

A medida provisória em matéria tributária no regime da Emenda Constitucional 32/2001

Limites à edição e à eficácia

Walter Ribeiro Valente Júnior

Sumário

1. Introdução. 2. Medida Provisória: do autoritarismo à democracia. 2.1. A MPV no texto originário: de exceção a regra. 2.2. A tentativa de conter o abuso: Emenda Constitucional 32/2001. 3. A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito. 3.1. A Medida Provisória e o sistema de freios e contrapesos. 3.2. A Medida Provisória e a flexibilização do princípio da legalidade. 4. Medida Provisória em matéria tributária. 4.1. Limites à edição. 4.2. Limites à eficácia. 5. O § 11 do artigo 62: a democracia violentada. 6. Conclusões.

1. Introdução

A discussão do instituto da Medida Provisória (MPV) se insere em um contexto maior, sensível aos princípios que informam o Estado Democrático de Direito, que devem nortear a análise da competência legislativa excepcional do Presidente da República, estabelecida no artigo 62 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

O princípio da repartição dos poderes exige que o Legislativo se pronuncie sobre os pressupostos autorizadores da medida excepcional e seu mérito. Assim, urge que aquele Poder, em vez de reverberar a mesma cantilena de invasão de sua competência constitucional pelo Presidente da República, conceba os meios adequados à apreciação liminar dos pressupostos de admissibilidade das MPVs editadas, admitindo a tramitação no regime constitucional que lhe é próprio ou convertendo-as em projeto de lei.

Walter Ribeiro Valente Júnior é Assistente Técnico da Presidência do Senado Federal e advogado, foi Secretário-Geral da Presidência do STF, Chefe de Gabinete de Senador e da Liderança do PSDB.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. José Geraldo de Sousa Junior.

A doutrina majoritariamente rejeitava a instituição ou majoração de tributos por MPVs. Entretanto, o STF consagrou a legitimidade desse instituto para tratar de impostos e contribuições sociais dependentes de leis ordinárias (v.g. RE 168.421, Marco Aurélio, DJ 27/03/98). A despeito dessa orientação jurisprudencial, ainda é majoritária a corrente que considera ilegítima a exação com base em MPV, máxime se rejeitada. Portanto, o tema permanece atual, inclusive com proposição em curso no Congresso – PEC 72/2005.

Nesse contexto, as seguintes questões se colocam:

1. Por tratar-se de instrumento normativo de caráter excepcional expedido por ato unipessoal do Presidente da República, a MPV comporta legitimidade ante o moderno conceito de Estado Democrático de Direito?

2. A MPV em matéria tributária é compatível com o princípio da legalidade?

3. A MPV que institui ou majora contribuição social, se rejeitada pelo Congresso Nacional, é passível de permanecer regulando as relações jurídicas no período que medeia o interstício de 90 dias para a cobrança e a data da sua rejeição expressa ou tácita?

Com arrimo nos princípios constitucionais da separação dos poderes, da segurança jurídica, da legalidade e do planejamento, concluímos que a medida provisória é instrumento inidôneo para veicular instituição ou majoração de tributos.

2. Medida Provisória: do autoritarismo à democracia

O instituto da MPV foi introduzido no constitucionalismo pátrio mediante o artigo 62 da CF/88, como sucedâneo do Decreto-Lei (DL).

O DL tinha vigência imediata e era de logo submetido ao Congresso Nacional que o aprovaria ou rejeitaria, sem possibilidade de emendas, no prazo de 60 dias. Não o fa-

zendo, entrava em regime de urgência por dez sessões em dias sucessivos, findos os quais, se não apreciado, a matéria nele versada considerava-se definitivamente aprovada. Em caso de rejeição, os atos praticados durante sua vigência eram considerados perfeitos e acabados.

No escopo do processo de redemocratização do Brasil, o DL foi marcado como instrumento do regime autoritário que se pretendia sepultar com o processo constituinte. Recorde-se que nos estágios iniciais da Assembléia Nacional Constituinte até a fase de sistematização do Projeto de Constituição (final) preponderou o sistema parlamentar de governo, que atribui o critério da responsabilidade do gabinete perante o parlamento. Nesse contexto, concebeu-se a MPV, inspirada no *Decreto-Legge* italiano.

Entretanto, na fase de emendas de Plenário ao Projeto de Constituição, em 13.01.88, o Senador Humberto Lucena apresentou a Emenda Substitutiva 01830 (referência: A9B04), firmada por 345 constituintes, estabelecendo o sistema presidencialista de governo e conferindo ao Presidente da República competência para baixar MPVs.

Aprovado o presidencialismo, houve proposta de supressão do instituto da MPV na fase U, de que é exemplo a emenda 01085 (Dep. Adilson Motta), rejeitada ao argumento de mostrar-se: "... indispensável a previsão constitucional, para casos de emergência. Não há comparação razoável entre essas medidas e o Decreto-Lei, pois aquelas perdem a eficácia, se não convertidas em lei dentro de trinta dias."

