

MEDIDAS PROVISÓRIAS

*Matheus Rocha Avelar,
Procurador Federal e professor
de Direito Constitucional.*

SÚMARIO: 1 Introdução; 2 Divisão dos Poderes; 3 Histórico; 4 Conceito e características; 5 Requisitos; 6 Apreciação pelo Congresso Nacional; 7 Efeitos; 8 A EC 32/2001; 9 Reedição; 10 Medidas Provisórias em matéria tributária; 11 Conclusão; 12 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de uma análise – primária e despreziosa – do instituto Medida Provisória. Percebe-se claramente a insegurança jurídica que acompanha o sem-número de normas desse tipo nos últimos anos. As Medidas Provisórias – principalmente aquelas referentes à tributos ou aplicação de verbas públicas – são editadas (e eram inúmeras vezes reeditadas) ao talante do chefe do Poder Executivo Federal sob o tão prostrado e não menos falível argumento de que são em grande parte necessárias à manutenção da estabilidade monetária adquirida desde a implantação do Real, que, diga-se de passagem, surgiu também na roupagem de uma Medida Provisória (posteriormente convolada na Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994).

Muitas delas fazem tábula rasa das garantias individuais e dos princípios fundamentais que – a duras penas para o povo brasileiro – erigiram-se para o nível constitucional. Muitas vezes as Medidas Provisórias surgem com o fito de acomodar relações jurídicas que, nem por suposição, beiram a relevância ou reclamam urgência. Situações tais, não há como negar, levam o selo da imoralidade.

Por outro lado, é inegável a morosidade do parlamento no desempenho de sua função primordial, a de legislar. Há muito as Comissões Parlamentares de Inquérito têm não só tirado o sono de congressistas como também minguado ainda mais o tempo que antes se lhes servia para debate e aprovação de leis. Preocupados com questões eleitoreiras, os parlamentares permitem que projetos de lei da mais alta importância escarnejem ante sua indiferença para com tudo o mais que não o voto do desprezado eleitor.

No entanto, a disposição de um instituto que permita o Executivo “legislar” em situações excepcionais é necessária e, por isso, esteve prevista em algumas Constituições brasileiras e também nas de outros países democráticos.

Antigamente (1937) surgiu sob a denominação de “decreto-lei”; hoje, sob o rótulo de “Medida Provisória”, cada qual com matizes próprios.

Ambos os institutos, se usados com moderação e nas exatas cercanias traçadas pela Lei Maior, não só possibilitam a melhor governabilidade do país como realçam o caráter relativo da

tripartição das funções do Estado sem, contudo, desdenhar da tão melindrada - e por isso frágil - democracia. Aliás, muito pelo contrário, só a obsequiando.

Entretanto, se empregados sem desvelo e proficiência, sem escrúpulo ou cautela, arruinam ainda mais o princípio democrático, vetor da sociedade contemporânea e supremo ideal de convivência entre os homens. Transformam o seu executor em déspota e solapam a esperança do povo, que é o verdadeiro titular do Poder. Desacreditam as instituições jurídicas mais elementares e, com efeito, sufocam o primado da segurança das relações sociais.

2 DIVISÃO DOS PODERES

Sabe-se que o Poder constituinte é a manifestação da vontade soberana de um povo socialmente organizado em determinado território. O Poder é uno e indivisível. Nada obstante, reza o artigo 2º da atual Carta Constitucional serem independentes e harmônicos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dando uma falsa idéia da existência de vários poderes, sendo que na verdade o que há no plural são órgãos encarregados de diversas funções.

Essa desconcentração das atividades estatais para vários órgãos é a imposição do Estado de Direito. Em sentido contrário, pois, o acúmulo dessas funções num órgão apenas representaria o absolutismo do poder estatal.

Por conseguinte, estabeleceu o constituinte a independência entre os órgãos (art. 2º). Ensina Michel Temer que essa independência é revelada “pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no Texto Constitucional. Nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte”¹.

Catalogada entre os Princípios Fundamentais, é tão importante a independência daqueles “Poderes” (leia-se funções) que o constituinte a alçou à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III), significando isso dizer que a tripartição das funções estatais não é passível de modificação por obra do poder constituinte derivado reformador nem muito menos do legislador comum.

A regra estatuída na Carta Magna, portanto, é a da indelegabilidade das funções, a não ser naquelas hipóteses taxativamente esculpidas na própria Constituição. Mais uma vez esclarece a pena de Michel Temer:

¹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 115.

Embora a atividade dos três poderes se inter-relacione, dado que o desempenho de um se relaciona com o de outro, a regra constitucional é a da indelegabilidade de atribuições.[...] A independência supre separação, sendo ilógico supor que, separadas as funções e entregues a órgãos distintos por uma vontade soberana (Assembléia Constituinte) e, portanto, acima da vontade dos órgãos criados, possam eles, a seu critério, delegar atribuições, uns para os outros².

Importa ainda dizer que não há hierarquia entre os poderes. O que existe apenas é uma divisão de atribuições. Não pode o Legislativo, através de lei, alterar a competência dos outros poderes constitucionalmente prevista, de modo a atribuir ao Judiciário o que a Constituição determinou que ficasse a cargo do Executivo. E nem poderia ser diferente como ensina Montesquieu, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares³.

O sistema de separação das funções do Estado, preconizado por Aristóteles e vulgarmente entendido como “separação dos poderes”, consiste em confiar a cada órgão estatal uma tarefa diferente. Esses órgãos – Legislativo, Executivo e Judiciário – funcionam em regime de freios e contrapesos (*checks and balances*), o que faz com que não haja uma exclusividade de funções a serem desempenhadas por cada um deles, por isso classificadas em funções típicas e atípicas (Montesquieu). Há sim, em cada “poder”, uma preponderância dessas funções básicas, que são três: a lei, a sentença e o ato administrativo. Ao Legislativo cabe precipuamente a produção de normas gerais e abstratas; ao Executivo incumbe a execução

² TEMER, op. cit., p. 117.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30.

daquelas normas, e administração da coisa pública; e ao Judiciário impõe-se a solução definitiva das controvérsias ocorridas no seio social.

Essa divisão de funções, entretanto, não é tão rígida quanto parece. Situações há em que o Legislativo *julgará* o Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade (CF/88, art. 52, I); ou o Judiciário *administrará* no sentido de dar posse a seus membros; ou ainda o Executivo legislará, como ocorre com a edição de Medidas Provisórias (art. 62).

