressuposto. Haverá situações, é certo, que a análise de relevância e urgência, em função da fluidez dessas expressões, não permitirá verificar, objetivamente, uma só solução para a situação que visa a regular. Nesse caso, e somente nele, haverá discricionariedade.¹⁹⁷

Assim é que o Presidente da República, ao editar a medida provisória, não deve escolher dentre vários caminhos qual deva seguir, mas, ao contrário, diante do caso concreto, decidir que aquela medida específica é indicada para socorrer aquele caso relevante imediatamente. Ou não.

Como o chefe do Executivo precisará, pois, dimensionar a presença dos pressupostos, necessário se faz precisar, o mais possível, os conceitos de relevância e urgência, retirando-lhes o excesso de subjetividade, para aproximar à edição da medida provisória o caráter da materialidade exigida pela Constituição.

O primeiro pressuposto material, o da urgência, é mais apto à precisão conceitual do que o segundo, o da relevância. Isto porque, segundo Carmem Lúcia, a urgência “qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência”¹⁹⁸. Assim é que o perigo de dano justifica a urgência,

¹⁹⁷ MASSUDA, Janine Malta. Medidas provisórias: os fenômenos na reedição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 56.

¹⁹⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 44-69.

“relaciona-se com a inevitabilidade do provimento”¹⁹⁹, como explica Clèmerson Clève, assegurando que essa inevitabilidade “deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários”²⁰⁰. A urgência denota, pois, a alta probabilidade de manifestação do evento danoso, caso não se tomem providências imediatas.

Quanto à relevância, como dissemos, trata-se de um conceito mais fluido. A começar, não se trata de uma “simples relevância”. Todo assunto legislativo tem seu grau de importância ou relevância. É necessário que seja algo excepcional, de tal maneira que as circunstâncias, por si só, revelem uma qualificação especial ou extraordinária.²⁰¹

Parece-nos razoável a solução de que não se possa admitir que o julgamento dos requisitos comportem satisfação ou interesses que não sejam aqueles em favor da sociedade. Esta é a razão pela qual tanto a urgência quanto a relevância devem “vincular-se unicamente à realização de um interesse público”²⁰². Se assim não for, caberá de fato ao Judiciário delimitar o alcance das expressões relevância e urgência.²⁰³

Não se pode olvidar, outrossim, que o Parlamento está autorizado a fazer um “juízo prévio” dos “pressupostos constitucionais” das medidas provisórias (art. 62, § 4º). O controle legislativo das medidas provisórias será investigado a seguir.

¹⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 93.

²⁰⁰ Idem. Ibidem.

²⁰¹ GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 24.

²⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 89.

²⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 87.

3.4 Controle judicial e legislativo das Medidas Provisórias

Quem poderia, senão o Poder Judiciário, avaliar se o Presidente da República, ao editar a medida de urgência, estava diante de uma situação realmente excepcional e inadiável? Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.753-2), o pleno da Corte, entendeu, à unanimidade, que a medida provisória 1.557-6/97, que tratou de normas processuais, não estava revestida dos pressupostos de relevância e urgência que justificassem a atividade normativa excepcional do Poder Executivo.²⁰⁴

A questão é, em que medida, poderá haver essa intervenção? Clèmerson Clève afirma que “o juiz não deve, se e quando provocado, deixar de pronunciar-se sobre a satisfação dos pressupostos habilitantes da medida provisória”²⁰⁵. De outro lado, em relação aos limites do controle constitucional por parte do STF, o ministro Cezar Peluzo, ao votar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 11-MC, julgamento em 28.03.2007), citando várias ADI, menciona que o controle poderia ocorrer apenas de forma excepcional, assim se pronunciando:

(..) conforme entendimento consolidado na Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra de separação de poderes.²⁰⁶

O Controle Judicial das medidas provisórias, como menciona o Professor Clèmerson, podem se dar de três formas: primeiramente, em relação aos pressupostos para sua edição; depois, quanto à matéria, isto é, se o caso pode ser veiculado através do provimento provisório; afinal, se ela é compatível

²⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit., p. 87.

²⁰⁵ Ibidem. p. 87-88.