Ressalte-se, portanto, que para o Constituinte originário a MPV, mesmo num sistema estranho à sua concepção originária (parlamentarismo), promoveria a passagem para o regime democrático, pois continha limitações suficientes para refrear pretensões abusivas. Todavia, conforme adiante revelado, o liame de moderação decorrente do sistema parlamentar de governo, ausente no presidencialismo, levou ao abuso da competência excepcional de o

Presidente da República baixar atos normativos, com força de lei.

2.1. A MPV no texto originário: de exceção a regra

O artigo 62 da CF/88 dispunha que: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”. Conforme o então parágrafo único: “As Medidas Provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

Em consonância com o princípio da separação dos poderes, o constituinte inseriu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 25 determinando que os DLs em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição teriam seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, seriam apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar, após o que, se não votados, considerar-se-iam rejeitados, convalidando-se os atos praticados durante a sua vigência; ou II – se editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição seriam convertidos, nesta data, em MPVs, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62.

Não obstante as restrições impostas pelo sistema constitucional, os sucessivos presidentes vislumbraram nas MPVs um campo fértil para a atuação legislativa direta pois, salvo a curta vigência do instituto – 30 dias – comparativamente ao extinto DL, os chefes do Poder Executivo sentiram-se desobrigados a obedecer qualquer limitação material.

No entanto, apesar dos conceitos abertos de “urgência e relevância”, os princípios fundamentais deveriam constituir empecilho suficiente para aplacar a sanha legislativa dos presidentes da República. Não foi o que se viu, todavia. A partir da vigência da Constituição, promulgada em 5/10/88, não demorou a edição da primeira MPV originária, a de nº 10, de 21/10/88. Já a MP 1/88, conversão do DL nº 2.473, perdeu eficácia e foi reeditada pela MP 11/88, finalmente convertida na Lei 7.680, publicada no Diário Oficial da União de 5/12/88.

No nosso entender, a utilização abusiva deveu-se precipuamente à inércia do próprio Congresso Nacional, que não assumiu o múnus de deliberar sobre as MPVs editadas com a celeridade exigida, por entender, a princípio, que essa postura importaria os mesmos efeitos da rejeição expressa. Não se olvida, registre-se, que também decisivo foi o reconhecimento pelo STF da constitucionalidade da reedição de MPV não votada.

Admitida a reedição das MPVs e convalidação dos efeitos da sucedida pela posterior, assistiu-se a fantástico e deprimente abuso, com reedições por meses e anos seguidos, com alterações na norma – às vezes sutis, porém materialmente importantes, e outras de grande profundidade e extensão – gerando prejuízo à segurança jurídica e ao estado democrático de direito (v.g. a MPV 2.096-89, de 25.1.2001, resultante de sucessivas reedições, com alterações de texto, da MPV 470, de 11/04/1994, converteu-se na Lei nº 10.179, de 06/02/2001, ou seja, sete anos e meio depois da primeira edição).

Traduzindo em números: de 5/10/1988 a 11/9/2001 foram editadas 6.110 MPVs, sendo 613 originárias e 5.035 reedições e de 12/9/2001 a 31/5/2006 foram 295. Considerando que no novo modelo as MPVs têm vigência por até 120 dias (4 vezes superior), é razoável presumir que essas equivalem a 1.180 do antigo regime. Isto demonstra que para o Executivo as MPVs jamais tiveram o caráter extraordinário, mas assumiram a condição de instrumento legislativo prefe-

rencial para contornar o caráter dialógico do processo legislativo ordinário.

2.2. A tentativa de conter o abuso: Emenda Constitucional 32/2001

Em 16.02.1995 o Senador Espiridião Amin apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 1, tendo em vista que até o final do governo Itamar Franco haviam sido baixadas 350 MPVs originárias e 462 reedições. Após mais de seis anos de vaivém entre o Senado e a Câmara, os líderes das duas Casas chegaram a um texto consensual e o Congresso promulgou a Emenda Constitucional 32, em 11 de setembro de 2001.

O novo regime incluiu limitações materiais expressas à edição de MPVs, quais sejam: nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal e processual; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; reservada a lei complementar; já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

Quanto à matéria tributária, cometeu grave equívoco o constituinte derivado ao dispor no § 2º do artigo 62 que a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos artigos 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. É flagrante a incompatibilidade entre os pressupostos de urgência e relevância e a necessidade de conversão em lei para a configuração do princípio da anterioridade (cobrança no exercício seguinte). Essa equivocada ressalva, que não foi aleatória, registre-se, pode fundamentar a instituição de contribuição social – sujeita apenas ao interstício de 90 dias – por MPV,

visto que o dispositivo se refere a imposto, espécie do gênero tributo, e não a este.

No que se refere ao prazo de vigência, passou para sessenta dias (§ 3º), prorrogável por igual período (§ 7º), totalizando 120 ou mais, já que os períodos do recesso não são computados (§ 4º), perdendo a eficácia desde a edição se não aprovada nesse período, devendo, nessa hipótese, o Congresso disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes (§ 3º). Entretanto, segundo o § 11, consideram-se regulados pela MPV rejeitada (ou que tenha perdido a eficácia) os atos jurídicos praticados durante a sua vigência, se não editado pelo Congresso o Decreto Legislativo respectivo.