A segmentação, embora seja estanque, não estabelece exclusividade de funções a cada um daqueles órgãos, mas apenas uma prevalência. Tal distribuição não é absolutamente hirta, já que aqueles órgãos (ou “poderes”), embora independentes, são também harmônicos. Tanto assim é que Darcy Azambuja adverte: “Montesquieu, se bem que demonstrando a necessidade da separação dos poderes, julgava também necessário que eles fossem harmônicos; que se limitassem reciprocamente, mas não fossem absolutamente separados e não se paralisassem uns aos outros”⁴.

A rápida inserção acima se fez necessária justamente porque a Medida Provisória configura uma espécie de exceção à regra de que compete ao Legislativo a edição de normas jurídicas genéricas e abstratas.

3 HISTÓRICO

A Medida Provisória foi inspirada na Constituição Italiana de 1948 a qual, em seu artigo 77, prevê que:

Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, Medida Provisória com força de lei, deve, no mesmo dia, apresentá-la para conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são expressamente convocadas e se reúnem dentro de cinco dias.

Recebe, na Itália, também os nomes de *decreti-legge* ou *provvedimenti provvisori*. Entende Norberto Bobbio,

I decreti-legge devono essere adottati, come si è già detto, in casi straordinari di necessità e di urgenza. Il Governo, nel disporli, assume la responsabilità suo

⁴ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Globo, 1990. p. 179.

operato, e deve comunque presentarli il giorno stesso per la conversione in legge alle Camere, che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sim dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione: le Camere possono tuttavia reglare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.⁵

No Brasil, o que levou o constituinte de 1988 a abraçar o instituto da Medida Provisória foi não só o desmedido uso do decreto-lei, que transformara o Executivo em Poder autoritário, como a perspectiva de adoção do sistema parlamentarista de governo.

Nesse sistema, por ser o Executivo dependente do Legislativo, não haveria risco do instrumento fomentar o autoritarismo, pois, se uma Medida Provisória não passasse pelo crivo do parlamento, poderia, por isso, dar ensejo à queda imediata do gabinete.

Como o povo, convocado em plebiscito, optou pela manutenção do sistema presidencialista de governo, a Medida Provisória se manteve no Texto Constitucional com contornos semelhantes ao do antigo decreto-lei, só que com um espectro abrangencial ainda superior, haja vista a falta – na dicção original do Texto Constitucional – de uma bainha material explícita.

4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O conceito deduzido pela maioria dos autores praticamente repete as palavras da Constituição Federal de 1988 (art. 62) e pode ser assim enfeixado: Medida Provisória é o ato normativo, com força de lei, editado pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, submetido de imediato ao Congresso Nacional, e cuja eficácia se extingue, desde a edição, se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação.

O novel instituto tem como apanágio a discricionariedade do Presidente da República, que, achando oportuno e conveniente, edita a Medida Provisória em face de circunstâncias relevantes e urgentes, que não seriam satisfeitas com os demais instrumentos jurídicos existentes no ordenamento vigente.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Introduzione alla costituzione*. Roma: Editori Laterza, 1980, p. 115.

A caracterização da Medida Provisória quanto ao órgão de que se origina é clara. Tem como editor o chefe do Poder Executivo. Sua força vinculante é a mesma da lei. Mas é precária, no sentido de que pode haver ou não sua conversão para se tornar lei.

É um mecanismo que se destina a agilizar o processo de produção normativa em face de uma situação fática que não pode suportar a demora de uma providência legislativa de caráter ordinário. Constitui, como se disse, um instituto excepcional, uma vez que denota, inquestionavelmente, uma certa derrogação do princípio constitucional de separação das funções estatais.

No Brasil, desde muito se conhecem institutos semelhantes à Medida Provisória. Durante muito tempo existiu em diversas Cartas, como se disse, o Decreto-lei, que também consistia em ato normativo, com força de lei, editado pelo Presidente da República em situações de relevância ou urgência e que vigorava até que fosse expressamente rejeitado pelo Congresso Nacional.

Tal característica – a do Decreto-lei persistir como norma jurídica até sua expressa repulsa pelo Parlamento – dava ao instituto uma roupagem ditatorial e talvez tenha sido esse o motivo que levou o constituinte de 1988 a aboli-lo e colocar em seu lugar a Medida Provisória, que, como será visto, perde sua eficácia se não for convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Ademais disso, o decreto-lei, ao ser submetido ao crivo do Congresso Nacional, não poderia por este sofrer qualquer emenda. O parlamento deveria aprová-lo ou rejeitá-lo em sua inteireza (CF/67, art. 55, § 1º). A Medida Provisória, ao contrário, pode sofrer alterações quando de sua apreciação pelo Congresso Nacional, situação que a transforma em projeto de lei de conversão, conforme será visto adiante.

Outro ponto dessemelhante que merece comentário é o relativo aos efeitos da Medida Provisória ou do decreto-lei rejeitados pelo Congresso. A rejeição pelo Legislativo do decreto-lei não tinha o condão de tornar nulos os atos praticados durante sua vigência (CF/67, art. 55, § 2º). Nesse caso, a rejeição produzia efeitos *ex nunc*, ou seja, reconhecia-se a validade da norma desde o seu nascimento e até sua retirada do ordenamento jurídico. Com a Medida Provisória ocorre o

contrário. Se não for ela convertida em lei, perderá retroativamente seus efeitos. As relações jurídicas, ocorrentes no período em que vigeu a Medida Provisória rejeitada serão objeto de disciplina pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo. Somente na falta desse decreto legislativo regulador é que as relações jurídicas surgidas no passageiro viger da MP continuarão válidas.

5 REQUISITOS

São requisitos gerais e inarredáveis para a edição de Medida Provisória a ocorrência simultânea de relevância e urgência da situação que terá o disciplinamento normativo provisional.

Havendo circunstâncias excepcionais de urgência e relevância, e não existindo no ordenamento jurídico instrumentos legais capazes de solucionar e remediar os efeitos dos acontecimentos excepcionais, devendo o Estado atuar prontamente, cabe ao Chefe do Poder Executivo editar Medida Provisória com esse desiderato.