²⁰⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC 11-MC, trecho do voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 28-03-2007.

com os princípios e normas constitucionais, configurando, do ponto de vista substantivo, o controle de constitucionalidade propriamente dito.²⁰⁷

Assevera Clèmerson que o Poder Judiciário vem cumprindo bem o controle constitucional propriamente dito, terceira hipótese acima elencada. Igual sorte, porém, não assiste aos dois primeiros tipos de controle mencionados. Quanto ao segundo, inserimos no item 3.2 desta pesquisa às matérias que podem ser objeto de veiculação através de medidas provisórias, sendo lícito ao Judiciário o controle concentrado da hipótese. Antes, porém, da EC 32/2001, segundo o autor, o controle parece ter sido feito de maneira excessivamente cômoda:

(..) antes da EC 32/2001, a doutrina procurava delimitar, de modo geral, o âmbito material de incidência de medidas provisórias. No entanto, o esforço não sensibilizou o STF. Nesse campo, os julgadores preferiam, ao que tudo indica, a segurança da interpretação literal ao eventual risco de uma lógica hermenêutica mais sofisticada. É indubitável que a exagerada cautela no tratamento das questões constitucionais contribuiu, e muito, para o recorrente abuso do Executivo no desempenho da função legiferante.²⁰⁸

A consequência de um controle menos efetivo é, sem dúvida, o abuso da atividade normativa por parte do Poder Executivo. Carlos Eduardo Nepomuceno Cabral revela números impressionantes. Para se ter uma noção do uso excessivo de medidas provisórias, de 06 de outubro de 1988 até 11 de setembro de 2001 (data da EC 32/2001), entre edições e reedições houve o total de 6.102 (seis mil cento e duas) medidas provisórias, sendo 5.513 (cinco mil quinhentas e treze) reedições a partir de 616 (seiscentas e dezesseis) edições originais. As leis ordinárias do mesmo período não chegam à metade das medidas provisórias editadas ou reeditadas, o que denota, mesmo sem se

²⁰⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 215.

²⁰⁸ Ibidem, p. 215-216.

adentrar ao conteúdo dos instrumentos normativos, que o Executivo, ao que parece, esteve legislando mais do que o Legislativo.²⁰⁹

Quanto ao controle dos pressupostos de relevância e urgência, a aparente timidez do Judiciário em exercer o controle tem origens. Não só anteriormente à EC 32/2001, mas ainda sob a égide da Constituição de 1967, a Suprema Corte Federal se pronunciou sobre o tema no sentido de que “os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário”²¹⁰. Na prática, hoje o STF admite este controle, mas de forma excepcional, em face da natureza política do juízo de relevância e urgência, imiscuindo-se na questão apenas na hipótese do poder de legislar²¹¹. É que “a urgência ou o interesse público, ao invés de ampliar o poder do Presidente da República, aí funciona como uma condição restritiva”²¹². Não obstante, o STF, já na década de 1990, apresenta decisões fundadas ainda no antigo entendimento, como na ADI 1.667/1997:

Contrariamente ao sustentado na inicial não cabe ao poder judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória.²¹³

De tudo, depreende-se que o STF admite que as medidas provisórias não estão imunes ao controle jurisdicional, não só na própria edição do provimento de urgência, mas também na lei oriunda da medida. Entretanto, o controle deve se restringir à verificação de abuso, posicionamento este influenciado pelo Poder Judiciário na Itália, onde se encontra a origem do instituto, como explica o professor Clèmerson:

²⁰⁹ CABRAL, Carlos Eduardo Nepomuceno. *Processo Legislativo Heterodoxo: a multiplicação de temas em medidas provisórias*. Dissertação de mestrado. Brasília, Distrito Federal, Brasil: Universidade de Brasília, 2013.

²¹⁰ Recurso Extraordinário. RE 62731-GB, rel. Min Aliomar Baleeiro, julgamento em 23.08.1967.

²¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 219-220.

²¹² Recurso Extraordinário. RE 62731-GB, rel. Min Aliomar Baleeiro, trecho do voto do Min. Evandro Lins. Julgamento em 23.08.1967.

²¹³ ADI 1.667, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 21.11.1997.