Essa circunstância seria aplicável na hipótese de matéria tributária? E o Constituinte derivado poderia legitimamente promulgar esse § 11? No caso das contribuições sociais, rejeitada a MPV, qual o efeito? Pode o Congresso considerar a exação dela decorrente definitiva, ainda que limitada no tempo?

É interessante registrar, ainda nesse item, o vaticínio de Oscar Dias Corrêa (2005, p. 481) quando afirmou, com a sua experiência acumulada de parlamentar e de juiz, que a nova disciplina representaria avanço na luta para eliminar a crise jurídica, em boa parte oriunda do abuso da utilização das MPVs, mas que a EC 32 representaria “tomada de posição do Congresso Nacional (CN) no sentido de tentar (para nós, não mais do que isso) pôr limites à indelimitação da fórmula ampla com que a Constituição (CF) a facultou ao Presidente da República (PR), no art. 62 e parágrafo único”.

De fato o abuso continuou nessa nova etapa, mesmo com as limitações impostas.

3. A República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito

O artigo 1º da Carta Magna constitui a República Federativa do Brasil como Estado democrático de direito e declara, em seu parágrafo único que “todo o poder emana

do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Trata-se aqui não de mero enunciado, amplo de significado e vazio de conteúdo, mas condição de legitimação democrática.

Friedrich Müller leciona que o “povo” constante dos textos constitucionais modernos não pode ser tomado apenas como o conjunto dos cidadãos residentes em dado território, nem tampouco por uma democracia tosca, meramente formal, no sentido de ser chamado a escolher periodicamente os seus representantes, que a partir daí tudo podem realizar porque o farão em nome do povo, mas entendido segundo um conceito jurídico adequado à legitimação democrática.

Considera, portanto, a possibilidade do exercício abusivo do poder político, que não deve ser negligenciado ao se estudar a legitimidade da atuação dos agentes públicos. Significa levar o povo efetivamente a sério, como fator determinante.

“A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizados (denominado ‘Estado’): não como subpessoas [Unter-Menschen] não como súditos [Untertanen], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do ‘povo’ que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexu necessário, um nexu legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista [inhaltliches Naturrecht]; isso se acha incorporado ao texto das constituições [in

den Konstitutionen vertextet], das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.” (MÜLLER, 2003, p. 115)

Para Michel Rosenfeld a identidade constitucional nasce com a elaboração do texto magno – com as contribuições das gerações que perpassaram a formação da comunidade em que se implanta – e deve ser reconstruída conforme a evolução daquela sociedade inaugurada, assumindo “o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – rule of law – e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 47), como elementos essenciais à liberdade e igualdade, asseguratórios da legitimação democrática, mas que resultam em conflitos generalizados entre o eu e o outro, entre Estado e sociedade, entre representantes e representados.

E o conflito sempre subsistirá em uma sociedade plural na medida em que a universalização das relações impõe a constante convivência com as diferenças e as tensões provocadas pelo choque de múltiplas culturas, que necessariamente têm de relacionar-se comercial, social, financeira ou juridicamente.

Assim, a harmonização completa entre o eu e o outro é inalcançável, “o que significa que a identidade do sujeito constitucional jamais poderá ser totalmente representativa de todos os que se encontram sob o seu âmbito, ou igualmente aceitável para todos esses” (ROSENFELD, 2003, p. 114). E isto mesmo nas comunidades pluralistas, pois por mais que se amplie a identidade do sujeito constitucional, outros grupos habilitar-se-ão a ser reconhecidos e incluídos no contexto dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade.

O ideal do sujeito constitucional é, necessariamente, inclusivo. Reconhece, respeita e aceita as diferenças, sem descurar da tentação do controle de sua própria identidade interna pela exclusão do outro – opressor – que coloque em risco a comunidade política.

José Geraldo de Sousa Júnior, na perspectiva sociológica, destaca o caráter integrativo das diferenças em uma comunidade de livres e iguais por meio da pressão de grupos sociais que promovem uma mediação entre o autoritarismo e a democracia, na medida em que expandem a dimensão democrática da construção social de uma cidadania representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo.

Explícita, nessa toada, que “a democracia designa o sentido de permanente ampliação dos espaços de emergência de novas liberdades e novos direitos, como obra inconclusa. Na alusão à fórmula do Estado democrático de direito, pois, o que se deve ter em mente é assinalar os estágios de superações necessárias para acentuar na etapa corrente a exigência de novas concepções de Justiça capazes de assegurar, através do exercício da democracia, a criação de direitos novos no processo de reinstituição contínua da sociedade.” (SOUSA JUNIOR, págs. 86 e 87).

Torna-se, pois, fundamental à democracia a fixação dos parâmetros de avaliação dos limites e possibilidades dos representantes do povo, cada qual em sua esfera de atuação, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, segundo o qual, fora do amplo debate público não há legitimidade.

3.1. A Medida Provisória e o sistema de freios e contrapesos

O sistema admite exceções que como tais devem ser tratadas, pois transformar a exceção em regra implica abuso da prerrogativa destinada a casos de emergência e estes podem efetivamente ocorrer, na complexidade da sociedade moderna e globalizada.