Para tanto, como garantia da legitimidade constitucional, deve fundamentá-la, demonstrando a relevância e urgência. Não basta dizer que o Presidente considera relevante e urgente, mas dizer o porquê de sê-lo. Precisa expor a relação de causalidade entre o ato expedido e a finalidade perquirida.

Com a fundamentação torna-se mais tranqüilo o exame dos pressupostos constitucionais. Não obstante a fluidez dos conceitos de relevância e urgência, deixa-se ao executor da medida a liberdade de escolher o momento conveniente e oportuno para a sua edição. Mas essa discricionariedade é limitada, justamente pelos pressupostos constitucionais que devem ser examinados pelo Congresso Nacional ou, se houver lesão ou ameaça aos direitos, também pelo Judiciário.

Relevante é aquilo que tem fundamento, é legítimo, é razoável em virtude do que se mostra admissível, evidente e insuperável. Relevante é o que se sobrepõe, se sobreleva. A relevância deve ser de tal ordem que sua não realização possa afetar a ordem pública.

Por urgência, entende-se a qualidade do que é premente, imperioso, de necessidade imediata, que não deve ser protelado sob pena de provocar dano. Urgente é o que deve ser realizado com extrema rapidez, sob risco de não surtir o efeito desejado, iminente ou impendente. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente.⁶

Por serem as Medidas Provisórias, como se disse, exceção ao procedimento normal de elaboração legislativa, deve seu cabimento ser interpretado em sentido estrito, submetendo seus pressupostos a uma rigorosa análise, sob pena de se afrontar os postulados do Estado Democrático de Direito.

A dicção do Texto Constitucional não permite interpretação diferenciada: a circunstância deve ser relevante e urgente, ambas devem ocorrer juntamente. O termo “e” é copulativo. Portanto, só é inicialmente válido o ato se atendidos tais pressupostos constitucionais.

A relevância e a urgência podem e devem ser, repita-se, objeto de análise pelo Congresso Nacional, quando da conversão da Medida Provisória. Vale ressaltar, nesse diapasão, o comentário de Oscar Dias Corrêa, *litteris*:

É óbvio que, antes de mais nada, cabe examinar se é caso de relevância e urgência, pressuposto do cabimento da medida. Da mesma maneira que o Presidente da República pode considerá-la necessária e urgente, discute se se pode o Congresso recusá-la, ou se essa decisão se inclui na discricionariedade do Executivo. A nós parece que o conceito de relevância é mais difícil de aferir e ficará certa margem de discricção ao Executivo para avaliá-la, devendo o Congresso agir, na hipótese, com largueza de vistas. É que a avaliação do Executivo nem sempre pode ser aferida pelos outros poderes. Quanto à urgência, porém, em alguns casos, pelo menos, é perfeitamente avaliável: como se o Executivo enviasse Medida Provisória sobre a matéria que deve ser regulada muito tempo depois, evidenciando a inexistência da urgência.

⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Conceito de Urgência no Direito Público Brasileiro**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 01, Malheiros, 1993, p. 234.

De qualquer modo, como tem o Congresso o poder de analisar a medida no mérito, se este se apresenta conveniente e próprio, não haverá por recusar-lhe preliminarmente o exame. Tanto mais quanto na lei de conversão, a ação do Congresso não sofre nenhum obstáculo ou limite.⁷

Não se discute sobre a possibilidade de a Medida Provisória ser objeto de controle de constitucionalidade. Tal como as leis, a MP cria direitos e obrigações, altera a ordem jurídica e, assim, deve necessariamente submeter-se ao regramento maior esculpido na Constituição. Contudo, questiona-se se o Judiciário, ao aferir a constitucionalidade de uma Medida Provisória, pode ou não cotejar a presença dos requisitos de relevância e urgência que lhe deram ensejo.

A dissensão, às vezes, ocorre num mesmo tribunal. Vejam-se, por exemplo, as seguintes decisões judiciais:

A função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar, sob aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos, para decretá-los oportunos ou inoportunos, inconvenientes ou convenientes, justos ou injustos, conforme a princípios científicos ou deles divorciados [...] (STF, Ap. 6.845)⁸.

PIS. *Cofins*. Base de cálculo. Exclusões. Lei 9.718/98. Medida provisória 1.991-18/00. Impostos indiretos. A omissão do Poder Executivo em regulamentar o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 não tem o condão de restringir o direito do contribuinte de excluir da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins valores que, computados como receitas, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica. A possibilidade de ser realizada a exclusão perdurou até ser derogado o inc. III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718/98 pelo art. 47, inc. IV, da Medida Provisória 1991-18, de 09.06.2000 (publicada no DOU de 10.06.2000). A avaliação dos requisitos de relevância e urgência inscritos no art. 62 da

⁷ CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988 – contribuição crítica*. São Paulo: Forense Universitária. 1991. p. 131.

⁸ Acórdão citado por FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

Constituição Federal para a edição de medida provisória não incumbe ao Judiciário, uma vez que tal atribuição está inserta na discricionariedade do Poder Executivo. O STF assentou ser a medida provisória instrumento idóneo para a instituição de contribuição social – excetuadas as hipóteses do § 4º do art. 195 da Constituição Federal – porquanto espécie do gênero Lei. *Inocorreu* violação do art. 246 da CF/88 (com a redação da EC 06/95), pois a EC 20/98 não promoveu modificação na disciplina original da *Cofins* e do PIS, cuja fonte de custeio tem previsão desde o advento da CF/88 (195, inc. I), encontrando-se reguladas atualmente por Leis ordinárias, podendo ser alteradas por medida provisória. (TRF 4ª R. – AP-MS 2002.71.04.002190-8 – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Vilson Darós – DOU 14.05.2003, p. 862)

Já uma segunda corrente aceita a análise, pelo Judiciário, daqueles requisitos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória. Constituição Federal (art. 62). Natureza jurídica. Competência normativa do presidente da república. Limitações constitucionais. Reedição de medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional. Separação de poderes. Supremacia da ordem constitucional. Necessidade de sua preservação. Medida Provisória 190/90. Dissídios coletivos. Presidente do TST. Possibilidade de suspensão da eficácia de sentenças normativas. Reedição caracterizada de medida provisória rejeitada. Liminar concedida. As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordinasse, em seu processo de conversão legislativa, a vontade

soberana do Congresso Nacional. O que justifica a edição das medidas provisórias e a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso da concretização da prestação legislativa. A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirira estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional. Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, é insubstituível e é insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu. A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei. A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituí-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase legislativo, de natureza cautelar. Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a

identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada. O poder absoluto exercido pelo estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se a censura jurídica – dos tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada. (STF – ADI 293 (MC) – DF – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 16.04.1993)

