

A MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Andrei Batista FIORI¹
Caroline Nader GERVASONI²

RESUMO: O presente trabalho tem por primordial objetivo transmitir informações sobre a possibilidade de instituição de tributos por meio de medida provisória, evidenciando a necessidade de respeitar o princípio da legalidade, que se faz presente no direito tributário, sendo indispensável. Somente o debate sobre o tema será capaz de reprimir o uso desmedido de medidas provisórias no caso de tributação. O ensaio tenta esclarecer a contradição existente dentro da própria Constituição Federal da república Federativa do Brasil que ora se reporta ao princípio da legalidade no âmbito tributário, ora dispõe que impostos poderão ser instituídos por medida provisória.

Palavras-chave: Medida Provisória. Legalidade. Cláusula Pétrea. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema se deu mediante a polêmica gerada no universo jurídico, principalmente pela divergência entre a opinião doutrinária e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a instituição de tributos por meio de medida provisória, o que gera indignação coletiva, que não se resolveu ao longo dos anos.

Tem como proposta principal demonstrar que não é adequada a utilização de medida provisória no âmbito tributário, sendo uma maneira abusiva praticada pelo Poder Executivo, o que gera a insegurança social.

O interesse nesta temática se deu pelo conflito existente entre o posicionamento doutrinário majoritário brasileiro versus a posição eleita pelo Poder Executivo e Legislativo, em face à utilização de medida provisória para matéria tributária.

¹ Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. andreibat_6@hotmail.com.

² Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. carolnader@hotmail.com.

Para a realização desse trabalho foi utilizado o método dedutivo, sendo confeccionada uma busca em meios doutrinários e jurisprudenciais, que contribuíram fundamentalmente para convicção acerca do tema tratado.

2 MEDIDA PROVISÓRIA

A medida provisória constitui em um instrumento democrático que possui previsão expressa no texto da Constituição Federal, lei máxima do Estado:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Ato unipessoal, de natureza jurídico-constitucional, onde o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, em situações oportunas e convenientes, realiza atividade legislativa.

Para a caracterização da medida provisória é imprescindível a presença, cumulativa, da relevância e urgência, caso contrário poderá ocorrer a inconstitucionalidade da utilização da medida provisória, face à carência de relevância e/ou urgência.

Após a expedição da medida provisória o Presidente da República deverá submeter, de imediato, ao Congresso Nacional, que fará o controle. Caso seja rejeitada pelo Congresso, a medida não poderá ser alvo de reedição.

A medida provisória é dotada de força normativa, podendo possuir inclusive, vigência imediata, dependendo do seu conteúdo e da data de publicação. Contudo, como o próprio nome sugestiona, a medida provisória tem caráter provisório, ou seja, tem prazo constitucional temporário de validade, conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 62 da Carta Magna:

§ 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.

O Ilustre doutrinador Araújo (2001, p. 297) explica que “a medida provisória é efêmera. Tem duração certa, determinada e improrrogável”.

Embora a medida provisória tenha força de Lei, não é em verdade uma Lei, haja vista a não existência prévia de processo legislativo à sua formação.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Nas civilizações mais remotas os princípios eram aplicados apenas nas hipóteses de lacunas no direito, situação que se modificou com o decorrer do tempo, visto que atualmente devem ser utilizados como base para criação de novas leis e como norteadores das leis já existentes.

No Direito Tributário, os princípios atuam limitando, rigorosamente, o exercício de tributar, onde a Constituição Federal, através de seus princípios, preocupa-se com a forma do exercício da competência.

O princípio da legalidade além de ser um dos princípios constitucionais, é considerado também um direito fundamental, sendo assim indisponível ao ser humano.

Pelo princípio da legalidade, nenhum tributo por ser instituído ou majorado por qualquer instrumento que não seja a lei, consoante artigo 150, inciso I da Constituição Federal:

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

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Nesse sentido, convém destacar que a lei funciona como uma proteção ao contribuinte, uma vez que é a expressão de vontade do povo, que

em um sistema democrático escolhe seus representantes políticos, responsáveis pela elaboração dessas leis.

4 APLICABILIDADE NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

No que tange a possibilidade da instituição de tributos através de Medidas Provisórias, surgem dois posicionamentos principais e antagônicos. De um lado a doutrina minoritária, acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal, defendendo ser perfeitamente possível a Medida Provisória instituir ou majorar tributos, do outro a grande parte da doutrina inadmitindo veementemente referida hipótese, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir expostos.