Habermas (1997, I, p. 217) demonstra que ao apropriar-se de funções que não lhe são típicas, o Executivo gera tensão ante a “submissão de processos da legislação e da jurisprudência sob condições limitadoras” e essas intervenções dificultam “os processos

de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais.” Por isso, conclui, “a autorização ao executivo para a promulgação de normas jurídicas necessita de uma norma especial, conforme ao direito administrativo.”

A lógica da divisão funcional assume relevo pois cada função se submete a processos próprios de argumentação e somente o legislador político tem “o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas”, enquanto que para a administração as normas “amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com a ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias.” (HABERMAS, 1997, I, p. 239)

Evidencia-se, assim, que a elaboração legislativa pelo Presidente da República, autorizada de forma excepcional pela Constituição, deve ser utilizada com parcimônia, ante a possível confusão dos argumentos de aplicação e de justificação das normas e o risco à integridade do sistema jurídico, decorrente de déficit de legitimidade.

A integridade do ordenamento jurídico é assegurada pela adoção do modelo dos princípios, que se ajusta à sociedade pluralista porquanto especifica as responsabilidades da cidadania, no sentido de que “*cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios*” (DWORKIN, 1999, p. 257)

Reforça, assim, a igualdade, vez que todos, perdedores e vencedores do jogo político, a ele se submetem e acatam as decisões fundadas em princípios dele decorrentes, pois nestes sustenta-se a legitimidade e a integridade da ordem jurídica e da justiça.

Para Dworkin, o direito é uma obra em permanente construção cuja gênese encerra um “romance em cadeia”, metáfora utilizada para demonstrar que o legislador atual recebe um sistema normativo consolidado e escreve novo capítulo, que deve manter uma lógica que não agrida os princípios determinantes da comunidade à qual é dirigida.

É importante identificar, pois, os limites à edição de MPVs a fim de compatibilizar o instituto com o princípio da separação dos poderes.

“A crescente *apropriação institucional* do poder de legislar, *por parte* dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a *utilização excessiva* das MPVs *causar* profundas *distorções* que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. – *Nada pode justificar* a utilização *abusiva* de MPVs, *sob pena* de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, *ilegitimamente*, na mais relevante função institucional *que pertence* ao Congresso Nacional, *vindo a converter-se*, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, *afetando*, desse modo, *com grave prejuízo* para o regime das liberdades públicas e *sérios reflexos* sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que *necessariamente* deve existir entre os Poderes da República. – *Cabe*, ao Poder Judiciário, *no desempenho* das funções que lhe são inerentes, *impedir* que o *exercício compulsivo* da competência extraordinária de editar MPV *culmine* por introduzir, no processo institucional brasileiro, *em matéria legislativa*, verdadeiro *cesarismo governamental*, provocando, assim, graves *distorções* no modelo político e gerando sérias *disfunções* compromete-

tedoras da *integridade* do princípio constitucional da separação de poderes.” (Celso de Mello, ADI 2.213-MC, DJ 23/04/04 – destaques no original)

Nesse sentido, parece correto afirmar que o uso indiscriminado de MPVs pode configurar violação ao Estado Democrático de Direito e ao sistema de freios e contrapesos assegurado pela separação dos poderes. Pululam exemplos dessa prática: o Presidente Sarney editou a MPV 105 para inscrever os nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no livro dos heróis da pátria; Collor a nº 170, que autorizou a aquisição de veículo de representação para uso do vice-presidente; Itamar, com a MPV 375, intentou proibir a concessão de liminares em mandados de segurança, ações ordinárias e cautelares que tivessem por fundamento jurídico MPVs; Fernando Henrique editou a nº 1.145 dispondo sobre contratos para a produção de bens imóveis; Lula, a nº 195, determinando que os aparelhos de TV devem conter dispositivo bloqueador de programação inadequada.

Destaque-se, por seu efeito demonstração, a MPV 173 (Collor), que ao proibir a concessão de medida liminar em Mandados de Segurança e em Ações Ordinárias e Cautelares decorrentes de Medidas Provisórias, a um só tempo invadiu a competência do Legislativo e limitou a do Judiciário, em flagrante autoproteção do ato de império, com grave violação da integridade do sistema jurídico pátrio.

Há, ainda, matérias que produzem relações que se mostram irreversíveis. Como seriam resolvidos esses casos? Em nosso entender, não poderiam ser regulados por MPV, ainda que essa limitação não conste expressamente do texto constitucional, pois é incompatível com o instituto que, por definição, regula temas que admitam a reversibilidade.

E, ainda assim, se o presidente de República baixa ato dessa natureza deve, pelo menos em tese, responder pelo abuso cometido. De fato, conforme registrado no início

desse trabalho, no parlamentarismo a responsabilidade é objetiva, intrínseca àquele sistema de governo, pela possibilidade de dissolução do parlamento e queda de Gabinete. Já no sistema presidencial o processo é mais fluido, com forte componente político, pois se viabiliza por meio da configuração de crime de responsabilidade e este, dado o seu caráter eminentemente político, impõe dificuldade de instauração do processo respectivo, ante os instrumentos de cooptação de parlamentares para a formação da maioria do governo no Congresso Nacional.