Na doutrina também há correntes diversas. Para Luiz R. Nuñez Padilla, “o exame judicial deverá ser feito – concreta ou abstratamente – em face dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência”.⁹ Da mesma forma entende Cheryl Berno, que assim se justifica:

Tratando-se de um ato a medida provisória admite o exame de sua validade e a verificação da ocorrência dos pressupostos de sua emanção. Assim, deveria o Presidente da República ao lançar mão deste instrumento excepcional, motivar tal atitude, bem como caberia ao Poder Judiciário o controle de sua constitucionalidade, principalmente quanto a matéria a ser veiculada e a existência dos requisitos de urgência e relevância.¹⁰

Mas segundo Humberto Theodoro Júnior,

⁹ PADILLA, Luiz R. Nuñez. **Controle Jurisdicional do Abuso de Medidas Provisórias**. Informativo Semanal COAD, n. 28/95, p. 305.

¹⁰ BERNO, Cheryl. **Medidas provisórias em matéria tributária**. Juris Síntese, nº 22 – mar./abr. 2000.

A medida provisória é substancialmente uma lei, editada pelo chefe do Executivo por atribuição de competência legislativa da Constituição Federal. E, destarte, submete-se ao mesmo exame que a lei formal sofre em face do Judiciário. Se seu enunciado ofende princípio ou norma constitucional ou regula matéria atribuída constitucionalmente à competência exclusiva de outra esfera de poder, será inconstitucional e poderá ser desconsiderada pelo julgador, em razão da hierarquia das leis e da supremacia absoluta da CF. Por isso, não é correto afirmar que a MP está isenta de controle difuso de constitucionalidade. Porém, os critérios constitucionais da atribuição dessa competência legislativa, além daqueles estabelecidos em razão da matéria, parecem trilhar aquelas denominadas zonas cinzentas em que a legalidade tangencia o campo das opções políticas, decorrentes de juízos de conveniência e oportunidade da prática de determinados atos de governo. [...] Ao Judiciário se atribuiu o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo. O reexame que se faz de tais atos, pelo Judiciário, jamais se concebeu amplo e ilimitado. [...] Esses atos (as medidas provisórias), sob o ângulo da conformidade ao ordenamento jurídico, se submetem à apreciação do Judiciário, não, porém, sob o enfoque da sua conveniência e oportunidade, quanto ao momento, à forma, à adequação e, enfim, à oportunidade da atuação estatal. [...] Princípio já sedimentado no ordenamento pátrio é o de que o Judiciário não faz juízos políticos, que se traduz no brocardo: ao Judiciário é vedado o reexame da conveniência e oportunidade dos atos administrativos e legislativos¹¹.

Ora, é o Estado, através do Poder Executivo, quem encarna os interesses públicos. Esse busca alcançar a pretensão do povo através de condutas permitidas ou até determinadas pelo ordenamento jurídico, essencialmente esculpidas na legislação. As ações do Estado tendentes a encetar as ambições sociais são comumente denominadas de “decisões políticas” e diferem das “decisões judiciais” exatamente porque estas, ao

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A cédula de crédito bancário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 26, nov./dez. 2003, p. 33-34.

invés de estatuírem as ações governamentais suplicadas pela sociedade, apenas determinam a aplicação da vontade popular antevista na lei ou nas decisões políticas. Se houvesse a miscigenação dessas funções, certamente uma delas seria menoscabada. Se o poder que julga fosse o mesmo que executa, a falha ou omissão nessa última atribuição acabaria agasalhada por aquela primeira.

Porém, por mais subjetivo ou abstrato que seja o agir do administrador público, pode o Judiciário apreciar-lhe o enquadramento jurídico num caso concreto e, assim, controlar a discricionariedade administrativa de modo a retirar-lhe toda carga de arbitrariedade, caso exista.

Assim, tem ganhado simpatizantes a teoria segundo a qual o Poder Judiciário pode sim aquilatar a presença dos requisitos de relevância e urgência próprios da Medida Provisória em prestígio aos princípios da inafastabilidade do controle judicial sobre os atos jurídicos, tanto privados quanto públicos, e do ativismo judicial.

6 APRECIÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL

A Medida Provisória, quando de sua apreciação pelo Congresso Nacional, pode sofrer alterações, situação que a transforma em projeto de lei de conversão, como esclarece o insigne Alexandre de Moraes, *verbis*:

A doutrina constitucional, afastando os precedentes iniciais em termos de Medidas Provisórias, fixou orientação no sentido da possibilidade de apresentação de emendas, facultando ao parlamento a ampliação ou restrição de seu conteúdo, sob pena de vincular-se, de forma absoluta, o Poder Legislativo à vontade inicial do Poder Executivo. As emendas, portanto, poderão ser supressivas ou aditivas. Desta forma, existe possibilidade de apresentação de emendas ao texto original da Medida Provisória editada pelo Presidente da República. A Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, alterada parcialmente pela Resolução nº 2, de 1989, que dispõe sobre a apreciação das Medidas Provisórias, regulou esse procedimento, determinando que as emendas deverão ser entregues à secretaria da comissão mista, nos cinco dias que se seguirem a sua publicação no Diário Oficial

da União, proibida, terminantemente, a apresentação de emendas que versarem sobre matéria estranha à deliberada pelo texto da Medida Provisória, visando, pois, impedir o alargamento da utilização deste processo legislativo especial e excepcional. Importante ressaltar que os parlamentares que apresentarem emendas à Medida Provisória, deverão, conjuntamente, apresentar texto regulando as relações jurídicas decorrentes de possível alteração pelo dispositivo emendado. [...] O Congresso Nacional, aprovando a Medida Provisória com alterações, estará transformando-a em projeto de lei de conversão, que será remetido ao Presidente da República, para que o sancione ou vete, no exercício discricionário (conveniência e oportunidade) de suas atribuições constitucionais. Uma vez sancionado o projeto de lei de conversão, o próprio Presidente da República o promulgará e determinará sua publicação.¹²

A aprovação pode ser integral ou parcial com alteração do texto original. Havendo modificação, repita-se mais uma vez, será a Medida Provisória encaminhada ao Presidente da República, como projeto de lei de conversão, para ser sancionado ou vetado.