A Corte Constitucional italiana sinalizou a possibilidade de ampliar o controle dos pressupostos do *decreti-legge* para além dos estreitos limites do território do “excesso de poder legislativo”, de forma a estendê-lo ao momento da conversão em lei, tornando possível que a própria lei de conversão seja declarada inconstitucional por ausência dos pressupostos de necessidade e urgência (...).²¹⁴

Assim, a valoração da legitimidade do conteúdo e obediência aos ditames constitucionais que pressupõem a medida provisória, deve ser encarada pelo Judiciário como exercício típico desse Poder. O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial é expressamente previsto na Constituição. Se, em qualquer grau, a atividade do poder público ensejar violação ou abuso de direito, lá estará, em matéria constitucional, o STF para poder intervir. Clèmerson afirma que mesmo “a definição de eventual questão como política não deve ser suficiente para imuniza-la do contraste judicial”²¹⁵.

Já em relação à participação do Legislativo no controle do instrumento normativo ora estudado, é certo que este pode se valer do poder de emenda ao texto das medidas provisórias ainda não convertidas em lei, situação expressamente vedada pela Constituição revogada em relação ao decreto-lei. Também em relação ao instituto predecessor da medida provisória, não havia previsão de *modulação de efeitos*²¹⁶ decorrentes da sua não conversão em lei, ao passo que o Congresso Nacional deve regular, por decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes da não conversão da medida provisória em lei no prazo previsto.

Ainda, em relação aos reflexos da Emenda Constitucional número 32/2001 sobre o princípio da legalidade tributária, exercido de forma excepcional pelo poder Executivo através da edição de medidas provisórias, pode-se destacar que, após intensos debates e trâmite no Congresso Nacional, sob o Projeto de Emenda Constitucional número 472, houve alteração

²¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 223-224.

²¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 231-232.

²¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, op. cit. p. 410.

significativa do artigo 62 da Constituição, tendo sido alterada a redação de seu parágrafo segundo e acrescentado ao dispositivo outros tantos parágrafos.

Através da indigitada emenda, o prazo de validade da Medida Provisória (MP) passou a ser de sessenta dias, com a possibilidade de ser prorrogado uma única vez por igual período, conforme parágrafo 7º do dispositivo alterado. Em não havendo conversão em lei dentro do prazo, conforme acima mencionado, a MP perderá a eficácia desde a sua edição. Neste caso, conforme parágrafo 3º do mesmo artigo, os efeitos produzidos pelo ato normativo entre a sua edição e a sua perda de eficácia (ou mesmo sua rejeição), será disciplinado por decreto legislativo emanado do Congresso Nacional. Aliás, está vedada a reedição, na mesma seção legislativa, de MP tida como rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Na hipótese de não edição do decreto legislativo no prazo de sessenta dias contados a partir da rejeição ou perda de eficácia da MP, as relações jurídicas decorrentes dos atos praticados sob sua vigência, “conservar-se-ão por ela regidas” (art. 62, § 11, CF).

Ao lermos a atual redação do parágrafo 4º do artigo 62 da Constituição, verificamos que a EC 32/2001 determinou que o prazo de eficácia das medidas provisórias deve ficar suspenso durante o recesso parlamentar. Antes, se estivesse em recesso, havia a previsão de se convocar o Congresso Nacional para sua apreciação. Caso a medida provisória seja editada durante este período de recesso, o prazo de sessenta dias terá início no primeiro dia da sessão legislativa subsequente.

Outra interessante inovação está nos parágrafos 5º e 8º do mesmo dispositivo, dando conta de que a análise não se dará mais em sessão conjunta; ao contrário, cada Casa do Congresso apreciará separadamente a medida, iniciando-se a votação na Câmara dos Deputados.

A EC 32/2001 passou a exigir o exame prévio das medidas provisórias pela Comissão Mista do Congresso Nacional. Ensina Juliana Freitas ser de fundamental importância a avaliação por esta Comissão da legitimidade do instrumento legislativo:

O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apresentação das medidas provisórias.²¹⁷

Clèmerson Clève assevera ser inconstitucional a mera tentativa de dispensa da comissão, dado à sua importância²¹⁸. É que antes da EC 32/2001, havia dúvida quanto à competência para a conversão da medida provisória em lei: se seria de competência exclusiva do Pleno das duas Casas, ou se, antes, uma comissão do Congresso teria competência para estabelecer um juízo quanto à constitucionalidade ou outros aspectos que pudessem impedir a votação em plenário. Saulo Ramos, refutando esta última hipótese, se pronunciou nos seguintes termos:

(..) questões prejudiciais referentes à constitucionalidade, ou não, da medida provisória, poderão até influir e condicionar a decisão plenária. Jamais legitimarão, no entanto, a ocorrência de incidentes procedimentais que impeçam a regular instauração do processo de conversão ou, então, operem sua anômala extinção, sem possibilidade de apreciação do ato pelo plenário do Congresso Nacional.²¹⁹

De fato, não é razoável imaginar que uma Mesa do Congresso venha a impedir o processamento da medida provisória. A redação do parágrafo 9º do artigo 62, acrescentado pela EC 32/2001, determina o exame prévio por uma comissão que irá “emitir parecer, antes de ser apreciada”²²⁰ por

²¹⁷ VALLE, Juliana Carla Freitas do. *Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK, 2004, p. 54.

²¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 178.

²¹⁹ RAMOS, Saulo. Medida Provisória. In: *A nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, p. 540.

²²⁰ Artigo 62, § 9º da Constituição Federal (parágrafo acrescentado pela EC 32/2001): “Caberá a 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”.

cada uma das Casas do Congresso Nacional, deixando claro sua importância, mas, ao mesmo tempo, limitado claramente o alcance daquela comissão. O professor Clèmerson lembra que, como a exigência da comissão é da própria Constituição, caso não haja esse exame prévio, a medida provisória estará eivada de inconstitucionalidade formal:

Cumpra lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nestes termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.²²¹

Nessa esteira, o controle parlamentar assume os vieses político e jurídico. Político, em virtude da atividade inerente ao Parlamento; jurídico, na medida em que haverá a formulação de um parecer no qual a verificação dos pressupostos de admissibilidade de edição das medidas provisórias estarão ou não presentes.²²²

Outra face do controle parlamentar das medidas provisórias diz respeito à possibilidade de sua reedição. De fato, antes da EC 32/2001 havia a possibilidade de um número indefinido e repetitivo de reedições, bastando para isso que o Congresso Nacional não apreciasse a medida no prazo constitucional (que era de 30 dias), situação na qual o instrumento normativo era passível de reedição pelo Presidente da República. Não obstante, parte da doutrina condenava a prorrogação, ao argumento de que a omissão legislativa haveria de implicar em negativa tácita de prorrogação, por tal ato substanciar rejeição ao conteúdo da medida (embora, o mais das vezes, sequer apreciada)²²³; posição esta refutada à época pelo Supremo Tribunal Federal, que entendia ser vedada a reedição apenas em hipótese de expressa rejeição pelo Congresso.²²⁴

²²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 179.

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias...*, op. cit. p. 184.

²²³ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 292.

²²⁴ ADI-MC 2984-DF. Rel. Min. Ellen Grace, julgada em 04.09.2003, DJ 14.05.04.

Fato é que a EC 32/2001 vedou expressamente a possibilidade de reedição, na mesma seção legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo.

Embora haja outros aspectos que possam ser objeto de apreciação e atuação legislativa, tais como o procedimento de conversão em lei, ao veto e ao poder de emenda, como o objeto da presente pesquisa visa a perquirir a atuação normativa do Poder Executivo, não se fará o aprofundamento destas questões, embora ratifique-se a importância da intervenção parlamentar a fim de se evitar o uso indevido das medidas provisórias.

Caminhou-se até aqui, para revelar-se que as medidas provisórias não podem ser instrumento banal nas mãos do Chefe do Executivo. Ver-se-á, em continuidade, as nuances e possibilidades de sua edição em matéria tributária.

3.4 Medidas Provisórias em matéria tributária

Uma vez declinados as principais características das medidas provisórias, não haverá necessidade de voltar-se a discorrer sobre os pressupostos da edição do instituto em seus aspectos formais e materiais. Nem caberia mais, por tal razão, retornar à discussão do controle legislativo ou judicial dos atos do Executivo. Tampouco pretende-se debruçar novamente sobre a natureza jurídica do provimento de urgência. Tudo isso mereceu, a seu turno, as críticas e reflexões doutrinárias que trouxeram a pesquisa até aqui.

Em relação, especificamente, à questão tributária do instituto, assim dispõe o art. 62 da Constituição, e seu parágrafo 2º:

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.