3.2. Medida provisória e flexibilização do princípio da legalidade

Segundo o princípio da legalidade, o agente público só age quando expressamente autorizado por lei e nos limites desta. Essa limitação constitucional pode ser abalada pela utilização abusiva da MPV, conjugada com a prática das reedições (já extinta) e com a teoria do fato consumado, visto que se converte em instrumento de convalidação de ações administrativas que não se sustentariam no âmbito do debate público.

São ilustrativas dessa “flexibilização” do princípio da legalidade:

1. a MPV 2048-26, de 29/6/2000, “Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, dá nova redação ao art. 57 da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, que dispõe sobre o regime jurídico peculiar aos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal, e dá outras providências” alterou diversas carreiras do Poder Executivo, viabilizando o provimento dos referidos cargos.

Após sucessivas reedições, a MPV 2229, de 6/9/2001, introduziu o seguinte artigo 73: “O Quadro IV da Lei nº 10.171, de 5 de janeiro de 2001¹, fica acrescido das autorizações constantes do Anexo XIX desta Medida Provisória.” O citado anexo XIX tem o seguinte título: “ANEXO XIX - DEMONSTRATIVO

DE QUE TRATA O ART. 62 DA LEI Nº 9.995, DE 2000², PARA ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 169, § 1º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO”.

Vale dizer, o presidente da República em setembro de 2001 “legalizou” os atos praticados desde junho de 2000.

2. a MPV 237, de 27/1/2005, que “Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País, e dá outras providências.” Dentre as “outras providências” destacamos o artigo 9º, que alterou o artigo 8º da MPV 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, para incluir dentre as operações de crédito passíveis de refinanciamento as contratadas com a Caixa Econômica Federal e dilatar de 3 para 6 anos essa possibilidade (inciso II do § 1º). Acrescentou, ainda, o seguinte inciso: “III - as operações de crédito destinadas à implantação de projeto de melhoria em sistemas de iluminação pública, no âmbito do Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente - Reluz.” E um novo parágrafo: “§ 2º Os efeitos da exclusão a que se refere o inciso III do § 1º retroagem a 29 de junho de 2000.”

Com essa MPV, o Presidente da República “legalizou” atos de diversos prefeitos que poderiam, em tese, configurar improbidade administrativa prevista no artigo 73 da Lei Complementar 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com efeito, essa amostra de MPVs parece indicar a mitigação da força restritiva do ato da administração à lei, em prejuízo, portanto, do princípio constitucional da legalidade. Vale dizer: do princípio do governo limitado, referido por Rosenfeld.

4. Medida Provisória em matéria tributária

4.1. Limites à edição

Humberto Bergmann Ávila (1997, p. 46) ainda sob o regime constitucional anterior, afirma que “... a utilização de MPV para ins-

tituir tributos em função de caso de relevância e urgência esbarra nos princípios da legalidade e da anterioridade. [...] Além disso, à legalidade agrega-se a tipicidade, no sentido de que a exigência referente aos aspectos da norma de tributação (hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota, etc.) deve derivar da própria lei, sobre isso decidindo apenas o legislador, nunca, o administrador”, mas ressalva que o STF a aceita, em princípio, ao argumento de que a Constituição não fez restrições no que toca à matéria [RE 138284, RTJSTF (143): 321. 1992].

Para Sacha Calmon Navarro Coelho (1997, p. 24) “todos os casos relevantes e urgentes em tema de tributação já estão atendidos no corpo permanente da Constituição...” remetendo aos impostos com alíquotas flexíveis (art. 150, VIII, “a” e “b” e §1º), aos empréstimos compulsórios de que trata o art. 148, I e parágrafo único, e à anterioridade nonagesimal incidente nas contribuições sociais (artigo 195, §6º). A partir daí questiona: “Que outros casos de urgência e relevância existirão num direito tão marcado pela legalidade e a anterioridade a sugerir MPVs?” E responde: “Não nos ocorre nenhum!”

Hugo de Brito Machado (2003, p. 87), que sempre foi um crítico veemente da utilização de MPVs em matéria tributária, inclusive quanto à omissão do Supremo Tribunal ao tratar do tema, entende que: “... a norma do § 2º do art. 62 da Constituição Federal, introduzida pela Emenda n. 32, que exige lei do exercício anterior para autorizar a cobrança dos impostos sujeitos ao princípio da anterioridade, tem natureza meramente interpretativa. [...] Assim, aplica-se também às taxas e contribuições sujeitas ao princípio da anterioridade nos termos do art. 150, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal.”

Leon Frejda Szklarowsky (2003, p. 84), mesmo registrando os abusos cometidos por sucessivos governos, assevera que “o Estado moderno não pode prescindir de certos instrumentos que lhe dêem agilidade bas-

tante para a realização de atividades que não possam aguardar o desenlace moroso da via normal”. Nessa perspectiva, considera válida a edição de MPVs para a instituição ou majoração de tributos, visto que sendo lei em sentido material, contra ela não se poderia esgrimir o argumento do princípio da legalidade.