Sendo ela rejeitada expressamente, caberá ao Congresso Nacional, através de decreto-legislativo, disciplinar as relações ocorridas durante sua vigência. É impossível que ocorra uma reedição de Medida Provisória rejeitada expressamente, pois sobre ela ter-se-á manifestado o Congresso Nacional no sentido de não aceitá-la no ordenamento jurídico.

Durante o período concedido ao Poder Legislativo para apreciar a Medida Provisória, poderá o Presidente da República ab-rogá-la por meio de uma outra. Caberá ao Congresso, nessa hipótese, uma das seguintes atitudes: a) aprovar a segunda Medida Provisória e, com efeito, tornar revogada a primeira; b) rejeitar ambas as Medidas Provisórias e disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes; c) aprovar a primeira Medida Provisória, convertendo-a em lei. Nesse caso, por ser *lei nova*, revogará a segunda Medida Provisória que anteriormente lhe havia suspenso os efeitos.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99, Atlas. São Paulo, 1999, p. 514

7 EFEITOS

Excêntrica é a consequência da Medida Provisória que seja incompatível com a legislação vigente (elaborada pelo parlamento) quando de sua edição. Segundo Alexandre Barros Castro:

As Medidas Provisórias são antecipação cautelar, de caráter provisório e necessário, de providências legiferantes, possuindo vigência e eficácia imediatas, sem que isso venha a acarretar, no entanto, a revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis. Por ter sua eficácia limitada no tempo pelo texto constitucional, a Medida Provisória, enquanto não se transformar em lei, somente paralisará os efeitos das leis a ela anteriores, e que com ela evidentemente venham a conflitar, inibindo-as completamente no que tange à sua eficácia. Não se operando a conversão em lei, os diplomas legais afetados pela edição da medida operacional terão suas eficácias, que se encontravam suspensas, restabelecidas, com efeito *ex tunc*, ou seja, desde a data da edição da Medida Provisória que acabou não sendo convertida em lei¹³.

Não se trata, como se vê, de repristinação de normas, o que contrariaria o § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Em outras palavras, a Medida Provisória – enquanto norma temporária – não revoga lei qualquer, apenas suspende a eficácia das que com ela conflitam. Sendo convertida em lei, aí sim, derroga os comandos normativos que lhe forem hostis, como só acontece com as leis provindas do processo legislativo ordinário.

Como dito anteriormente, sendo rejeitada a Medida Provisória ou perdendo ela sua eficácia pelo simples decurso de prazo, as relações jurídicas validamente formadas durante sua efêmera vigência deverão ser reguladas por Decreto Legislativo a ser editado pelo Congresso Nacional. Caso tal decreto não venha à tona, aquelas relações jurídicas continuam válidas e se regerão pelas normas pertinentes como se em vigor ainda estivesse a Medida Provisória.

8 A EC 32/2001

Inicialmente – e de acordo com a redação original da CF/88 – a Medida Provisória era concebida para vigorar por trintas dias, período no

¹³ CASTRO, Alexandre Barros. *Tributos X Medidas Provisórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Carthago & Forte, 1992. p. 30.

qual deveria o Congresso Nacional se reunir e decidir sobre sua aprovação ou rejeição. A Constituição não estabelecia qualquer limitação quanto à edição e reedição da Medida Provisória, como também não limitava a matéria sobre a qual poderia ela medrar. Somente a prática é que assentou – não sem muita polêmica – os contornos do instituto. Dúvidas várias surgiam sempre que uma Medida Provisória era editada ou reeditada. As principais eram atinentes aos temas que eram objeto da norma editada pelo Presidente da República e a possibilidade de sua reedição.

Questionava-se ser possível a instituição ou majoração de tributos por Medida Provisória; se ela poderia tipificar condutas criminais; estabelecer novas regras de Direito Processual; tratar de matéria própria das Leis Complementares; se ao final de seu prazo de vigência poderia novamente vir à tona com o mesmo texto da edição originária ou com texto novo; por quantas vezes poderia ser reeditada etc.

A ausência de uma cercadura emoldurada textualmente na Constituição de 1988 – no texto originário – não permitiria entender que as Medidas Provisórias só encontrassem balizas nos comezinhos requisitos da relevância e urgência ou na vedação expressa do artigo 246 do ADCT “É vedada a adoção de Medida Provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995”. Porém, não seria razoável atribuir à doutrina e aos tribunais o mister de circunscrever a abrangência normativa das Medidas Provisórias.

A fim de pôr termo a essas e outras tantas altercações da doutrina e da jurisprudência, o Constituinte derivado reformador modificou o regime jurídico da Medida Provisória e lhe concedeu uma nova oportunidade de servir à nação tal como supostamente idealizada pelo Constituinte originário.

Hoje, a disciplina do instituto Medida Provisória está completamente alterada e se rege pela Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001. O novo texto assim preconiza:

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

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

I – relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

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

III – reservada a lei complementar;

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

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

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

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

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

§ 6º Se a Medida Provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará

em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

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

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

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

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

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

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

Já o *caput* do dispositivo revela a desnecessidade de se convocar o Congresso Nacional para analisar a Medida Provisória editada. Ela será simplesmente submetida ao Parlamento que a irá apreciar quando do início – ou reinício – de suas atividades.

Sua validade agora é de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, o que não se confunde com a reedição da Medida Provisória. O trancamento da pauta a que se refere o § 6º é automático, ou seja, não sendo a Medida Provisória aprovada nos primeiros quarenta e cinco dias a contar de sua publicação nenhuma outra deliberação poderá ocorrer na respectiva casa legislativa em que estiver tramitando.

Caso o Congresso Nacional seja convocado extraordinariamente, as Medidas Provisórias pendentes de votação serão automaticamente incluídas na pauta (art. 57, § 8º).

O § 1º estabelece as limitações materiais a que se sujeitam as Medidas Provisórias. Não consta desse elenco – por desnecessário – as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49), do Senado Federal (art. 52) e da Câmara dos Deputados (art. 51), que, por óbvio, não podem ser veiculadas por Medida Provisória.