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

Ocorre que, ao discorrer-se sobre a legitimidade democrática do instituto, encontramos espaço para refletir a necessidade de evitarem-se os excessos legislativos do Poder Executivo, não só na multiplicação de temas a serem veiculados por medida provisória, mas, fundamentalmente, no perigo de haver atividade legiferante exacerbada, quando, para tal, há um poder próprio.²²⁵ Na seara tributária escancaram-se os perigos desses excessos, como a seguir mencionado.

Ao se deparar com a redação do parágrafo segundo do artigo 62 da Constituição Federal, verifica-se que esta autoriza a edição de medidas provisórias para “instituição ou majoração de impostos”. Pois bem, quer o dispositivo dizer o quê? MP poderá instituir ou majorar uma única espécie tributária, os impostos, ficando vedada automaticamente a MP que vise a instituição ou majoração de outras espécies tributárias?²²⁶ Ou, ao contrário, não haveria freios à instituição ou majoração das demais espécies tributárias, sendo a restrição veiculada pelo dispositivo aplicável tão somente aos impostos? Nesse caso, o princípio da legalidade estrita restaria violado?

O artigo 153 da CRFB, em seu parágrafo primeiro, autoriza o Poder Executivo a alterar as alíquotas do Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre produtos industrializados (IPI) e Imposto sobre operações financeiras (IOF). Tratam-se de exceções expressas ao princípio da legalidade. De fato, suas reduções ou majorações podem ser

²²⁵ CABRAL, Carlos Eduardo Nepomuceno. *Processo legislativo heterodoxo: a multiplicação de temas em medidas provisórias*. Dissertação de Mestrado, Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

²²⁶ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597.

veiculadas através de medidas provisórias. Em relação a esses impostos, que guardam a característica da extrafiscalidade, a atividade legislativa do Executivo é justificada pela necessidade de respostas rápidas à proteção da indústria e do emprego nacionais, ou até mesmo de questões financeiras ligadas à moeda e ao câmbio, que podem respingar em questões relacionadas à soberania.²²⁷ Observamos, entretanto, que a instituição destes (II, IE, IPI e IOF) não está em pauta, vez que já existe lei que os instituiu, restringindo-se, a exceção, ao seu aumento ou redução.

A outra exceção contida no parágrafo segundo do art. 62 diz respeito aos impostos extraordinários decorrentes de guerra (IEG). Aqui haveria de ser realmente instituição (e não majoração). Parece-nos, todavia, que tais impostos não são impostos. Explica-se: embora possuam o nome, não guardam a característica típica dos impostos, que é a sua não-vinculação.²²⁸ Observe-se que os impostos extraordinários decorrentes de guerra, de competência da União, devem ser suprimidos gradativamente, cessadas as causas da sua criação, nos exatos termos do art. 154, inciso II da Constituição. O legislador constituinte sugere que a exação existe para fazer face aos custos da guerra externa, ou sua iminência, fulminando com isso a característica da não-vinculação própria dos impostos.²²⁹ Ademais, sabe-se que a nomenclatura dada ao tributo não tem o condão de definir sua natureza jurídica, já que esta é definida pelo fato gerador da respectiva obrigação.²³⁰ É a razão pela qual um tributo chamado de “imposto” pode não ser um imposto. Parece ser exatamente este o caso dos denominados impostos extraordinários de guerra.

Se plausível a tese, ou seja, se medida provisória não pode instituir II, IE, IPI e IOF (somente aumenta-los ou reduzi-los). E, ainda, se o IEG, não é imposto, a redação do parágrafo segundo do artigo 62 da

²²⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. p. 89.

²²⁸ Código Tributário Nacional (CTN), art. 16: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

²²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva. p. 36.

²³⁰ CTN, art. 4º, inciso I: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualifica-la: I – A denominação e demais características formais adotadas pela lei (..)”

Constituição precisa ser revista: não haveria exceção para a possibilidade de a MP instituir imposto (e não tributo), com possibilidade de vigência imediata e força de lei. Mas não é só.

O STF admite a instituição de tributo por medida provisória.²³¹ Assim, o Presidente da República está, *a priori*, autorizado a lançar mão desse instrumento normativo para instituir ou majorar não só impostos, mas tributos em geral.