E vai além ao argumentar, sob a ótica da governabilidade, que “as Constituições modernas dispõem de certos mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão de Poderes, que hoje não mais comporta a severa intangibilidade desses mesmos poderes” (SZKLAROWSKY, 2003, págs. 84-85).

No que tange à matéria tributária, explicita a incoerência do constituinte derivado em admitir a instituição de imposto por MPV, mas condicionar sua eficácia à conversão em lei, advogando a possibilidade da cobrança, a despeito da explícita limitação.

Não nos parece correto o entendimento. A nova redação do § 2º exprime a prevalência do princípio da legalidade que integra o corpo permanente da Constituição como limitação ao Poder estatal de tributar, que decorre dos direitos e garantias fundamentais. A suposta antinomia resolve-se em favor do cidadão e não do Estado. Vale dizer, no paradigma procedimental do direito, no qual deve prevalecer o amplo e público debate sobre normas que invadam a esfera de igualdade e liberdade do cidadão como condição de legitimidade das normas, parece ser inaceitável a sua edição por ato unipessoal do Presidente da República.

Oscar Dias Corrêa (2005, p. 491) entende que a EC 32/2001 deveria ter veiculado impedimento genérico a tributos e anota sobre o novo § 2º do artigo 62 que a eficácia só provirá se a MPV “se houver tornado lei, com a eficácia e definitividade de lei, com o que, praticamente, se vedou a MP em matéria tributária, em face dos riscos que representava a sua admissão. E respeitou-se o princípio da anterioridade”.

Clélio Chiesa (2002, p. 36), sob a égide do novo modelo constitucional, entende ser um despautério a instituição ou majoração de tributos por MPV, pois seria: (1) incompatível com a sistemática do ordenamento jurídico pátrio; e (2) incongruente o parágrafo com o *caput*, aduzindo que “o princípio da segurança jurídica, contemplado implicitamente pelo sistema positivo, manifesta-se de forma mais recrudescida no Direito Tributário. Revela-se não apenas por meio da legalidade ou pela irretroatividade das leis tributárias, mas, principalmente, pelo princípio da anterioridade.”

Conclui que a tributação contrapõe-se a um dos direitos fundamentais do cidadão, que é o direito de propriedade e que deve haver, na medida do possível, o equilíbrio entre essas duas diretrizes, viabilizando o Estado Democrático de Direito.

Aditamos aos argumentos desses doutrinadores a obrigatoriedade do planejamento como obstáculo à configuração de urgência e relevância em matéria tributária. De fato, o planejamento público se consubstancia nas leis orçamentárias anuais, com expressa previsão de receitas e despesas, elaboradas em obediência às diretrizes orçamentárias instituídas na LDO e respeitado, ainda, o plano plurianual (artigos 165 a 167).

Esse conjunto de normas impede a arguição de necessidades imperiosas e inafastáveis a justificar a instituição de impostos ou contribuições por meio desse instrumento legislativo excepcional. Destaquem-se as limitações estatuídas no artigo 167, ressalvada, como passível de disciplina por MPV, a abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (§ 3º), o que obsta o argumento da imprevisão em matéria financeira e orçamentária pública.

Acrescente-se, ainda, a hipótese do artigo 154, II, sob cujo fundamento a União pode instituir impostos extraordinários, compre-

endidos ou não em sua competência tributária, exclusivamente na iminência ou no caso de guerra externa.

Já os tributos que têm função parafiscal possuem flexibilidade de alíquotas. Vale dizer: dentro das balizas legalmente estabelecidas, ato do Poder Executivo pode aumentar ou reduzir as alíquotas, o que permite o controle da balança comercial, do meio circulante etc.

Assim, nada justifica que MPV institua ou majore tributos.

Merece consideração particularizada a questão da instituição ou majoração de contribuição social.

Hugo de Brito Machado (2003, p. 87) defende que a limitação para o imposto deve estender-se às contribuições sociais – sujeitas ao interstício de 90 dias.

A experiência não autoriza a certeza daquele festejado tributarista, ainda que se concorde com a tese esposada. Ao revés, os precedentes relativos ao regime anterior à EC 32 nesta matéria já desaconselhariam a excessiva expectativa, visto que há dispositivo tratando expressamente da hipótese de imposto, enquanto que a emenda não faz referência às Contribuições sociais, o que pode ser interpretado como “silêncio eloqüente”, ou seja: não excepcionado, estaria autorizada a veiculação de contribuições sociais por MPV.

Leon Fredja, em contraposição entende possível a veiculação de contribuição social por MPV por não haver vedação expressa. Nesse sentido, sentencia que “o § 2º do artigo 62 refere-se a imposto e não a tributo. O tributo compreende os impostos, as taxas e as contribuições (CTN, artigos 3º, 5º, 16, 77 e 81 c/c o artigo 145 da CF). São institutos distintos que se não confundem.” (SZKLAROWSKY, 2003, págs. 154-155)

Esse entendimento decorre de exegese meramente literal e à qual já aludimos linhas atrás, quando nos referimos ao “silêncio eloqüente”. Isto não significa dizer que seja o mais correto, fora do marco pragmático adotado por Leon Fredja.