9 REEDIÇÃO

A redação do § 10 (é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo) serviu apenas para fazer cumular mais discussões sobre a possibilidade de reedição das Medidas Provisórias.

Sob a égide do texto original da Constituição vigente muito se discutiu acerca da possibilidade de se reeditar Medida Provisória, até que o Supremo Tribunal Federal colocou uma pá de cal sobre a polêmica (ADIN nº 1250-9/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Diário de Justiça, Seção 1, 6 de setembro de 1995, p. 28.252).

Alguns juristas sustentavam não ser cabível a reedição de Medida Provisória e destacavam que a Constituição não discriminou entre rejeição expressa e rejeição tácita do Congresso Nacional, não cabendo ao intérprete, portanto, fazer tal distinção.

Assim, o Congresso Nacional não poderia, segundo essa corrente, ser chamado a se pronunciar mais de uma vez acerca de uma Medida Provisória por ele rejeitada, ainda que tacitamente. Adepto desse entendimento e, portanto, contrário à reedição de Medida Provisória, o tributarista Paulo de Barros Carvalho assim se posiciona:

O Congresso está investido da permissão bilateral (faculdade) de examinar a Medida Provisória. Poderá empreendê-lo por comissão, vale dizer, legislando no sentido de aprová-la (total ou parcialmente) ou de rejeitá-la; como terá, também a autorização de rejeitá-la, sobre ela não legislando no período de trinta dias, manifestando-se por omissão. Esta última, aliás, é uma das alternativas da previsão constitucional, um legítimo direito de que está investido nosso Parlamento, exercendo as prerrogativas

que o parágrafo único do art. 62 da Constituição lhe confere. Ora, salta aos olhos que o exercício desse direito não pode ser tolhido pelo Presidente da República mediante a reedição da medida. Com providência desse tipo o Chefe do Executivo inibe a explícita permissão constitucional atribuída ao Congresso, que, ao rejeitar por decurso de tempo a medida encaminhada, estaria operando a autorização de não-fazer, não-legislar, conduta omissiva para a qual está habilitado.¹⁴

Argumento também maciço é o de Luciano Amaro:

O que nos parece inaceitável é a prática da reiteração das normas da Medida Provisória não aprovada pelo Congresso Nacional. Com efeito, não apenas a Medida Provisória é norma para assuntos de urgência, como urgente também é a necessidade de o Congresso sobre ela manifestar-se com a maior brevidade. Tanto assim é que, estando o Parlamento em recesso, a edição de Medida Provisória obriga à sua convocação extraordinária para que se reúna no prazo de cinco dias (CF, art. 62). Isso significa que a Constituição não tolera delongas na apreciação da medida; não fora assim, teria admitido a vigência da medida até o reinício dos trabalhos legislativos. Ademais, o prazo-limite de vigência das disposições provisórias é de trinta dias (art. 62, parágrafo único) e não de múltiplos de trinta. Caso a Constituição admitisse a vigência provisória da medida por três, quatro, seis meses, um ano, ela teria dito que a medida vigoraria até que o Congresso a apreciasse.¹⁵

Outro seguimento – também daquela época (antes da promulgação da EC 32) – entendia ser cabível a reedição de Medida Provisória, pois a rejeição parlamentar tácita não descaracterizava o estado de urgência perdurante, nem fazia extinguir as razões de necessidade e relevância que justificaram a edição da medida.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 12. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 64.

¹⁵ AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 168.

Em 22 de junho de 1989, o então Presidente da República aprovou o Parecer n° SR-92, de 21 de junho de 1989, publicado no Diário Oficial da União de 23 de junho de 1989, da lavra do Consultor-Geral da República Saulo Ramos, para quem:

A rejeição da proposição que objetiva a conversão, do ato cautelar, em lei, não inibe o Presidente da República – único órgão constitucionalmente legitimado a agir – de editar sobre o mesmo tema nova Medida Provisória, desde que presentes os pressupostos constitucionais de emanção dessa espécie normativa. [...] A ‘*inertia deliberandi*’, por envolver uma concreta ausência de decisão, não pode configurar situação análoga à da rejeição do projeto de conversão em lei de Medida Provisória. [...] Essa circunstância, destarte, não legitima qualquer objeção, em tese, que pudesse manifestar-se, até validamente, com fundamento num ato de explícita rejeição do projeto de conversão. Somente a rejeição expressa do Congresso Nacional impediria a reedição da Medida Provisória, eis que, neste caso, o parlamento haveria estudado os pressupostos de relevância e urgência e sobre eles opinado pelo descabimento. Neste sentido vale transcrever parte do voto do Eminentíssimo Ministro Carlos Veloso, do STF, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 295, em 22 de junho de 1990: [...] Sr. Presidente, estas cogitações levam-me, por enquanto, ainda meditando sobre a questão, a entender que a Medida Provisória não rejeitada expressa e formalmente pelo Parlamento pode ser reeditada, mesmo porque – há pouco se mencionou – o que pode não ser urgente hoje poderá sê-lo daqui a 30 dias. Ademais – também isto se mencionou, aqui, com propriedade – impedir a reedição da Medida Provisória não rejeitada expressamente, seria consagrar ou legitimar, por exemplo, a obstrução. Bastaria que a votação da Medida Provisória fosse obstruída, para que ela não fosse convertida em lei. Por isso, peço vênha ao Sr. Ministro Relator, nessa parte, para divergir de V. Excelência [...].¹⁶

¹⁶ In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, abril/junho 1998. Renovar. São Paulo, p. 242.

Aqui a literalidade do § 10 do artigo 62, contudo, permite concluir, numa análise apressada, que é possível sim a reedição de Medida Provisória, seja na sessão legislativa seguinte à de sua edição, quando rejeitada pelo Congresso ou perdido sua vigência por decurso de prazo, seja na mesma sessão legislativa em que publicada, nos demais casos.