Tudo que se relatou nessa pesquisa relativamente ao perigo dos excessos da função legiferante pelo Executivo parece tomar contornos mais amplos na seara tributária. O dispositivo constitucional que o autoriza (art. 62, § 2º), reza que a MP que vier a instituir ou majorar impostos (o STF não lê “impostos”, e sim “tributos”, tomando o gênero pela espécie²³²), salvo as exceções (II, IE, IPI, IOF e IEG), somente terão eficácia no exercício seguinte à sua edição, se for convertida em lei no mesmo exercício em que foi editada.

Vale dizer, regra geral, e assim a Constituição determina, a MP instituidora do gravame não tem força de lei e não tem vigência imediata. Podemos acrescentar que, se em alguns casos podem esperar quase dois anos para entrar em vigor (não mais a MP, e sim a lei decorrente da conversão), não merecem o atributo da relevância e, muito menos, o da urgência.

É de se refletir: se não são relevantes ou urgentes, se não têm força de lei, se não têm vigência imediata, como admitir utilizar-se de um instrumento normativo excepcional, pelo poder republicano que não é apto normalmente a legislar, para, mesmo assim, exercer a função normativa?

²³¹ SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário...*, op. cit. p. 597.

²³² Idem. Ibidem.

A atividade normativa do Poder Executivo percorreu um itinerário longo. A partir dos Estados Constitucionais, a separação dos poderes e o sentido de lei requereram atenção permanente sobre a legitimidade democrática da atividade normativa.

A atividade normativa do Executivo é excepcional. A medida provisória é medida de exceção, porém, na redação do parágrafo segundo do art. 62 há uma previsão de exceção da exceção. Só as medidas provisórias que instituem ou majoram II, IE, IPI, IOF ou IEG poderão ter força de lei e vigência imediata. A regra do dispositivo, a contrariar o próprio instituto, é que as MP que instituem ou majoram impostos não tenham força de lei e nem vigência imediata.

Entretanto, nosso sistema tributário constitucional confere ao Executivo uma espécie de carta branca, banal, para legislar em matéria tributária, mesmo que o provimento provisório, excepcional, devesse sempre estar revestido dos pressupostos de relevância e urgência, devesse sempre ter força de lei, precisasse da imediata vigência para justificar a excepcionalidade de sua vocação normativa, apesar de tudo, aí está a medida provisória autorizada a legislar sobre matéria tributária.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Tendo como marco a Revolução Francesa, emergidos os Estados Constitucionais, a lei passou a ser configurada dentro de limites estabelecidos nas próprias constituições, não mais sendo cabível a concepção absolutista de poder. A lógica da separação das funções (ou de poderes) ganhou um espaço próprio nos textos constitucionais e o poder legislativo recebeu a função precípua da atividade normativa.

De fato, por ser a atividade normativa do Poder Executivo função atípica das prerrogativas a ele estabelecidas, quando, ainda assim, lhe é conferido o poder de legislar, alguns aspectos permeadores desta atividade merecem atenção, em função de alguns fatores. O principal deles é a possível ameaça à democracia participativa, uma vez que pode haver usurpação do poder que emana do povo e é por ele exercida, no que diz respeito às funções normativas, através do Poder Legislativo.

Não há dúvida de que o Estado necessita de arrecadação, como também não há dúvida de que esta necessidade deva ser coordenada com a democracia. A legitimidade exsurge na medida em que o produto da arrecadação não só retorne à sociedade através da promoção de políticas públicas e sociais adequadas, como, fundamentalmente, a utilização dos mecanismos para obtenção dos recursos se valha de princípios democráticos consagrados em um estado de direito constitucional.

A pesquisa afunila seu espectro, merecendo destaque no derradeiro item que precede a síntese, para a análise das medidas provisórias em matéria tributária, na qual se pode concluir que, se de algum modo é preocupante o abuso do uso das medidas provisórias, parece fazer quase nenhum sentido a sua utilização em matéria tributária, dentre outras razões,

pela afronta mais específica ao princípio da legalidade estrita, bem como quanto ao total desvirtuamento do instituto que, neste caso, regra geral, não terá força de lei ou vigência imediata, comprometendo seriamente a manutenção dos pressupostos de relevância e urgência.

Isso fica claramente delineado porque a medida provisória é um instrumento de exceção, e o dispositivo constitucional que admite o provimento de urgência em matéria tributária traz exceções (II, IE, IPI, IOF e IEG). Ou seja, exceções da exceção. Isso significa que só estes impostos mencionados é que teriam vocação de medida provisória, a saber, força de lei e vigência imediata devido ao seu caráter de relevância e urgência.