Em nosso entender, o raciocínio não se mostra aceitável, por afrontar o processo de instituição do direito no âmbito de amplas discussões públicas e que, portanto, não pode se submeter a voluntarismos, que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito. Reitere-se que o princípio do planejamento público obstaculizaria a configuração de urgência. Ademais, o § 5º do artigo 195 da CF/88 determina que nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

Assume relevo, ainda, o artigo 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal segundo o qual a nova despesa permanente deve ser instruída com o impacto orçamentário e precedida da respectiva fonte de recursos.

Tampouco a “governabilidade” a legitima, pois dá margem a violação da integridade do direito e da supremacia da Constituição. Para o STF “A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica...” (Celso de Mello, ADI-MC 2010, DJ 12.04.2002, p. 0005)

4.2. Limites à eficácia

Questão de suma importância é a regulação dos efeitos de MPV rejeitada, potencialmente violadora do Estado Democrático de Direito por afrontar os princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Desde a redação originária, compete exclusivamente ao Congresso Nacional regular as relações jurídicas decorrentes de MPV rejeitada, sem submeter-se ao crivo do Presidente da República, em reforço à idéia de freios e contrapesos, pois se ao presidente

foi concedida a competência excepcional de editar MPVs, incumbe ao Congresso, por decreto legislativo, disciplinar as relações jurídicas decorrentes das que não forem aprovadas.

Quer nos parecer que o princípio da legalidade impede que a convalidação dos atos praticados, caso tenha sido instituído ou majorado contribuição social.

5. O § 11 do artigo 62: a democracia violentada

Importante destacar que o constituinte derivado (EC 32/2001) autorizou genericamente, com o § 11 do artigo 62, que as relações jurídicas se perpetuassem no tempo, na hipótese de não ser editado o decreto legislativo em sessenta dias.

“A ausência do disciplinamento dos efeitos da MPV que perdeu eficácia ou foi rejeitada conduz, surpreendente e contraditoriamente, à sua eficácia e validade: as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas e, portanto, como se aprovadas! A isso levará a omissão do CN! Como acontecia com os decretos-leis no regime da CF 67 e da EC 1/69.” (CORRÊA, 2005, p. 493)

Chiesa (2002, p. 34) afirma acerca do § 11 que “essa sistemática poderá criar situações esdrúxulas, ofensivas ao princípio da legalidade em sentido estrito e ao princípio da separação dos poderes, pois relações jurídicas poderão consumir-se e tornar-se definitivas, fundadas em ato normativo editado unilateralmente pelo Chefe do Executivo, redimensionando a diretriz segundo a qual alguém somente está obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de ato normativo editado pelo Legislativo ou que tenha tido a sua aquiescência, seja prévia ou *a posteriori*.”

De fato, o paradoxo da cláusula genérica de convalidação deve ser enfrentado.

Poderia o constituinte derivado legitimamente promulgar o § 11 do artigo 62?

Quer parecer que não. Conforme explicitado alhures, ao estabelecer a disciplina dos decretos-leis em vigor na data da promulgação da CF/88 – ADCT, art. 25, § 1º –, o constituinte prestigiou o Legislativo, com arrimo no princípio da separação dos poderes, quando determinou que os DLs editados até 2/9/88, seriam apreciados pelo Congresso em até de 180 dias, a contar da promulgação da CF/88, sob pena de rejeição e os baixados de 3/9/88 até a promulgação da Carta seriam convertidos em MPVs.

Não se ignora, registre-se, que o inciso III daquele dispositivo transitório convalidou os atos praticados na vigência do DL rejeitado expressa ou tacitamente, o que poderia ser interpretado como autorizador do modelo. Entretanto, essa exceção só poderia ser validamente estabelecida pelo constituinte originário, sendo ilegítima a sua ampliação.

Avulta considerar que a solução perpetrada restabelece o princípio da garantia de eficácia por decurso de prazo, prática repudiada pela Constituição, que confere à maioria o direito de utilizar-se da obstrução legislativa (instrumento típico das minorias no embate dialético próprio do Parlamento, com o intuito de assegurar as legítimas negociações parlamentares para a conformação de um texto médio). Ora, se se dá à própria maioria essa prerrogativa, por certo resta caracterizado o interesse de fazer prevalecer a vontade presidencial por decurso de prazo, o que é repudiado pela CF/88, pois a aprovação por decurso de prazo subverte a sistemática legislativa do constituinte originário e serve para escamotear os possíveis votos dos integrantes do bloco parlamentar de apoio ao governo. Basta negar presença, na comissão ou no Plenário, para prevalecer o poder imperial do presidente, em detrimento do império do direito.

Ora, incumbe ao Governo que editou a MPV o ônus de aprová-la e, não logrando êxito nesse desiderato, aprovar ao menos o decreto legislativo que regule os efeitos das relações jurídicas decorrentes de sua efême-

ra vigência. Admitir o contrário é transformar o instituto provisório em permanente, ainda que de eficácia contida no tempo.

