

A MEDIDA PROVISÓRIA E SEU USO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Marco Aurélio Ferrari Barro dos Santos*

1. INTRODUÇÃO :

A história consagrou, desde os primórdios do Império, a separação de poderes que se estendeu até as Constituições Republicanas, inauguradas em 1891, de forma harmônica e independente.

Com as modernas Constituições, criaram-se mecanismos capazes de ultrapassar as barreiras impostas pela divisão de poderes, permitindo que outras esferas do Poder Estatal possam emitir atos que, apesar de serem distintos da lei, têm a força e o valor desta.

No Brasil, esse mecanismo recebe o nome de MEDIDA PROVISÓRIA, tendo como origem e antecessor o decreto-lei (Carta de 1937, Carta outorgada de 1967 e Emenda 01/69).

A medida provisória foi idealizada pelo constituinte para substituir os pretéritos decretos-lei, mas sem a força daqueles diplomas criados pela Constituição anterior, diferindo deles por não se admitir sua aprovação pelo decurso de prazo, pois, ao revés, essa perde sua eficácia a partir de sua publicação, caso não venha a ser transformada em lei, no prazo de trinta dias. Além disso, outro ponto que as distingue é o fato de que o decreto-lei tinha sua matéria restrita o que não ocorre com a medida provisória.

A edição da Medida Provisória é chefiada ao Poder Executivo de modo a atender situações de emergência.

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.

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.

Importante salientar que a medida provisória não é lei. Tem FORÇA DE LEI. Seus efeitos gozam da impositividade, aderência e coerção obrigatória que são

* Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá. Monografia apresentada e defendida na data de 24 de maio de 2001. Professor orientador Dr. Alexandre Barros Castro. Banca examinadora: Prof. Dr. Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de Campos e Prof. Dr. Olavo França

próprias de lei, sem com isso poder ser com ela confundida. Ela não é expedida, é adotada.

O Presidente da República, ao editar a medida provisória como antes o decreto-lei, cria a lei material, de forma primária, submetida ao controle parlamentar, derivado do poder de legislar que lhe fornece a Constituição e que se não confunde com a delegação de poderes ou legislativa.

2. ORIGEM DA MEDIDA PROVISÓRIA

A fonte inspiradora do instituto da medida provisória no Brasil foi o modelo constitucional democrático italiano dos *provvedimenti provvisori com forza di legge* (Constituição da Itália - artigo 77 - 27.12.1947).

Inegável que a medida provisória, prevista no artigo 62 e parágrafo único da Constituição brasileira de 1988 têm raízes no Direito Constitucional Italiano. Existem, contudo, duas diferenças básicas entre os dois modelos. Uma reside no fundamento e a outra na iniciativa. Na primeira hipótese, cumpre observar que os *provvedimenti provvisori* do texto constitucional italiano são autorizados em caso extraordinário de necessidade e de urgência, ao passo que as nossas medidas provisórias pressupõem caso de relevância e urgência, refletindo redação mais branda na sua primeira parte. Já a diferença decorrente da iniciativa assenta-se nas peculiaridades próprias que separam o sistema parlamentarista do sistema presidencial de governo. Na Itália, os *provvedimenti provvisori* são de iniciativa do Governo, exercido pelo Conselho de Ministros. No modelo brasileiro, a iniciativa de expedição de medida provisória é exclusiva do Presidente da República, a quem cabe, isoladamente, firmar juízo a respeito de sua relevância e urgência, no exercício de sua competência privativa.

3. NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como são atos do Poder Executivo, de forte conteúdo político, quer-se dar uma natureza política, ocorre que a medida provisória tem nascedouro constitucional, portanto, tem natureza jurídico-constitucional.

A principal consequência dessa natureza jurídico-constitucional é a possibilidade de limites e de controle, esse controle exercido pelo Congresso Nacional, quando aprova ou rejeita a medida provisória fazendo o que se denomina de controle de constitucionalidade político, principalmente em torno da eficácia, da conveniência e da oportunidade da medida, assim como também pode fazer uma modificação no seu conteúdo.