O parágrafo segundo do art. 62 da CRFB, tornou regra que a medida provisória que institui ou majora impostos só terá eficácia no exercício seguinte à sua conversão em lei, ignorando os pressupostos de relevância e urgência e permitindo ao Executivo usurpar a prerrogativa do Legislativo de instituir ou majorar tributos.

Por essa razão a pesquisa procurou criticar o uso das medidas provisórias em matéria tributária em confronto com as características do próprio instituto, e pelo fato de o tributo emanar de lei (e não, *a priori*, de medidas provisórias ou qualquer outro ato normativo do Executivo). Chamou-se atenção para a complacência da Constituição, no tema específico, em confronto com a própria Constituição, como um todo. O objetivo, aqui, foi de chamar atenção em até quais limites pode realmente o Poder Executivo exercer atividade normativa, sem ser por isso muito “incomodado”, como se a atividade legislativa lhe fosse própria.

Procurou-se, dessa forma, explicar a atividade normativa do Poder Executivo nos Estados Constitucionais pós revolucionários, inicialmente em suas fases liberal e social, até a busca do equilíbrio após a segunda

Grande Guerra, mencionando-se uma tendência histórica de avanço do poder executivo sobre a atividade legislativa.

Assim, conclui-se que realmente há um enorme desafio democrático no que diz respeito ao controle no exercício da atividade normativa por parte do Poder Executivo. No caso das medidas provisórias, onde este mister é exercido de forma mais contundente, a democracia precisa estar de vigília, através do exercício pleno da separação de funções, ou de poderes, constitucionalmente estabelecidos. Sua utilização em matéria tributária, traz uma dimensão ainda mais ampla do perigo, na medida em que, induzindo ao atropelamento do princípio da legalidade, ao que parece, afronta de maneira mais ousada as balizas que limitam (ou deveriam limitar) o Executivo no exercício da atividade normativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. São Paulo: Método, 2012.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Saraiva.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BARILE, Paolo. *Corso de diritto costituzionale*. 2.ed. Padova: Cedam, 1964.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção teórica e prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1982.
- _____, *Diritto costituzionale: istituzioni di diritto pubblico*. 10.ed. Napoli: Jovene, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.
- _____. *Qual democracia?* Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- _____. *Dicionário de Política*. Tradução: Carmem Varrialle, Gaetano Lô Mônaco, João Ferreira e Luiz Guerreiro Pinto Cascais. 6.ed. Brasília: UNB, 1994.
- _____, O significado clássico e moderno de política, *In: Curso de introdução à ciência política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BORDEAUX, Georges. *Manuel de droit constitutionnel*. 30.ed. Paris: LGD, 2007.
- BRASIL, Receita Federal do. *Dados relativos à carga tributária*. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudosTributarios/estatisticas>. Acesso em: 23.ago.2013.

CABRAL, Carlos Eduardo Nepomuceno. *Processo legislativo heterodoxo: a multiplicação de temas em medidas provisórias*. Dissertação de Mestrado, Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. Por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, Raimond. *Contribution a la Théorie Générale de l'État*. TII. Paris: Sirey, 1922.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16.ed. São Paulo: Saraiva.

CARVALHO NETTO, Menelick de & SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1973.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as delegações legislativas*. Rio de Janeiro. Forense, 1986.

CHARVET, Dominique. Crise da justiça, crise da lei, crise do Estado? *O Estado em Crise*, dir. Poulantzas, Nicos. Trad. por Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

CLARK, Giovani. Medidas Provisórias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: [s.n]. a 29. n.113 jan/mar.1992. p. 153-170.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÓDIGO Tributário Nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 10.out. 2014

CONSTITUIÇÃO da República 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21.jul.2014.

CONSTITUIÇÃO da República 1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14.mar.2014.

CORREIA, Juliana Nobre. Pressupostos das medidas provisórias. In: SOUZA, Carlos Aurélio (coord.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. *Poder, política, ideologia e Estado Contemporâneo*. São Paulo: Juruá, 2002.

DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos da Medida Provisória*. Recife: Editora Ciências Jurídicas, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Medida provisória: natureza jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 1, 1993.