Porém, não obstante o texto do mencionado § 10, o mais lógico é aceitar que as Medidas Provisórias não podem ser reeditadas na mesma sessão legislativa, já que foi principalmente este o mote que levou o constituinte reformador a promulgar a EC 32. Tanto assim é que hoje a disciplina do instituto prevê a prorrogação de sua eficácia, possibilidade esta que não existia sob a égide do artigo 62 da Constituição em sua redação original. O permissivo do § 10 serve apenas para igualar a Medida Provisória ao projeto de lei que tiver sido rejeitado pelo Parlamento, cuja matéria, segundo o artigo 67 da CF/88, poderá ser objeto de novo projeto de lei na sessão legislativa seguinte ou na mesma sessão se, neste caso, houver proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional.

Semelhante regra é encontrada no § 5º do artigo 60, que permite que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Na verdade, a norma constitucional, ao vedar a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória rejeitada ou que perdera a eficácia por decurso de prazo, autoriza o Presidente da República a reeditá-la na sessão legislativa posterior. Vale dizer, a Medida Provisória, a despeito de ter sido rejeitada pelo Congresso ou perdido sua vigência por decurso de prazo, poderá ressurgir no cenário jurídico, mas somente na sessão legislativa seguinte. Porém, na mesma sessão legislativa em que editada não se permitirá qualquer reedição de Medida Provisória.

Há ainda outro pormenor sobre esse § 10. Consiste em saber se a possibilidade de reedição da Medida Provisória se apresenta na sessão legislativa seguinte à de sua edição ou à de sua rejeição ou perda de eficácia. A mera leitura do dispositivo não é bastante a assegurar uma resposta conclusiva.

Pertinente e elucidativo é o sentir de Gilmar Ferreira Mendes, que assevera que:

a Medida Provisória pode ser reeditada na sessão legislativa seguinte àquela em que ocorreu a rejeição (e não na seguinte àquela em que foi editada), já que o fenômeno relevante a ser tomado em conta é a manifestação negativa do Congresso (ou o decurso do prazo para aprovação da medida). Essa rejeição é que somente pode ser superada em outra sessão legislativa.¹⁷

10 MEDIDAS PROVISÓRIAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32 a doutrina se digladiava sobre a possibilidade de Medida Provisória instituir ou majorar tributos. De início, é interessante trazer à baila o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho, quiçá o jurista mais avesso ao manejo daquele instituto:

Meditemos, por derradeiro, acerca do emprego de medidas provisórias no plano do direito tributário. A União poderá utilizá-la para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda, majorá-los? Cremos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da media, com o princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, b); outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de “tributo” como algo sobre que os administrados devam expressar seu consentimento prévio. A noção de “tributo”, nos países civilizados, repete a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral do Estado, considerando a iniciativa como fundada em idéia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder Legislativo a aprecie, acolhendoa, expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhes são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo “tributo” ostenta nos dias atuais.¹⁸

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 845.

¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 72.

Com invulgar maestria, Luciano Amaro refuta cada um desses argumentos, a começar pelo último, quando diz que:

Aceitá-lo, porém, implicaria negar à medida provisória ingerência em toda e qualquer matéria; se ninguém pode ser obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei, jamais alguém poderia ser obrigado a coisa alguma por medida provisória (pois esta não é lei). Parece claro que, onde a Constituição fala em lei, não seria lógico que se previsse, a cada passo, a alternativa: “lei ou medida provisória”. Basta falar-se em “lei”, pois, no art. 62, a Constituição estabelece que a medida provisória tem força de lei. Trata-se de equiparação de eficácia ditada pela Constituição, que não pode, portanto, ser contraditada, a pretexto de que essa equiparação não foi repetida a cada matéria para a qual a Constituição exige lei. Por outro lado, o princípio da aprovação popular é conciliável com a medida provisória, pois esta é submetida à aprovação do Congresso, e perde seus efeitos, *ex tunc*, se não for convertida em lei. De qualquer modo, é a mesma Constituição que prevê a legalidade tributária e que autoriza as medidas provisórias com força de lei. Por fim, o princípio da anterioridade não torna as medidas provisórias incompatíveis com os tributos. O argumento pode até ser utilizado ao contrário: ao final do exercício, a medida provisória seria o único veículo legislativo eficaz para editar a norma de incidência com respeito pelo citado princípio. É verdade que os requisitos da relevância e da urgência condicionam o exercício do poder do Presidente da República de editar medidas provisórias. Esses requisitos devem ser invocados para controle da legitimidade do exercício do excepcional poder conferido ao Chefe do Governo, tanto no caso de leis tributárias como no de qualquer outra. Não há uma “especificidade” dos tributos que os incompatibilizem com medidas relevantes e urgentes. Nalgumas situações a urgência é tamanha que a Constituição dispensa mesmo o princípio da estrita reserva legal; é o caso dos tributos cujas alíquotas poder ser alteradas por ato do Executivo (obedecidos certos parâmetros legais). Entretanto, não

se diga que somente nesses casos é que caberia medida provisória; aliás, para essas situações, não é necessária a medida provisória, pois o Poder Executivo dispõe de outro instrumento. E a medida provisória não é para atuar dentro de limites legais, ela é prevista para atuar como sucedâneo da lei.¹⁹

Costumava-se dizer, em síntese, que as medidas provisórias não se prestam à instituição de tributos porque estes necessitam de uma prévia aprovação popular, o que somente ocorre com o processo legislativo. Mas “ter força de lei” é ser como lei. É ter o poder da lei. É fazer o que a lei faz. É ser lei, ainda que temporariamente. Ora, se a Medida Provisória não pudesse ser equiparada à lei, valia alguma teria, já que atos normativos hierarquicamente inferiores às leis podem livremente ser editados pelo Executivo independentemente da situação relevante e urgente, como os decretos, as portarias etc.