No entanto, a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos, sejam emanados do Legislativo, sejam do Executivo, compete ao Judiciário, espe-

cificamente ao Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Judiciário o controle formal de edição de medida provisória, concernente aos procedimentos que devem ser adotados e o controle material de constitucionalidade, quanto ao conteúdo mesmo da medida, se atenta, ou não, contra o sentido das normas constitucionais, e quanto aos pressupostos de relevância e urgência, se os fatos ensejados da edição estão contidos naquele pressuposto.

4. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA MEDIDA PROVISÓRIA

4.1 RELEVÂNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

A Constituição Federal traz, como primeiro pressuposto para o exercício da competência normativa do Presidente da República para adotar medida provisória, a existência de uma circunstância de relevância. Porém, a que “caso” se refere o texto constitucional ? Seria um caso cuidado e a ser solucionado com a adoção da medida normativa ou de uma matéria a ser objeto deste ato normativo a solucionar um caso pendente na sociedade ? Ou ainda, significaria que havendo uma necessidade inflexível emergente na sociedade e que reclama um comportamento para a solução ?

A adoção das medidas provisórias se cogita quando se configurar uma circunstância constatada como de necessidade inevitável na sociedade a ser objeto de um cuidado normativo.

4.2 URGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA

Como pressuposto para o exercício válido e legítimo da competência posta no artigo 62 da Constituição Federal, a necessidade social inevitável deve ser urgente e demandar uma imediata resposta por meio de adoção da medida normativa presidencial. Ou seja, se o cuidado normativo de uma determinada matéria a incidir sobre uma circunstância social puder aguardar pelo menos o prazo mínimo para a tramitação urgente de um projeto de lei (hoje fixado em quarenta e cinco dias), é evidente não se poder fazer uso do instituto da medida provisória por carência de um dos seus pressupostos.

4.3 PROVISORIEDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA

Pressuposto forma procedimental é a provisoriedade a medida adotada. Não se podem adotar medidas cujos efeitos são impossíveis de serem desfeitos, quer porque o objeto que cuidam se submetem à destruição com a sua vigência, quer porque a condição jurídica por elas constituída pode conduzir a uma definitividade de situações decorrente da própria função do Direito de produzir a segurança jurídi-

ca e não de subsidiar a desordem e o caos.

4.4 OBJETO DA MEDIDA PROVISÓRIA

Somente as matérias que não dependerem de leis especialmente definidas ou que não tiverem sido objeto de proibição constitucional expressa poderão ser cogitadas como possíveis de serem tratadas em medida provisória.

5. RELEVÂNCIA E URGÊNCIA

As expressões “relevância” e “urgência” por um lado foram extraídas da linguagem comum e inseridas em um texto legal, por outro lado revestem-se de grande importância para esclarecer em que situações o Chefe do Poder Executivo poderá utilizar-se das medidas provisórias.

Juridicamente, a justificativa da urgência provém, não somente da necessidade de feitura das coisas, como do receio, ou temor, de que qualquer demora, ou tardança possa trazer prejuízos.

O reconhecimento da urgência, em regra, estabelece a preferência em relação à coisa, ou ao fato, para que seja feita, ou executada, em primeiro lugar e com maior brevidade, dispensando-se mesmo, em certos casos, o cumprimento de certas formalidades próprias do processo legislativo ordinário.

De acordo com Roque Antônio Carrazza, podemos concluir “que só há urgência, a autorizar a edição de medidas provisórias, quando, comprovadamente, inexistir tempo hábil para que uma dada matéria, sem grandes e iniludíveis prejuízos à Nação, venha a ser disciplinada, por meio de lei ordinária”.

Logo, em nosso direito positivo, só há urgência se realmente não se puder aguardar 45 dias para que uma lei ordinária venha a ser aprovada, regulando o assunto.

6. ADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PELO CONGRESSO NACIONAL

A Comissão Mista, designada pelo Presidente do Congresso Nacional, será a responsável pela admissibilidade total ou parcial da medida provisória, tomando como base os pressupostos da urgência e relevância.

O Plenário, ao examiná-la, mandará arquivar, se esta for tida como rejeitada, devendo o Presidente do Congresso Nacional baixar ato, declarando-a insubsistente, o que será comunicado ao Presidente da República. Neste caso, a Comissão elaborará projeto de decreto legislativo, para disciplinar as relações jurídicas decorren-

tes da vigência da medida cuja tramitação se iniciará na Câmara dos Deputados.