O § 11 do artigo 62, rigorosamente, restaura o critério do DL, que o constituinte originário pretendeu sepultar em favor da implantação do Estado Democrático de Direito, o que permite afirmar que essa norma viola princípio fundamental da Federação.

No que tange à regulação dos efeitos de MPV que institui ou majora contribuições sociais no novo regime constitucional, ainda que se mostre reversível, parece correto afirmar que havendo exação e rejeitada a MPV deve haver a restituição do pagamento indevido, como solução mais consentânea com os princípios constitucionais que regem a nação brasileira.

Destarte, se a MPV foi rejeitada, não haverá lei que autorize a exação, visto que o povo, por seus representantes, a terá recusado, dentro do exercício soberano da autoimposição tributária, razão pela qual, se recolhido aos cofres públicos, o tributo arrecadado deve ser devolvido aos contribuintes.

De fato, retomando em Habermas e Dworkin: (1) a noção de legitimação democrática da formação de direito como constituinte da autolimitação legislativa; (2) a adoção de amplo debate público, tomando-se a sério as contribuições dos cidadãos; (3) a observância de procedimento discursivo para a limitação das esferas de igualdade e liberdade individual, mesmo que esse processo se dê por meio de representantes periodicamente constituídos mediante sufrágio livre, direto e universal; e (4) a manutenção da integridade do sistema jurídico, não nos parece adequado o argumento de governabilidade para justificar a exação, conforme anteriormente explicitado.

A governabilidade concretiza-se na Constituição e não contra ela. É o respeito aos princípios que fundam a comunidade política de cidadãos livres e iguais que legitima o exercício dos Poderes em nome do povo. Aquele povo completo e complexo a que aludem Rosenfeld e Müller.

Ingovernável é a nação cujo governante pretenda, sem qualquer discussão pública, libertar-se das limitações de Poder impostas constitucional e legalmente. O agigantamento do Poder Executivo fragiliza o sistema de freios e contrapesos e, por conseguinte, coloca em risco a própria democracia, abrindo espaço à tirania e ao autoritarismo.

6. Conclusões

Ante o exposto, parece correto afirmar que:

6.1. a competência excepcional legislativa do Presidente da República deve ser exercida com parcimônia e responsabilidade, reservada exclusivamente para situações emergenciais, de graves conseqüências para o interesse público ou de comoção social;

6.2. os pressupostos de urgência e relevância devem ser ponderados pelo chefe do Poder Executivo sob pena de instaurar-se inconcebível insegurança jurídica e atentar contra o Estado Democrático de Direito. Assim, além de mostrar-se imprescindível a regulação de determinada matéria por MPV, naquelas em que não estão explicitamente proibidas no texto constitucional, deve-se avaliar objetivamente, ainda, se os atos que dela decorrerem são reversíveis. Caso contrário, não se há de regulá-la por instituto que, por definição, é precário;

6.3. o instituto das MPVs não se mostra adequado para regular matéria tributária, ante os princípios que informam o Estado Democrático de Direito, bem como pela impossibilidade de configurar-se a urgência e relevância, ante a obrigatoriedade do planejamento público. A situação emergencial prevista constitucionalmente para os impostos tem regulação própria que dispensa a utilização do instituto;

6.4. ainda assim, se o Presidente da República instituir contribuição social mediante MPV, a sua rejeição pelo Congresso, tácita ou expressa, implicará ilegitimidade da cobrança, por violação do princípio da legalidade estrita. Neste caso, não poderá o

Congresso Nacional considerar válida a exação, pois deixará de ter eficácia a MPV.

6.5. mesmo que o Parlamento não edite o Decreto Legislativo cassando os efeitos do ato excepcional presidencial, não poderá incidir o § 11 do artigo 62, por inconstitucionalidade. Neste caso, a solução que nos parece mais adequada ao Estado Democrático de Direito é perda de eficácia desde a edição, com a conseqüente insubsistência de amparo legal da exação e devolução da contribuição cobrada.

Notas

¹ Trata-se da Lei Orçamentária Anual de 2001.

² A Lei 9.995, de 25/7/2000, fixou “as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001”.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. Medida Provisória na Constituição de 1988. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série/ organizado por Ronaldo Rebello de Brito Poletti. Brasília: n. 6 (jul/dez de 1998) – UnB, Faculdade de Direito, 2000, pp. 233 a 250.

CHIESA, Clélio: Medidas Provisórias em matéria tributária – apontamentos sobre as inovações introduzidas pela EC 32/01 – Revista Dialética de Direito Tributário, nº 85, outubro de 2002, p. 32/42.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. As MPVs em matéria fiscal. Enfoque Jurídico, Suplemento Informe. TRF 1ª Região. Edição 06 (ABR/MAI) – 1997.

CORRÊA, Oscar Dias. O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem a José Néri da Silveira / coordenadores: Cláudio Belmonte e Plínio Melgaré. Capítulo: As MPVs e a Emenda Constitucional nº 32/2001, p. 481. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. O Império do direito. Tradutor: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradutor: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volumes I e II, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª Ed., 07/2003.

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradutor: Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 3ª Ed., 2003.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias: instrumento de governabilidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2003.