4.1 Posicionamento Doutrinário Predominante

O posicionamento majoritário, ao combater a possibilidade da medida provisória instituir tributos, defende a inconstitucionalidade de referida hipótese, por ferir diretamente o Princípio da Legalidade Tributária, argumentando que, de acordo com o que preceitua o Art.150, I da Constituição Federal, não se pode exigir ou aumentar tributo sem Lei que o estabeleça.

Ao interpretarmos referido dispositivo constitucional, devemos entender que apenas a lei pode criar tributos. Para essa parte da doutrina, medida provisória não é uma Lei, apenas tem força de Lei, de acordo com o que a própria Constituição estabelece em seu Art.62, não devendo entender “ter” força como sendo Lei.

Devemos considerar ainda o fato de que existe distinção formal entre Lei e medida provisória, o que prejudica a possibilidade de admitirmos confusão de espécies tão distintas no que se refere à sua formação.

Seguindo esse entendimento, é cândido vislumbrarmos o Art.59 da Constituição Federal, estabelecer “Lei” e “Medida Provisória” como espécies

normativas distintas. Dessarte, o legislador constituinte ao referir-se à Lei no inciso I do Art.150, delimitou a tributação a essa espécie normativa especificamente, ao passo que instituir ou majorar tributos por Medida Provisória afronta diretamente os princípios da Legalidade e Anterioridade na tributação.

Para ilustrar o posicionamento da doutrina a cerca da incompatibilidade das Medidas Provisórias com o regime jurídico-tributário brasileiro, vejamos como já se pronunciou Derzi (1999, p. 106):

Bem se vê que as medidas provisórias e regulação de tributos não se conciliam, por causa dos princípios que vedam a “surpresa” tributária. Esses princípios postergam, adiam a eficácia da lei já existente ou para o exercício financeiro subsequente ou para o término do período de espera de 90 dias. As medidas provisórias, em mandamento constitucional exatamente oposto, antes mesmo da existência da lei, antecipam a eficácia da própria lei. Esses movimentos são contraditórios, antitéticos.

Como podemos observar, dentre as críticas apresentadas por alguns autores com relação ao tema, está a desconformidade da medida provisória com os princípios tributários que visam proteger o contribuinte, dos quais o princípio da Legalidade Tributária ganha força recentemente, em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional n.32/2001, que alterou alguns dispositivos da Constituição Federal, dentre eles o Art.62, pois essa modificação, especificamente o acréscimo do § 2º.

Para muitos, com essa alteração, mitigou-se a discussão em relação ao fato de medida provisória ferir o Princípio da Anterioridade ou Não Surpresa Tributária. Dessa forma, o Princípio da Legalidade Tributária seria a partir de então a base de fundamentação doutrinária nesse contexto, aliado à precariedade da medida provisória e a invasão do Executivo na esfera tributária através dela.

4.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

De outra banda, a Emenda Constitucional n.32, serve de reforço aos argumentos de quem já sustentava a possibilidade das medidas

provisórias instituírem tributos.

A doutrina minoritária defende a ideia de que não existe inconstitucionalidade na hipótese em tela, uma vez que a Constituição Federal não proibiu estritamente que medidas provisórias instituassem ou majorassem tributos, além do fato de que mesmo sendo um ato do Executivo, passaria pelo crivo do Legislativo que pode ou não converter em Lei.

O fato de a medida provisória estar sujeita a converter-se em Lei, justificaria a sua existência em matéria tributária, pois, ainda que não tenha nascido de Lei o tributo, nasceu de uma espécie normativa que tornou-se uma Lei posteriormente.

Apesar de minoritário, esse posicionamento ganhou força extrema após ser sustentado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido cabe reproduzir a passagem do voto do relator Ministro Carlos Velloso:

A criação do tributo mediante medida provisória. Há os que sustentam que o tributo não pode ser instituído mediante medida provisória. A questão, no particular, merece algumas considerações. Convém registrar, primeiro que tudo, que a Constituição, ao estabelecer a medida provisória como espécie de ato normativo primário, não impôs qualquer restrição no tocante à matéria. E se a medida provisória vem a se transformar em lei, a objeção perde objeto. É o que ocorreu, no caso. A MP n.º 22, de 6-12-88, foi convertida na Lei n.º 7.689, de 25-12-88. Não seria, portanto, pelo fato de que a contribuição criada, originariamente, mediante medida provisória, que seria ela inconstitucional (RE n.138.284 – CE).