Se a medida provisória for admitida, vencida a barreira inicial, a Comissão tem o prazo máximo de quinze dias, para dar parecer, sobre os aspectos constitucional e mérito. O parecer poderá sugerir a aprovação total ou parcial ou até a alteração da medida (proibida no direito anterior), bem como aprovação ou rejeição da emenda.

A comissão deverá apresentar projeto de lei de conversão relativo à matéria e projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados.

Entretanto, não pode o Legislativo sustar a tramitação da medida provisória, qualquer que seja o pretexto. Essa a orientação seguida pelo Congresso Nacional, como também não pode devolver ao Presidente da República, para sanção, o projeto sem que o Congresso Nacional o aprove.

7. REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias é tese defendida por muitos, mas que restou vencida no embate travado no Supremo Tribunal Federal.

Para os contrários à reedição, um dos argumentos é a vedação expressa no artigo 67 da Constituição Federal, que proíbe a reapresentação na mesma sessão legislativa de projeto de lei rejeitado, salvo mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das casas do Congresso Nacional. Outro argumento é o de que a reedição é um desrespeito à Constituição que fixou o prazo improrrogável de 30 dias para a vigência do provimento condicional.

No entanto, a tese sustentada pelo Supremo Tribunal Federal é a da admissibilidade da reedição, nada tendo que se opor se extinguiu-se pelo decurso do prazo, sem manifestação parlamentar. Não obstante, se a medida provisória foi recusada, pelo Congresso Nacional, entende-se não haver razão suficiente para renová-la, visto que o Legislativo expressou claramente sua intenção.

8. EMENDAS AO TEXTO DA MEDIDA PROVISÓRIA

A emenda à medida provisória é aceita sem discrepância. A Constituição não proíbe, o artigo 62 é omissivo a esse respeito, ao contrário do que ocorria no Direito Constitucional anterior, representando notável progresso, permitindo a associação harmônica entre os dois Poderes.

Porém, as emendas aditivas têm um limite : devem girar em torno de assuntos contidos, de algum modo, na medida provisória.

9. EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA : EFEITO EX TUNC

A medida provisória é um ato legislativo constitucionalmente delegado, com força de lei, que deve se transformar em lei própria ou deve ser desconstituído, com o que, a disciplina jurídica a ser veiculada por lei complementar, está vinculada ao inciso II do artigo 59.

A medida provisória tem vida efêmera, já que caduca em, no máximo, 30 dias. Como se isto não bastasse, se neste exíguo prazo não for convertida em lei, perde eficácia *ab initio*. Em outras palavras, a rejeição da medida provisória opera efeito *ex tunc*, isto é, faz com que este ato normativo caia por terra, e, com ele, todos os efeitos que eventualmente produziu.

10. ADMISSIBILIDADE DO USO DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS - CORRENTE FAVORÁVEL

Quando o art. 150, inciso I da Constituição Federal, solicita a lei, como garantia absoluta para instituir ou aumentar tributo, não afastou a medida provisória porque esta constitui uma exceção constitucional, que será utilizada apenas nos casos em que há expressa autorização : urgência e relevância. São as únicas condicionantes.

Vittorio Cassone sustenta que as medidas provisórias não têm limites de abrangência, observados os dois requisitos constitucionais, porque representam instrumento necessário e indispensável para resolver, de imediato, casos de relevância e urgência que raras vezes se apresentam e que o Presidente da República poderá adotar.

A medida provisória, desde que convertida em lei, pelo Congresso Nacional, é instrumento hábil para criar ou extinguir tributos.

11. INADMISSIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA PARA INSTITUIR OU MAJORAR TRIBUTOS

As restrições para os que são contrários ao uso da medida provisória para instituir ou majorar tributos são :

- a medida provisória tem “força de lei”, mas com ela não se confunde;
- o princípio da legalidade, princípio constitucional tributário, restringe a instituição e majoração de tributo à lei propriamente dita;
- o princípio da anterioridade, característica básica da lei tributária, é totalmente incompatível com qualquer noção de urgência e relevância em matéria de instituição e majoração de tributos.