O debate jurisprudencial adormeceu após o pronunciamento do Pretório Excelso que entendeu ser a Medida Provisória instrumento hábil à instituição e majoração de tributos. Cita-se, à guisa de ilustração, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1005-1/DF (DJ – 19/05/1995) de relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, em cujo julgamento houve pronunciamento do Ministro Carlos Veloso da seguinte forma:

O Supremo Tribunal Federal já examinou a questão da possibilidade de ser instituído tributo mediante medida provisória. Isso ocorreu no julgamento do RE 146.733-SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ 143/684) e do RE 138.284-CE, por mim relatado (RTJ 143/313), nos quais este Plenário declarou a constitucionalidade da contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas (Lei nº 7.689, de 15.12.88). Nos citados julgamentos, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese no sentido de que o tributo pode ser instituído mediante medida provisória. O que acontece é que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no que toca à matéria (CF art. 62), ao contrário do que ocorria relativamente ao decreto-lei da Constituição pretérita, que prescrevia as matérias que poderiam

¹⁹ AMARO, op. cit., p. 167.

ser disciplinadas por decreto-lei: segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimento (CF/67, art. 55, I, II, III). Em trabalho doutrinário que escrevi, em seguida à promulgação da Constituição vigente, registrei que a Assembléia Nacional Constituinte, ao instituir a medida provisória, ‘talvez por inadvertência, consagrou algo pior, muito pior do que o decreto-lei da Constituição de 1967, que são as medidas provisórias’, que ‘podem ser baixadas sobre qualquer matéria, enquanto que o decreto-lei somente poderia versar determinadas matérias’. Escrevi mais: ‘convém registrar, aliás, que o constituinte brasileiro inspirou-se, para adotar as medidas provisórias, na Constituição italiana. Acontece que, ali, o sistema de governo é o parlamentar: adotada uma medida provisória não aprovada esta pelo Parlamento, pode dar-se a queda do Gabinete, assim do Governo. No sistema presidencial, não aprovada a medida provisória baixada pelo Presidente da República, não acontece nada. A Assembléia Constituinte, que trabalhava sobre um texto que consagrava o sistema parlamentar de governo, não acolhido este, esqueceu-se de expurgar do texto as medidas provisórias, que não são próprias do sistema presidencial de governo’. E concluí: ‘Acredito que as medidas provisórias da Constituição de 1988 causarão mal ao País. A prática da Constituição dirá se estamos certos’. (‘A delegação legislativa – A legislação por associações’, em ‘Temas de Direito Público’, ex Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994, p. 400, 410/411).

Admitida a possibilidade de a medida provisória instituir tributo, assim dispor sobre matéria tributária, perde relevância a afirmativa no sentido de que haveria, no caso, transgressão ao princípio da anterioridade, dado que a medida provisória, que tem força de lei, na forma do art. 62 e seu parágrafo único, da Constituição, apresenta normatividade a partir de sua edição. Presente a súmula 584 do Supremo Tribunal Federal, não haveria ofensa ao princípio da anterioridade”.

A fim de pôr termo à discussão doutrinária, que persistia mesmo depois do assentamento jurisprudencial, o constituinte reformador fez

inserir um parágrafo (o segundo) para ficar inequívoca a possibilidade de instituição ou majoração de tributos por Medida Provisória. Contudo, mais uma vez foi infeliz na redação (Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada) e permitiu que ressurgisse a celeuma, desta vez com matiz diverso.

Explica-se: é que a redação do mencionado parágrafo emprega o termo “imposto” (que é espécie) ao invés de “tributo” (que é gênero). E o faz apenas para estabelecer a aplicação do princípio da anterioridade tributária atinente à exação criada ou majorada por meio de Medida Provisória. Acontece que, ao empregar o termo “imposto” e não “tributo”, deu ensanchas a uma interpretação no sentido de que somente os impostos – mas não as demais espécies tributárias, como contribuições, taxas etc. – pudessem ter disciplinamento normativo por Medida Provisória.

No que pese a literalidade do dispositivo, o certo – crê-se – é considerar que os tributos (todos eles, salvo aqueles instituíveis por lei complementar) possam ser criados ou majorados por Medida Provisória e, no caso dos impostos – e para fins de atendimento ao princípio da anterioridade – a MP só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Demais disso, o novo artigo 62 da CF/88 traz o elenco das matérias que não podem ser objeto de Medida Provisória. Não existe qualquer relação de temas que poderiam ser veiculados por MP's; logo, conclui-se que se não consta desse elenco instituir ou majorar tributos outros além dos impostos é porque a Medida Provisória pode sim tratar desses assuntos.

E essa parte final do raciocínio dá espeque a outra crítica ao § 2º: como consta da redação, o princípio da anterioridade somente se satisfaz caso a Medida Provisória se converta em lei no exercício anterior ao de cobrança do tributo criado ou majorado. Isso faz com que a Medida Provisória, neste caso, tenha serventia de mero projeto de lei, já que ela – por si – não produz efeitos. Os efeitos em senda tributária, vale dizer, serão produzidos pela lei de conversão.

11 CONCLUSÃO

Como dito bem ao início deste artigo, a disposição de um instituto que permita o Executivo “legislar” em situações excepcionais é inevitável, ante a lamentosa indiferença do Poder Legislativo para com a imperiosa necessidade de produção normativa numa sociedade altamente inconstante.

Esse instrumento – a Medida Provisória – se usado com medida e nos exatos limites traçados pela Lei Maior possibilita a melhor governabilidade do país e enaltece a democracia.

As Medidas Provisórias são como leis cuja eficácia se submete a condição resolutiva, qual seja, sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Em decorrência da nova disciplina constitucional entabulada pela EC nº 32/2001, não se permite mais a reedição de Medidas Provisórias, salvo se na sessão legislativa seguinte à de sua rejeição ou perda de eficácia.

A Medida Provisória é instrumento idôneo à instituição ou majoração de tributos, desde que não aqueles para os quais se exige Lei Complementar.

Cumpra lembrar, por fim, que por força do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, as Medidas Provisórias editadas em data anterior à de sua promulgação continuam em vigor e assim permanecerão até que outra MP as revogue ou até que sobre elas se manifeste o Congresso Nacional. Para tanto, não se lhe fixa a EC qualquer prazo.

12 REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed., Curitiba, Juruá, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Introduzione alla costituzione**. Roma: Editori Laterza, 1980.
- BORGES, José Souto Maior. **Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar**. Revista de Direito Público, n. 25, RT.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 2. ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

- CASTRO, Alexandre Barros. **Tributos X Medidas Provisórias no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Carthago & Forte Editores Associados Ltda., 1992.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988, sistema Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988 – Contribuição Crítica**. São Paulo. Forense Universitária, 1991.
- DANTAS, Ivo. **Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- DERZI, Mizabel. Medidas provisórias: sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. **Revista de Direito Tributário, nº 45**, jul./set. 1988.
- FANUCCHI, Fábio. **Curso de Direito Tributário**. Resenha Tributária. 4. ed. São Paulo, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. Atlas, São Paulo, 1999.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito Tributário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.