O advento da Emenda Constitucional, adicionando ao Art.62, o § 2º consolidou esse entendimento e passou a tornar, para muitos, o que antes era uma autorização em virtude de silêncio, algo expresso no texto constitucional.

Entretanto, é mister discutirmos nesse contexto a legitimidade dessa instituição constitucional derivada.

A Constituição Federal de 1988 impôs limitações ao poder derivado, ou seja, as chamadas emendas ao poder originário podem ocorrer desde que respeitados os critérios estabelecidos no texto original.

Destarte, o Art. 60 da Constituição Federal, traz em seu texto exatamente as hipóteses em que não poderá haver reforma de seu texto originário, quais sejam: limitações circunstanciais (Art.60, § 1º) limitações

processuais ou formais (incisos I, II, III, §2º, §3º, §5º do art. 60); limitações materiais implícitas e as limitações materiais expressas ou explícitas do § 4º, do art. 60.

Tratando especificamente do § 4º, observamos um núcleo sólido de matérias nas quais o constituinte originário desejou uma imutabilidade especial.

O Art. 60 § 4º estabelece:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Nos dizeres de Moraes (2004, p.565), as matérias tratadas nesse parágrafo, “formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por cláusulas pétreas”.

As cláusulas pétreas, por sua natureza, não podem jamais serem abolidas, só poderiam ser objeto de aumento, tratando especificamente de direitos fundamentais, ou seja, só poderia uma Emenda Constitucional alterar uma cláusula pétrea caso essa alteração majorasse os direitos fundamentais do indivíduo.

Porém, ao admitirmos que o princípio da legalidade tributária esculpido do Art. 150, I, trata-se de direito fundamental do cidadão brasileiro, quando delimita a instituição de tributos, de forma que só poderão ser criados mediante lei, estaríamos diante de flagrante afronta ao que dispõem as regras de interpretação de processo legislativo reformador.

Dessa forma, doutrinadores sustentam que a EC nº 32, quando atualizou o § 2º do Art. 62 da Magna Carta, aboliu cláusula pétrea fundamental contida no texto constitucional, sendo assim a inconstitucionalidade dessa reforma impossibilitaria a instituição de tributos através de medidas provisórias.

5 CONCLUSÃO

Em que pese a discussão e o posicionamento da Suprema Corte, posteriormente reforçado pelo legislador decorrente, as medidas provisórias estão muito longe de ser o meio adequado para se trabalhar com poder de tributação.

Ainda que se discuta o Princípio da Legalidade Tributária elencado no Art.150, I da Constituição sendo mitigado por uma suposta autorização no § 2º do Art.62, a boa hermenêutica nos leva a uma série de obstáculos principiológicos que se exteriorizam pelo Poder Originário na mesma ocasião em que se criou a medida provisória como espécie normativa distinta da Lei.

Por sua essência, as medidas provisórias devem atentar-se necessariamente à urgência e relevância, requisitos que comumente estão desencontro ao poder de invasão na esfera patrimonial, principalmente quando exercida por um poder que originalmente não possui essa prerrogativa e função de legislar em nome do povo.

É claro que não se pode petrificar a questão a ponto de inadmitir que exista relevância e urgência em Direito Tributário, afinal o tributo possui várias funções em sociedade, entretanto, ainda que tenha a EC.n.32/2001 tenha trazido mudanças, não é clara o suficiente para que possamos admitir, frente a toda uma construção histórica e principiológica no que se refere ao direito de tributação, que uma espécie normativa precária como a medida provisória possa instituir-se como objeto de arrecadação do Executivo.

O que podemos concluir é que mesmo com a Emenda Constitucional n.32, a discussão está longe de ser solucionada, ainda que se tenha posicionamento um tanto quanto pacífico nos julgamentos, seguindo a linha do Supremo Tribunal Federal, a boa doutrina continua defendendo o Direito Tributário em sua essência, sobretudo em seus princípios próprios, vislumbrando ainda, uma incoerência em tributação através de Medidas Provisórias no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **A fundamentação da medida provisória: requisito de legitimidade constitucional e garantia do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/174>. Acesso em: 02 de abril de 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 11^a ed. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição de 1988: sistema tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Princípios Constitucionais Tributários**. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_06/anexos/principios_constitucionais_tributarios.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. Ed. São Paulo: 1999, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Da Medida Provisória**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/176>. Acesso em: 02 de abril de 2013.

V. MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. V.2. São Paulo: Atlas, 2004.