FIGUEIREDO, Fran. *As Medidas Provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [s.n].a .28. n .110. Abr/jun.1991. p. 137-152.

FIGUEIREDO, MONACO e MAGALHÃES (coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. Reflexões a respeito da medida provisória na Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Medida Provisória: limites lógicos de sua atuação – impossibilidade de convalidação de atos pretéritos*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Editora Renovar. N.6. set/dez. 1996. P. 83-97.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos da Economia Política*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: RT, 1990.

_____, *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

_____, *Poder discricionário*. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 93, 1990.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo: RT, 1991.

GUERRA, Luis Lopez et al. *Derecho constitucional*. 3.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HORTA, Raul Machado. *Medidas Provisórias*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: [sn]. a .27. n .107. jul/set, 1990 p.5-18.

_____, *Direito Constitucional*. 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JAQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. *O Uso Abusivo de Medidas Provisórias no Âmbito do Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo: jurid vellevich. a .22. Vol.164. mai/jun. 1998, p. 81-13.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Vídeo-aulas sobre o Estado Moderno*. Blog do professor, disponível em: <www.joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com>. Acesso em: 14.mar. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Novo Regime Constitucional das Medidas Provisórias*. In: ROCHA, Carmem Lúcia (coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Forum, 2004..

MASSUDA, Janine Malta. *Medidas provisórias: os fenômenos na reedição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. a .87. V.758. dez. 1998, p.11-15.

_____, *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO FILHO, José Celso de. *As Medidas Provisórias no Sistema Constitucional Brasileiro*. Revista Jurídica de Osasco. São Paulo: [s.n]. Vol. I. julho, 1994. P.7-19.

_____. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: [s.n].n.33. jun,1990. P. 203-225.

MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Lois*. Paris: Gallimard, 1970.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. *Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n. 3, p. 119-136, set. / dez. 2007.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Tributário: estudo de casos e problemas*. São Paulo: Bushatsky, 1993.

O GLOBO, Jornal. Matéria, *Disponível em*: <<http://oglobo.com/economia/dilma-assina-decreto-que-aumenta-iof-de-compras-no-exterior-mp-que-corrige-tabela-do-ir-2805936#ixzz3GgvbuflB>>. Acesso em: 20.out.2014.

OLIVEIRA, Rúbia Nazari. *Do Estado Moderno ao Estado Constitucional – Algumas Considerações*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 20.abr.2014>.

PASOLD, Cesar Luiz. *Concepção para um Estado Contemporâneo: síntese de uma proposta*. In CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

_____. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2.ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. T.III. 2.ed. São Paulo: RT, 1979.

RAMOS, Saulo. *Medida Provisória*. In: *A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos – Aspectos Polêmicos da Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação dos poderes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Medidas Provisórias e Suas Necessárias Limitações*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. a .82.V.690. abr, 1993, p. 313-319.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Artigo, texto obtido em: <http://editoraforum.com.br/sist./conteúdo/list_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56996>. Acesso em 23.out.2013.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SINDIFISCO/MG – Sindicato dos auditores fiscais do Estado de Minas Gerais. *V CONEFISCO – Congresso Estadual do Fisco Mineiro*. Sistemática de tributação. Disponível em: <www.sindifiscomg.com.br/vconefisco/resenha.html>. Acesso em: 24.ago.2014.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica*. Coimbra: Atântida, 1969.

SOUZA, João Henrique Bressan de. *A atividade legislativa do poder executivo: uma realidade inevitável nas modernas democracias*. Artigo: Revista da FARN, Natal, n. 1/2, p. 75-92, jul. 2004 / dez. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. _____ . *Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. As Medidas Provisórias e o Mandado de Injunção. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. a 1. out/dez, 1992. P. 79-88.

TÁCITO, Caio. *As Medidas Provisórias na Constituição de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro:[s.n]. Vol. 176. abr/jun, 1989. P. 1-8.

_____, *Medida Provisória em Matéria Tributária: uma análise à luz dos marcos condicionantes da hermenêutica jurídica*. Florianópolis: Momento Atual, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALLE, Juliana Carla Freitas do. *Medidas provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK, 2004.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Cstituzionale Comparato*. 7.ed. Padova: Cedam, 2007.

VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. 6.ed. Milano: Giuffrè, 1967.