- o princípio da segurança jurídica , determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo em uma lei ordinária.

Tais fatores demonstram, de forma inquestionável, serem as medidas provisórias absolutamente inconciliáveis com a matéria tributária.

12. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINGIDOS PELO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

12.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Esse princípio determina que cada ato concreto da Fazenda Pública, que reconheça a existência de um tributo, encontre respaldo numa lei ordinária. É necessário, ainda, que esta lei valha para todos, igualmente, de acordo com o princípio da isonomia. Exige-se, pois, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, os quais só podem surgir de lei, igual para todos e irretroativa

Impõe, que os contribuintes possam, a qualquer momento, postular a tutela do Poder Judiciário, para que este Poder decida, de forma imparcial, sobre a constitucionalidade ou legalidade das exigências do Fisco.

Este princípio ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das lei, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos e outros.

12.2. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE

Este princípio não é exclusivo da esfera tributária pois se projeta sobre todos os domínios do Direito e está enunciado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal : “Art. 5º (...) : II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Neste dispositivo, contido no rol dos direitos individuais, encontra-se formulado o conceito da liberdade. Esta liberdade consiste, de modo geral, no fato de a atividade dos indivíduos não poder encontrar outro óbice além do contido na lei. É a doutrina que já estava embutida na “Declaração de Direitos de 1789”:

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em sua relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo : *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur* (“É permitido a cada um fazer o que a lei (o direito) não proíbe”). Diferentemente, a Administração só pode fazer o que a lei lhe determina (princípio da conformidade com as normas legais).

Hoje, esse princípio preside a política de incentivos fiscais, a concessão e revogação de isenção, de remissão e de anistia.

12.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

O princípio da anterioridade é especificamente tributário, já que se projeta, apenas, no campo da tributação (federal, estadual, municipal e distrital).

Este princípio está contido no artigo 150, inciso III, letra “b” da Constituição Federal :

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

III - cobrar tributos (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Ao consagrar tal princípio, a Constituição Federal termina por adiar a eficácia das lei tributárias (ordinárias ou complementares) que criam ou majoram tributos. Desta forma, os atos de cobrança de tais tributos só poderão ocorrer a partir do exercício seguinte à publicação da lei que instituiu ou majorou. O contrário se dá com as medidas provisórias, antes mesmo de se converterem em lei já têm eficácia. Isto porque a Constituição lhes antecipa a eficácia, consentindo na aplicabilidade imediata e prévia à própria existência da lei.

Logo, em 31 de dezembro de cada exercício, o Estado esgota seu poder tributário em potencial para criar ou aumentar tributos a serem cobrados a partir do primeiro dia do exercício seguinte.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Zileida de Vasconcelos, *A reedição da Medida Provisória*, {on line}

[http : //www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), novembro de 2000.

CARRAZA, Roque Antonio, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 13ª edição, Editora Malheiros, São Paulo - SP, 1999.

CASTRO, Alexandre Barros, *Tributos x Medidas Provisórias no Direito Brasileiro*, Editora Carthago e Forte, São Paulo - SP, 1992.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo - SP, 1998.

FABRIS, Sérgio Antônio, *Medida Provisória na Constituição de 1988*, Editora Editor, Porto Alegre - RS, 1997.

GOMES, Lúcia Helena de Andrade, *Como preparar sua Monografia Jurídica*, Editora Literarte, Jundiaí - SP, 1999.

GOMES, Luiz Flávio, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias e Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, volume 2, São Paulo - SP, 1999.

HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*, 4ª Edição, Editora Atlas, São Paulo - SP, 1998.

JUIS, *Jurisprudência Informatizada Saraiva nº 08* - CD ROM.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Medida Provisória*, Trechos da Palestra pronunciada no I Forum Nacional de Debates sobre o poder judiciário, Minas Gerais, 1997.

RT - Revista dos Tribunais, volume 713, p. 41, março de 1995.

RT - Revista dos Tribunais, volume 726, p. 285, abril de 1996.

RTJE - Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 104, setembro de 1992

RTJE - Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, volume 75, abril de 1990

VALLE, Gabriel, *Dicionário de Expressões Jurídicas Latim - Português*, Editora Copola, Campinas - SP, 1998.